

DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA: CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai AMBOS*

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2018

Fecha de aprobación: 15 de agosto de 2019

El derecho penal nacionalsocialista no apareció de la nada, ni desapareció por completo después de 1945. Desde un punto de vista retrospectivo, respecto del tiempo anterior a 1933 (post Weimar), se trata de una actualización dirigida de modo racista (antisemita), populista (“germana”) y totalitario de las tendencias autoritarias y anti-liberales del derecho penal alemán de fines de siglo y de la República de Weimar (*Kontinuitätsthese*).¹ Prospectivamente —respecto de la época posterior a 1945 (República de Bonn)— existió una continuidad personal y material,² también y especialmente en el ámbito universitario,³ razón por la cual no contribuía a la carrera universitaria ocuparse científicamente de la renovación nacionalsocialista.⁴ Esta mencionada continuidad se

* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Comparado e Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen, Juez en el Tribunal Especial de Kosovo, en La Haya, y asesor (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Publicado originalmente en GA 2019, pp. 220-228 bajo el título “Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung”. Traducción a cargo de Leandro A. Dias (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Se trata, al mismo tiempo, de una recensión del libro *Doctrina penal nazi* de Eugenio R. ZAFFARONI (Buenos Aires, 2017). De la investigación para realizar esta recensión se originó un breve estudio (AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2019; versión en español: *Derecho penal nacionalsocialista*, traducido por José R. Béguelin y Leandro A. Dias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020), en el que pueden encontrarse referencias detalladas y al que, por razones de espacio, se realizarán remisiones.

¹ Fundamental, MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 247 ss., 270 s. y *passim*; también, RÜPING, en DREIER/SELLERT, *Reich und Justiz im »Dritten Reich«*, 1989, pp. 180 y 192; WOLF, JuS 1996, p. 195; HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000, p. 377; CATTANEO, *Strafrechtstotalitarismus*, 2001, p. 223; VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, pp. 8 ss., 18 y 20; HOYER, en IDEM *et al.*, *GS Eckert*, 2008, p. 359; ZAFFARONI, *supra* nota *, pp. 129 ss. En este contexto, la llamada “disputa de escuelas” también está demostrando ser menos controvertida de lo que se supone generalmente, cf. AMBOS, *supra* nota *, pp. 49 ss. (en especial con referencia a NAUCKE).

² Fundamental, MARXEN, *supra* nota n.º 1, pp. 254 ss.; VOGEL, *supra* nota n.º 1, pp. 14 ss. y 43 ss.; en resumen, WOLF, *supra* nota n.º 1, p. 189 ss.; RÜTHERS, JZ 2017, pp. 457 ss.

³ Los profesores universitarios sospechados de haber formado parte del nacionalsocialismo fueron considerados, por regla general, como “simpatizantes” y recibieron una prohibición de dar cátedra temporalmente limitada (por regla general, no se impusieron multas), de modo que en todo caso después de cierto tiempo pudieron volver a las universidades. Cf., p. ej. sobre HENKEL, DAHM y SCHAFFSTEIN, AMBOS, *supra* nota *, p. 36 (con nota 110) y pp. 87 ss.

⁴ Cf., p. ej., la referencia de Herbert JÄGER a la respectiva advertencia de su maestro HENKEL (JÄGER, en HORSTMANN/LITZINGER, *An den Grenzen des Rechts*, 2006, p. 49) o HOYER, *supra* nota n.º 1, p. 351 (con referencia a la investigación de historia del derecho sobre, entre otros, la Escuela de Kiel, de Jörn ECKERT).

explica no solo a través del extendido silencio (“silencio comunicativo”)⁵ —solo uno de los científicos del derecho penal incriminados se distanció *abiertamente* de sus posturas anteriores⁶—, sino también por la ausencia de una asunción de responsabilidad personal, que fue sancionada por el gobierno de ADENAUER desde las más altas esferas, a partir de la “política de la *tabula rasa*”.⁷ El derecho penal nacionalsocialista, entonces, pudo, por un lado, vincularse al pasado —en el sentido de la mencionada *tesis de la continuidad*— (post Weimar) y fue continuado (personal y materialmente) (República de Bonn); por otro lado, se presentó también la radicalización del derecho penal anti-liberal y autoritario (*tesis de la radicalización*).⁸ La reconstrucción identitaria del mito germánico por la “nueva derecha” de la idea de pueblo en la República de Bonn contribuyó a un renacimiento inesperado.⁹

La monografía, editada hace relativamente poco tiempo, del famoso profesor de derecho penal argentino, ZAFFARONI, sobre la doctrina penal nazi¹⁰ obliga a ocuparse (nuevamente) de esta cuestión y en detalle. Esto se debe no solo a la importancia preminente del autor en el mundo de habla hispana y portuguesa,¹¹ sino también en razón de la enorme importancia de la ciencia jurídico-penal alemana en Latinoamérica y la conexión con el nacionalsocialismo que desde hace tiempo existe allí (especialmente en Argentina).¹²

⁵ Cf. LÜBBE, *Vom Parteigenossen zum Bundesbürger*, 2007, p. 32; recientemente, FROMMEL, JZ 2016, pp. 913, 916 y 919; ÍDEM, JZ 2017, p. 455 y RÜTHERS, *supra* nota n.º 2, p. 457.

