

MONIKA FROMMEL

Frankfort am Main, R.F.A.

La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*

* Título original: *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus*, publicado en "Recht und Rechtslehre im Dritten Reich", Ringvorlesung der Universität Kiel, 1930. Traducción de Francisco Muñoz Coude.

Los jueces alemanes pronunciaron durante el dominio nacionalsocialista unas 60.000 penas de muerte; de ellas unas 16.000 los Tribunales ordinarios y especiales; las otras 40.000 fueron pronunciadas por los Tribunales de guerra entre 1941 y 1944. Ello excede con mucho, desde un punto de vista puramente cuantitativo, de la cruel normalidad con que suelen actuar los Tribunales penales en tiempo de guerra. Sirva como dato comparativo el que mientras que entre 1914 y 1918 se pronunciaron unas 300 condenas a muerte, sólo en 1942 se pronunciaron más del doble cada mes, unas 700 (1).

Una vez acabada la Guerra, la Administración de Justicia tuvo que enfrentarse con la difícil tarea de valorar desde el punto de vista jurídico-penal los principios jurídicos que se utilizaron para legitimar estos crímenes y la conducta de los que los cometieron. Pero se quitó de encima el problema de

(1) Manfred Messerschmidt/Fritz Wüllner, *Die Wehrmacht im Dienste des NS, Zerstörung einer Legende*, 1987; Detlev Garbe, *In jeden Einzelfall bis zur Todesstrafe. Der Militärstrafrechtler Erich Schwinge. Ein deutsches Juristenleben*, 1989 (Schwinge representaba una teoría antiliberal del bien jurídico; aunque no era una jurista nazi, tuvo gran influencia, como demuestran los trabajos citados).

Sobre la discusión y análisis del período nazi en los años 50, Cfr., por ej., Michael Stolleis y Dieter Simon, en: *NS-Recht in historischer Perspektive*, Kolloquium des Instituts für Zeitgeschichte, 1981, p. 13 ss.; Jürgen Habermass, *Vom öffentlichen Gebrauch der Historie*; Martin Broszat, *Wo sich die Geister scheiden*; estos dos últimos trabajos publicados en: "Historikertreit", *Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Judenvernichtung*, 1987 (p. 243 ss. y 189 ss.).

un modo realmente notable; dando un auténtico ejemplo para los que tienen muy poca memoria y a pesar de todo siempre quieren creer en un happy end, para los que, ciertamente, admiten que la idea del Derecho fué conculcada y un poco conmovida pero consideran que sigue incólume extendiendo sus manos sobre la Justicia, la diosa con los ojos vendados; esa diosa que no sabe exactamente lo que ve, lo que quiere ver o no ver y que con bastante frecuencia sabe, pero actúa como si no viera nada.

I. LA GUERRA ENTRE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA POLICIA EN LA ÉPOCA NAZI.

Las numerosas monografías existentes sobre las relaciones entre la Administración judicial de Justicia penal y la Policía en el Tercer Reich (2) ponen de relieve la necesidad de revisar las viejas concepciones y, a la vista del extenso material disponible, plantear nuevas cuestiones.

La primera fase, la toma del poder y su estabilización, terminó como ya ha demostrado convincentemente Gruchmann, con el intento golpista de Röhm. Tras el aniquilamiento de la SA, las SS se convirtieron en el principal oponente de la Administración judicial de Justicia, decidiendo a su favor la guerra de trincheras que hasta entonces había habido de forma más o menos encubierta por ocupar el espacio político de la Administración de Justicia. Constituye un mérito de Gruchmann haber descrito de manera precisa las fases de esta lucha, ampliando con ello en una dimensión importante el espectro de los datos de que ya se disponía sobre la implantación institucional del poder político y su fortalecimiento organizativo. Me gustaría seguir este planteamiento y vincularlo a mis propias investigaciones en torno a la "lucha contra

(2) Lothar Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich*, Anpassung und Unterwerfung in der Aera Gürtner, 1988; Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989.

los delincuentes habituales" desde el punto de vista policial y jurídico (3).

La Ley (alemana) contra delincuentes habituales peligrosos es de 24.11.1933. Con ella se dió a la Administración de Justicia penal amplias competencias para imponer medidas preventivas a los llamados delincuentes por "tendencia", entre otras, el internamiento en custodia de seguridad por la comisión de varios delitos de menor gravedad. Sus fundamentos políticocriminales y numerosos detalles habían sido ya elaborados a principios de los años 20, al margen de la ideología nacionalsocialista (4), y especialmente se habían apli-

(3) Véase al respecto, mis trabajos:

Monika Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafwissenschaft. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften*, 1987.

Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des 211 StGB im Jahre 1941, JZ 1980, 559.

Von der Strafrechtsreform zur "Rechtserneuerung", en: Rottenthorner (Hg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Beiheft 18 des ARSP, 1983, p. 45 ss.

Strafjustiz in Republik und Führerstaat, Vortrag auf dem 7. Strafverteidigertag in Frankfurt, 1983 a; (Dokumentation, hg. von den Vereinigungen der Strafverteidiger, 1984, p. 27 ss.

Die Rolle der Erfahrungswissenschaft in Franz von Liszt "gesamter Strafrechtswissenschaft", en: Liszt der Vernunft, *Kriminalsoziologische Bibliografie* Wien, 1984, Jg. 11, Heft 42, p. 36 ss.

Strafrecht zwischen französischer Revolution und Paulskirche: Strafjustiz und Polizei, Vortrag auf dem 26. Rechtshistorikertag in Frankfurt a.M., 1986, Akten des 26. DRHT, hg. von D. Simon 1987, p. 169 ss.

Ungesühnte Nachkriegsjustiz, en STERZ, *Zeitschrift für Literatur, Kunst und Kulturpolitik*, Graz 1987, Nr. 41, p. 16 ss.

(4) Véase mis trabajos *Präventionsmodelle*, p. 83 ss., esp. 87 ss., y *Geschichte der Verbrechenspathologie*, citados en nota 3.

El sistema dualista para luchar contra los delincuentes "profesionales" o "habituales" domina el panorama doctrinal desde su aceptación por Kahl y v. Liszt en la DJZ 1920, p. 301. El Proyecto de 1927 preveía la custodia de seguridad para el reincidente que había sido condenado anteriormente a la pena de muerte o de reclusión (pfo. 59); la ley de 1933 renuncia, en cam-

cado en los países de tradición jurídica anglosajona