⁶ A saber, SCHAFFSTEIN MSchrKrim 48 (1965), p. 67; crítico en ese sentido, AMBOS, *supra* nota *, p. 90 (con nota 436); sobre el distanciamiento en el ámbito privado de DAHMS y Erik WOLF, ÍDEM, pp. 88 s. (con nota 431) y p. 127 (con nota 681); previamente ya, VOGEL, *supra* nota n.º 1, p. 109 (“gran fracaso ético-científico”).

⁷ Cf. la toma de posición programática de Konrad ADENAUER en la 7.ª sesión del gabinete federal, el 29/6/1949, en el marco de una discusión acerca de la amnistía, disponible en: http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1949k/kap1_3/para2_4.html. [Enlace verificado el 5 de agosto de 2019]. Sobre el apoyo activo hasta 1989 (!) de los autores del nacionalsocialismo encarcelados por el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores y la Cancillería Federal, ahora BOHR, *Die Kriegsverbrecherlobby - Bundesdeutsche Hilfe für im Ausland inhaftierte NS-Täter*, 2018.

⁸ Sobre el concepto, VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2015, pp. 153, 181, 184, 188, 204, 212, 268 y 272.

⁹ Cf. GEYER, FAZ, 7/6/2018, p. 13. Sobre la nueva derecha y el paralelismo con el nacionalsocialismo, recientemente, CZOLLEK, *Desintegriert Euch!*, 2018, pp. 13 s. y 33.

¹⁰ ZAFFARONI, *supra* nota *.

¹¹ Sobre la carrera y la obra de ZAFFARONI, AMBOS, *supra* nota *, pp. 16 s.

¹² Al respecto, recientemente en forma de una novela-documental, GUEZ, *Das Verschwinden des Josef Mengele*, 2018, pp. 30, 36, 45 y *passim* (e-book).

El trabajo, que puede conectarse con el tratamiento previo que hizo ZAFFARONI del derecho penal nacionalsocialista como editor de la colección sobre el “penalismo olvidado”¹³ y con una serie de otros trabajos de colegas latinoamericanos sobre el derecho penal nacionalsocialista,¹⁴ consiste en nueve capítulos, cuyo prólogo en español fue realizado por el penalista español MUÑOZ CONDE: los primeros tres capítulos se refieren a las bases de la ideología nacionalsocialista y el marco institucional del Estado nacionalsocialista; los capítulos cuatro a ocho se ocupan, posteriormente, de la dirección político-criminal en sentido estricto y de la dogmática jurídico-penal del derecho penal nacionalsocialista, donde ZAFFARONI coloca en el foco de la discusión a la llamada Escuela de Kiel, con sus protagonistas DAHM y SCHAFFSTEIN; el último capítulo, el noveno, resume los desarrollos y brinda unos valiosos pensamientos sobre recepción y continuidad en Latinoamérica.

I. Fundamentos del derecho penal nacionalsocialista: comunidad del pueblo entendida de modo sanguíneo y Estado del Führer

Ya en el capítulo introductorio (pp. 27 ss.), ZAFFARONI destaca la importancia de la dogmática jurídico-penal alemana para Latinoamérica, en especial con una mirada puesta en el desarrollo entre 1933 y 1945, y así confirma la importancia de su trabajo precisamente para el círculo de lectores alemanes. Él menciona una serie de razones del éxito de la dogmática jurídico-penal alemana en Latinoamérica, en especial la oferta de soluciones racionales, o al menos no muy irracionales (p. 31), pero al mismo tiempo advierte de una absorción que olvida la historia. A esa historia también pertenece, justamente, el derecho penal nacionalsocialista, con cuya ayuda se legitimó el genocidio de la manera más “fina” (id.). Este derecho penal, a su vez, no habría surgido de la nada, sino que habría sido el producto de una “Europa racista”, bien que la perspectiva racista se habría radicalizado y reforzado (p. 32). De este modo, ZAFFARONI sitúa al nacionalsocialismo en la continuidad histórico-política de su época, que más tarde se compromete a probar también para el pensamiento específicamente penal. Ya en este punto le pone nombre —adecuadamente— al núcleo del pensamiento nacionalsocialista: la exaltación racista de la comunidad del pueblo alemán a través del recurso romántico y biologicista a la idea de los arios germánicos (p. 37).¹⁵

¹³ Cuatro volúmenes (dos en 2009, luego uno en 2011 y otro en 2017) han sido publicados por la misma editorial que se encargó de publicar el libro que se discute aquí, todos los cuales contienen introducciones de ZAFFARONI.

¹⁴ Se hace referencia aquí especialmente a MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 2003, y LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, 2018; en detalle, sobre la discusión en español y portugués, AMBOS, *supra* nota *, pp. 139 ss. y *passim*.

¹⁵ Sobre la idea de derecho germano, cf. AMBOS, *supra* nota *, p. 26 con nota 57.

Luego se centra en el racismo nazi específico de los juristas: ZAFFARONI le dedica el segundo capítulo (pp. 41 ss.), y aquí también pone de relieve la continuidad histórica. Él considera el racismo específico del nacionalsocialismo como una continuación del romanticismo jurídico que halló su apogeo cuando se puso el foco en la comunidad del pueblo alemán y en el Führer alemán, y que enriqueció el racismo con un componente específicamente antisemita (pp. 42 ss. y 61 ss.). Él ubica el racismo nazi en el contexto de los genocidios (p. 43) europeos neocoloniales (pasando por alto la mencionada influencia de los Estados Unidos), pero lo diferencia del racismo evolutivo inglés de Herbert SPENCER, en el cual —y aquí hay que completar la explicación insuficiente de ZAFFARONI— se da una evolución social (en el sentido de una continuación del desarrollo) en cuyo transcurso se impone la “raza” más fuerte, la blanca, en el marco de una selección social-darwinista.¹⁶ En cambio, en el racismo nacionalsocialista se trataría de un racismo “involutivo” al modo de Arthur de GOBINEAU,¹⁷ según el cual —al contrario del racismo evolutivo— la sociedad racialmente pura (la raza superior aria) todavía debería lograrse, es decir, la comunidad del pueblo alemán primero tendría que ser depurada de elementos “impuros” —en el sentido de un retroceso (involución)— (pp. 45 s.).¹⁸

Esto conduce a la institucionalización del Estado nacionalsocialista (cap. 3, pp. 85 ss.), cuyos predecesores intelectuales son hallados por ZAFFARONI en las figuras de Ernst Rudolf HUBER, Ernst FORSTHOFF y Carl SCHMITT (pp. 87 s.).¹⁹ Esta institucionalización está caracterizada, por completo, por la realización de la apostrofada comunidad del pueblo. ZAFFARONI cita aquí en extenso un conocido discurso de GÖRING ante la Academia de Derecho Alemán (*Akademie für Deutsches Recht*), en el año 1935, en el que puso de relieve que el Estado nazi no era un fin en sí mismo, sino un medio para un fin, precisamente para la realización de la comunidad del pueblo “de la misma

¹⁶ Cf., especialmente, SPENCER, *Principles of Biology*, 1864, en donde, con apoyo en *On the Origin of Species* de DARWIN, traslada el lema del “*survival of the fittest*” a la sociología y la ética, pero sin tomar como base de su teoría social la selección natural en el sentido darwiniano. Antes bien, su darwinismo social está influenciado por el lamarckismo, es decir, por la (compleja) tesis del biólogo francés Jean-Baptiste LAMARCK sobre la herencia genética de determinados rasgos adquiridos del carácter (al respecto SPENCER, *Social Statistics*, 1851 y *The Social Organism*, 1860). ZAFFARONI, no obstante, no cita este trabajo.

¹⁷ GOBINEAU, *Essai sur l'inegalité des races humaines*, 1853-1855.

¹⁸ No obstante, la influencia de GOBINEAU en el racismo nacionalsocialista se encuentra discutida, cf. solo KALE, *Modern Intellectual History* (MIH) 7 (2010), pp. 33 y 59 ss. (donde se señala: “Gobineau's influence on German racism has been repeatedly overstated...”).

¹⁹ En detalle sobre estos autores, en especial la lucha de SCHMITT contra el principio de legalidad, AMBOS *supra* nota *, pp. 36 s.

especie”.²⁰ GÖRING propagaba la superioridad de la raza aria y del derecho nórdico-germánico respecto de las personas de los “Mares del Sur”, quienes no entendían ese derecho y cuyo propio derecho, a su vez, “nosotros no comprendemos y ni aceptamos”.²¹ ZAFFARONI observa, al respecto, que esa discriminación no se dirige contra Latinoamérica, sino contra Italia (pp. 86 y 96). No obstante, esto es dudoso, porque, por un lado, la discriminación de los “isleños de los Mares del Sur” era expresión del difundido pensamiento jurídico colonialista (“civilizado”) de aquella época —y en ocasiones también actual—, dirigido contra el “nuevo mundo”, y, por otro lado, el fascismo italiano sirvió de modelo al nacionalsocialismo en muchos aspectos;²² también en el ámbito jurídico-penal existía una cercanía ideológica.²³

La “comunidad del pueblo”, en cuanto eje y punto crucial del proyecto nacionalsocialista, también se halla, en lo sucesivo, en el centro de las reflexiones de ZAFFARONI: con razón subraya varias veces que no se trató de una figura existente *a priori*, sino de un mero proyecto político del nacionalsocialismo, que precisamente todavía tenía que ser realizado. Y para realizarlo era necesaria, justamente, la coerción jurídico-penal, pues si ya hubiera existido una comunidad del pueblo homogénea, tal coerción habría sido absolutamente innecesaria (pp. 127 s. y 293). Paralelamente, se llevó a cabo la supresión de derechos a través de la despersonalización de aquellos ciudadanos que no pertenecían a la “comunidad del pueblo ario” (pp. 97 ss.). Al respecto, ZAFFARONI remite con acierto a la creación de Karl LARENZ —en un abandono consciente del “individualismo ético-subjetivo del derecho natural tardío” y con un giro hacia el “derecho como forma de vida de la comunidad del pueblo”— de restringir la participación plena en el tráfico jurídico a los “compatriotas del pueblo” (“*Volksgenossen*”), porque solo estos podían ser reconocidos como miembros de valor íntegro de la comunidad jurídica (“compatriotas jurídicos” [*Rechtsgenossen*]) en razón de su pertenencia al pueblo alemán y a la sangre alemana.²⁴ Ciertamente, de ello debía

²⁰ GÖRING, *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, 1935, p. 6.

²¹ ÍDEM, p. 13.

²² HITLER era admirador de MUSSOLINI (al respecto, NOLTE, *Der Faschismus in seiner Epoche*, 1963, pp. 32 s., 50, 55 y 291) y numerosos símbolos nacionalsocialistas tienen origen italiano-fascista (p. ej., el saludo alemán, que está copiado del “saludo romano”, y los estandartes “romanos” de las unidades del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán; respecto del carácter de modelo del Imperio Romano, p. 500).

²³ Cf., por un lado, DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, p. 40 (el fascismo italiano como ejemplo de la “concepción de Estado nacionalista y total”, no obstante con la misma acentuación del pueblo que la postura nacionalsocialista); por otro lado, GRISPIGNI (1941), en GRISPIGNI, Filippo/MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacionalsocialista*, 2009, p. 70 con nota 12.

²⁴ LARENZ, en DAHM *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 225, 228, 238 s. y 241 (“miembro jurídico es solo quien es compatriota del pueblo; compatriota del pueblo es quien es de sangre alemana”). Con esto, debería ser reemplazado el § 1 BGB (Código Civil), que reconocía la capacidad jurídica de “toda persona” (id.).

seguirse que solo los “compatriotas del pueblo” podían tener los plenos deberes frente a la comunidad del pueblo y al Führer (líder) —en última instancia no tenían derechos, sino únicamente deberes— (p. 101).

El pensamiento colectivista-populista necesariamente condujo a la sustitución del derecho penal liberal por un derecho penal “total”, eticizante y desformalizado de la voluntad, que también se puso al servicio de la realización de la comunidad nacional racista y entendida en términos de sangre y de la voluntad del líder.²⁵ En este modelo, incluso los jueces tenían que servir a la comunidad del pueblo y, por tanto, al Führer; es decir, no eran limitadores autónomos del poder punitivo del nuevo Estado, sino que tenían que actuar con el fin de realizarlo —incluso si eran personalidades líderes nacionalsocialistas — y, por supuesto, solo en perjuicio de los presuntos delincuentes.²⁶

II. Derecho penal nacionalsocialista y neokantismo

ZAFFARONI le dedica un capítulo completo a la incidencia del neokantismo en la teoría jurídico-penal nacionalsocialista (pp. 161 ss.). La renormativización del derecho penal producida por este a través del método teleológico sería, por un lado, una respuesta a la teoría positivista de la peligrosidad y a la criminología biologicista y, por otro lado —más allá del discurso jurídico-penal—, expresión de la cultura revitalizada frente a las ciencias naturales. Desde la perspectiva jurídico-penal se debe subrayar que el neokantismo, por un lado —como si fuera en un meta-nivel—, le dio empuje a una normativización y una eticización del derecho penal²⁷ y, por otro lado —en el nivel dogmático jurídico-penal—, esquematizó el fundamento filosófico-jurídico de la teoría neoclásica del delito, con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito²⁸ y el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad²⁹.³⁰ Pero todos los fundadores del neokantismo jurídico liberal —salvo Gustav RADBRUCH— ya habían muerto cuando los nazis llegaron al poder en el año 1933. Y el

²⁵ En detalle, AMBOS, *supra* nota *, pp. 38 ss.

²⁶ Cf., p. ej., SIEGERT, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, 1934, p. 19, según quien el juez, cuando no hay ley ni derecho consuetudinario, tiene que “actuar según el espíritu del pueblo y del liderazgo”; más referencias en AMBOS, *supra* nota *, pp. 35 f., 38 y 99 ss. (Escuela de Kiel).

²⁷ Cf. ZIEMANN, *Neukantianisches Strafrechtsdenken*, 2009, pp. 120 ss., 125 ss. y 137 s.

²⁸ MEZGER, *Der Gerichtssaal* (GerS) 89 (1924), pp. 207 y 259 ss.; HEGLER, ZStW 35 (1915), pp. 19 y 31 ss.; MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 11 s. y 185 ss.

²⁹ MAYER, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901, pp. 24 s. y 102 ss.; FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, pp. 9 ss.; posteriormente, p. ej., también WOLF, *Krisis und Neubau der Strafrechtsreform*, 1933, pp. 38 ss.

³⁰ Cf. también MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939, pp. 144 ss.; secundariamente, MARXEN, en ROTTLEUTHNER, *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 1983, p. 56.

propio RADBRUCH y otros adeptos del neokantismo liberal, p. ej., Max GRÜNHUT (1893-1964) o James GOLDSCHMIDT (1874-1940), fueron apartados de sus cargos por los nacionalsocialistas relativamente rápido,³¹ de manera que, según la tesis de ZAFFARONI (pp. 170 ss.), los valores neokantianos solo podían ser cumplidos por el derecho nazi.

Sin embargo, como ya se ha desarrollado en detalle en otro lado,³² esta tesis no es sostenible. El neokantismo “no es una escuela acabada”,³³ sino un “movimiento político de múltiples ramificaciones”,³⁴ existente desde fines del siglo XIX, que unifica las más diversas corrientes (individuales y colectivas).³⁵ De ahí que no sea sencillo determinar el contenido básico del neokantismo (jurídico). Por un lado, se diferenciaba metodológicamente, a causa de la distinción entre realidad (materia, ser) y valor (forma, deber),³⁶ y de modo fundamental de la eticización del derecho penal nacionalsocialista y su método de neutralización de los opuestos.³⁷ Por otro lado, se ha de diferenciar entre el neokantismo y las doctrinas materiales del valor o bien del ser, dominantes desde la década del treinta,³⁸ y orientadas fenomenológicamente, de Max SCHELER³⁹ y Nicolai HARTMANN^{40,41} Sin dudas, pueden ser consideradas como punto de partida o fundamento filosófico-jurídico del nacionalsocialismo,⁴² pues precisamente lucharon contra el formalismo neokantiano y

³¹ Cf. WAPLER, *Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantianismus*, 2008, p. 23.

³² AMBOS, *supra* nota *, pp. 68 ss.

³³ Cf., p. ej., HOLZHEY, en: RITTER/GRÜNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 1984, p. 749; similar ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, p. 23.

³⁴ WAPLER, *supra* nota n.º 31, p. 29.

³⁵ Al respecto, con referencias adicionales, HOLZHEY, *supra* nota n.º 33, pp. 747 ss.; también ÖSTERREICH, Friedrich, *Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 1951, pp. 416 ss.; sobre las diferentes orientaciones individualistas o colectivistas WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 18 ss. y 213 ss.

³⁶ WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 37 s., 42 s. y 155 s.; LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, p. 333; DREIER/PAULSON, en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1999, pp. 13 y 237; VON DER PFORDTEN, *JZ* 2010, pp. 1024 (1026); disiente ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, pp. 105 s.

³⁷ Así, distintos autores del nacionalsocialismo se han manifestado explícitamente en contra del dualismo metodológico, o bien de la idea de separación, cf. WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 32, 249 s. y 258 y AMBOS, *supra* nota *, p. 40 con nota 137 y p. 98 con nota 476.

³⁸ WAPLER, *supra* nota n.º 31, p. 162.

³⁹ SCHELER, *Vom Umsturz der Werte*, 1916; ÍDEM, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 1919.

⁴⁰ HARTMANN, *Ethik*, 1926.

⁴¹ Cf., en ese sentido, también SCHMITT, *FS Forsthoff*, 1967, pp. 37 (44, 49); igualmente: WIEGAND, *Unrichtiges Recht*, 2014, pp. 79 ss.

⁴² Sobre las tendencias nacionalsocialistas de la doctrina de los valores, p. ej., AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 141, 224 y 226 ss.; WAPLER, *supra* nota n.º 31, pp. 243 ss.; también, FROMMEL, *supra* nota n.º 5, p. 913 (sin referencias).

su neutralidad ideológica⁴³ y, en lugar de ello, propagaron la fusión (nacionalsocialista) del ser (*Sein*) con el deber ser (*Sollen*), así como la eticización y la espiritualización metafísica del derecho (penal).⁴⁴ La crítica clásica a la fundamentación valorativa del derecho, a saber, en cuanto crítica contra la fundamentación de valores puramente intuitiva, intersubjetiva e incomprensible, que en última instancia conduciría a una “tiranía irracional de valores”⁴⁵ por sobre el derecho,⁴⁶ en realidad se dirige también, y sobre todo, contra las teorías valorativas materiales. Pero se condenaría por igual a justos y pecadores si se rechazara *in limine* toda fundamentación valorativa del derecho en razón de la “tiranía de los valores” nacionalsocialista.⁴⁷ Los mencionados valores (pluralistas) del Estado constitucional liberal, como p. ej., en especial, la dignidad humana, la justicia y la igualdad material, sin dudas pueden contraponerse a tendencias totalitarias y contrarias a los derechos humanos de un programa normativo.⁴⁸ Así, tampoco resulta sorprendente que en la república de la Ley Fundamental (Bonn y Berlín) haya persistido la ciencia del derecho valorativa, en diferentes variantes dentro del discurso jurídico, así como en el derecho penal, con orientaciones valorativas neokantianas.⁴⁹

Todo esto es ignorado soberanamente por ZAFFARONI. Clasifica ciertos pensadores en el neokantismo (jurídico) sin haber definido lo que significa. Su descripción de la llamada Escuela de Neokantismo de Marburgo (SCHWINGE/ZIMMERL) es también superficial, ya que menciona su obra principal⁵⁰ solo en una nota a pie de página y se ocupa de dos obras individuales menos importantes.⁵¹ Esto es particularmente problemático porque en el momento de su publicación la obra principal también fue percibida por los opositores al régimen nazi como una expresión de

⁴³ Cf. ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, p. 133; también, MARXEN, *supra* nota n.º 1, pp. 55 y 170 ss.

⁴⁴ Sobre la transformación sustantiva del concepto (originalmente formal) de valor, en ese sentido, ZIEMANN, *supra* nota n.º 27, pp. 138 ss.; también, VOGEL, *supra* nota n.º 1, p. 72.

⁴⁵ El concepto se origina en HARTMANN, *supra* nota n.º 40, p. 524. No obstante, fue utilizado en su contra por sus críticos, cf., p. ej., SCHMITT, *supra* nota n.º 41, pp. 37 ss. y 59.

⁴⁶ BOCKENFÖRDE, en DREIER, *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, pp. 33 ss. y 41 ss.; anteriormente ya MITTASCH, *supra* nota n.º 30, pp. 32 s.; recientemente (como crítica a la ciencia metafísica del derecho, con verdades cargadas ideológicamente y basadas en la sustancia) LINDNER, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, pp. 4 ss. y 181.

⁴⁷ Asimismo, STARCK, en DREIER, *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, p. 50.

⁴⁸ Sobre la respectiva orientación valorativa basada en los derechos humanos del derecho comparado, véase: AMBOS, *Rechtswissenschaft* (RW) 2017, pp. 247 y 271 s.

⁴⁹ Cf. solamente ROXIN, *Strafrecht AT I*, § 7 Rn 27 (desarrollo y continuidad de las posiciones “neokantianas del período de entreguerras que... fueron enterradas durante la época nazi...”).

⁵⁰ SCHWINGE/ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1934 (de ZAFFARONI, *supra* nota *, p. 268 y *passim*, citado incorrectamente como monografía); una síntesis en AMBOS, *supra* nota *, pp. 61 ss.

⁵¹ SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, 1938; ZIMMERL, *FS Gleispach*, 1936, p. 173.

resistencia, sobre todo frente el nacionalsocialismo fanático representado por la Escuela de Kiel.⁵² La otra cara de la exagerada crítica de ZAFFARONI al neokantismo es, además, la presentación completamente acrítica del ontologismo finalista de WELZEL. Este último es estilizado por ZAFFARONI como el superador del derecho penal (neokantiano) del nacionalsocialismo. Sin embargo, esto ni siquiera corresponde al estado de la investigación en el círculo jurídico⁵³ de habla hispana y es insostenible, aunque solo sea porque numerosos escritos de WELZEL entre 1933 y 1945 indican una proximidad nacionalsocialista.⁵⁴ En última instancia, aquí ZAFFARONI demuestra ser un finalista ortodoxo (y anti-causalista), cuyo ojo finalista lo deja ciego.

III. Derecho penal nacionalsocialista autónomo y a través de la Escuela de Kiel

La Escuela de Kiel (“una facultad de pelotón de asalto”⁵⁵) pretendía fundamentar un derecho penal nacionalsocialista autónomo: una superación de todo vestigio del liberalismo ilustrado y una diferenciación clara respecto del neokantismo cargado de nacionalsocialismo de la escuela de Marburgo.⁵⁶ De este modo se convirtió en el sostén más importante con el que contó el régimen nacionalsocialista en el ámbito de la ciencia jurídico-penal. Por eso ZAFFARONI le dedica, con razón, tres capítulos (6-8), en los que presenta, en lo esencial, la teoría central de la lesión al deber (pp. 197 ss.), así como el camino hacia un concepto unitario de la figura delictiva (*Deliktstypus*) por medio de la abolición de la teoría del delito tradicional (de tres niveles), en especial de las categorías del ilícito (pp. 231 ss.) y de la culpabilidad (pp. 255 ss.). La Escuela de Kiel había sido más consistente en este sentido, ya que desde el principio se había propuesto crear un nuevo derecho penal nazi autónomo, sobre las ruinas del derecho penal liberal-individualista de la Ilustración (pp. 284 y 290).⁵⁷

La contribución probablemente más importante de la escuela de Kiel al derecho penal nacionalsocialista fue el escrito programático redactado en conjunto por DAHM y SCHAFFSTEIN —

⁵² Véase, MITTERMAIER, SchwZStR 52 (1938), 209, pp. 211 ss.; RADBRUCH, SchwZStR 1939, pp. 109 s.

⁵³ Cf. el trabajo ya citado de LLOBET, supra nota n.º 13, pp. 247 ss.; más referencias en AMBOS, supra nota *, pp. 139 ss.

⁵⁴ Lo que comienza con su escrito de habilitación patéticamente (*Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935), cf. AMBOS, supra nota *, pp. 134 ss.; un análisis detallado de los trabajos pertinentes, recientemente en STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, 2018, pp. 17 ss.

⁵⁵ ECKERT, en: SÄCKER, *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, pp. 37 ss.

⁵⁶ En detalle, AMBOS, supra nota *, pp. 87 ss.

⁵⁷ Similar ya MITTERMAIER, SchwZStR 52 (1938), p. 210 (“... orientación casi revolucionaria”).

que lamentablemente ZAFFARONI solo menciona al pasar (p. 203)⁵⁸ —“Liberales oder autoritäres Strafrecht” (“Derecho penal liberal o autoritario”).⁵⁹ Sobre esta base, DAHM y SCHAFFSTEIN han proyectado un derecho penal nacionalsocialista autoritario en numerosas obras individuales, que se pueden resumir en los conceptos de lealtad (a la comunidad nacional), honor, lesión al deber, intuición concreta de las esencias (orientada según la idea de ordenamiento de SCHMITT⁶⁰), derecho penal de la voluntad de autor, y el tipo de desvalor total (“figura delictiva”).⁶¹ El núcleo de la disputa entre “los de Kiel” y “los de Marburgo” residió, por tanto, solo en definir qué postura —lesión al deber o doctrina teleológica del bien jurídico— era más apta para superar el pensamiento liberal;⁶² se trató, en última instancia, de una *disputa ficticia o aparente*.⁶³

En este contexto, ZAFFARONI (pp. 246 ss.) también se dedica a Erik WOLF (1902-1977), pero no le hace justicia, porque solo abarca sus escritos relevantes de manera incompleta y no refleja la compleja carrera de WOLF: el giro nazi en la doctrina del tipo de autor/de ánimo y el posterior alejamiento (difícil de precisar temporalmente).⁶⁴

IV. Recepción y continuidad en Latinoamérica

En su capítulo de cierre —importante para la historia de la recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica y su relación actual— (pp. 277 ss.), ZAFFARONI se dedica en un primer momento a la relación entre la dogmática jurídico-penal y el sistema político. Allí aboga primero en favor de un derecho penal humano —en línea con su publicación paralela⁶⁵— y advierte sobre las tendencias inhumanas del derecho penal moderno, que también podrían tomar prestada la dogmática jurídico-penal nacionalsocialista (pp. 277 s.). ZAFFARONI reitera su convencimiento de que la ciencia jurídica está condicionada por el contexto cultural y socio-político, por lo que también advierte, en cuanto a la recepción de la ciencia jurídico-penal, sobre la adopción ciega de la dogmática jurídico-penal

⁵⁸ En detalle, empero, ZAFFARONI, en ÍDEM, DAHM/SCHAFFSTEIN, “¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?”, 2011, pp. 7 ss.

⁵⁹ DAHM/SCHAFFSTEIN, *supra* nota n.º 23; una síntesis en AMBOS, *supra* nota *, pp. 92 ss.

⁶⁰ Véase, p. ej., DAHM, en ÍDEM *et al.*, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 86 y 101. Sobre la idea de ordenamiento de SCHMITT, en ese sentido, AMBOS, *supra* nota *, p. 63 con nota 267.

⁶¹ En detalle, con referencias adicionales, AMBOS, *supra* nota *, pp. 102 ss.

⁶² Cf., en este sentido también contra SCHAFFSTEIN, SCHWINGE/ZIMMERM, *supra* nota n.º 50, pp. 48 s. y 67 (allí intentan, entre otras cosas, demostrar la proximidad entre la doctrina de la lesión al deber y el pensamiento individualista del liberalismo).

⁶³ Cf. AMBOS, *supra* nota *, p. 63 (con nota 264), 75 y 107.

⁶⁴ Cf. sobre la carrera profesional y la obra de WOLF, en detalle, AMBOS, *supra* nota *, pp. 119 ss.

⁶⁵ ZAFFARONI, *Derecho penal humano*, 2017.

alemana (pp. 279 s.): en una adopción de esta clase siempre habría que prestar atención a dos aspectos, a saber, por un lado, uno metodológico, con vistas a la adopción de la dogmática en sentido estricto para el perfeccionamiento y la profundización del derecho propio; por el otro, empero, justamente también un aspecto político —frecuentemente desatendido—, con miras al contenido de esa dogmática.

Al mismo tiempo, ZAFFARONI —de forma erudita y autocrítica— tacha de parcial la recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica a mediados del siglo XX, es decir, una recepción del derecho penal inspirado en el nacionalsocialismo, en especial de los autores de la Escuela de Kiel (p. 172), con lo que se recogió los “restos de una guerra dogmática entre nazistas”. La supuesta científicidad o neutralidad científica de estos profesores de derecho penal dio lugar, según ZAFFARONI, a una desorientación de la ciencia jurídico-penal latinoamericana, pues parecía haber caído en el olvido que “nunca puede haber *asepsia ideológica* cuando se proyectan decisiones de poder, porque lo impide la propia *naturaleza de las cosas*”.⁶⁶ Al mismo tiempo, ZAFFARONI estima que el instrumental que brinda la dogmática jurídico-penal es absolutamente apto para contribuir al desarrollo de un derecho penal humano, pero que la experiencia nacionalsocialista indica que también podría ser pervertido y, por tanto, dar lugar a que se pierdan los fines humanos de todo derecho penal (pp. 281 s.). ¡Pero la dogmática jurídico-penal, por sí sola, no protege contra graves violaciones a los derechos humanos!

Por último, ZAFFARONI advierte sobre la *continuidad* del pensamiento nacionalsocialista en el derecho penal actual, en especial en el latino (pp. 299 ss.). ZAFFARONI ve el núcleo de este pensamiento en el concepto de la comunidad del pueblo (pp. 289 ss.). Por último, el derecho penal nacionalsocialista, también y, especialmente el de la Escuela de Kiel, remite según ZAFFARONI a una ética imaginaria de la comunidad del pueblo y del Führer, con la que se sustrae de cualquier clase de control empírico (p. 299). Los contenidos políticos del irracionalismo romántico del nacionalsocialismo habrían sido incorporados a la ciencia del derecho penal para poder castigar del modo más severo a aquellos que se opusieran al programa del nacionalsocialismo y al modelo de sociedad nacionalsocialista (id.). ZAFFARONI reconoce la continuidad de este pensamiento también en el presente (latinoamericano), entre otras cosas bajo la forma de la moralización del derecho penal, de un terrorismo mediático y de la estigmatización de disidentes, y también, y especialmente,

⁶⁶ Bastardillas del original; coincidente, GUZMÁN DALBORA, Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC, Buenos Aires) VII (2017), p. 230; crítico de la recepción acrítica del derecho penal alemán, también MATUS, ZIS 2014, pp. 622 s. y 627 s.

en la jurisprudencia (p. 301). Considera que la función más noble de la dogmática jurídico-penal, esto es, la restricción racional del poder punitivo estatal, se encuentra en peligro a causa del nacionalismo populista, incluso orientado al pueblo, de los líderes latinoamericanos, apoyados por medios populistas (pp. 301 y 303). Quien conozca la praxis (a menudo manejada mediáticamente) de la justicia penal latinoamericana —a modo de ejemplo, remítase a la exhibición pública de personas sobre las que recae una mera sospecha policial—, probablemente no podrá contradecir el diagnóstico de ZAFFARONI, bien que, al respecto, tendrían que ser llevadas a cabo investigaciones especiales, con concretizaciones necesarias y precisiones, sobre todo con miras a las tendencias autoritarias y de derecho penal del enemigo de la praxis policial⁶⁷ y la jurisprudencia.

V. Valoración general

En definitiva, es cierto que ZAFFARONI no presentó una reconstrucción completa de la doctrina penal nazi,⁶⁸ pero sin embargo —y a pesar de las inexactitudes⁶⁹ y deficiencias ortográficas⁷⁰—, sí una investigación que genera una buena impresión. Es admirable la profundidad con la que ahondó en la literatura relevante, en su mayoría en lengua alemana, a pesar de su edad. Debido a su autor, la obra influirá y dará forma al debate en la comunidad jurídica de habla hispana y portuguesa en los años venideros. Se le desea una amplia difusión y una recepción crítica (!). Al igual que ZAFFARONI (p. 303), solo podemos esperar que su trabajo refuerce, especialmente en Latinoamérica, el escepticismo frente el derecho penal autoritario e inhumano, y que sea retomado por futuras investigaciones.

⁶⁷ Un paralelismo acertado con la “Policía Pacificadora” de los barrios pobres de Río de Janeiro en BATISTA, en ZAFFARONI/FREISLER, *Derecho penal de voluntad*, 2017, pp. 109 s.

⁶⁸ Demasiado enfático, en ese sentido, GUZMÁN DALBORA, RDPC VII (2017), p. 230.

⁶⁹ En muchas partes lamentablemente faltan fuentes primarias. Esto es especialmente desafortunado en aquellos pasajes en los que ZAFFARONI también les reprocha infracciones morales a los autores a los que hace referencia, cf., p. ej., pp. 104, 107, 116 s., 141, 151, 207 y 287.

⁷⁰ El libro contiene numerosos errores ortográficos, en especial con relación a los conceptos y apellidos alemanes (“Shaffstein” en el texto de portada), cf. pp. 22, 64, 65, 79, 105, 107, 111 s. y 204; sobre los conceptos y apellidos alemanes, pp. 28, 59, 93, 98, 109, 149 y 202.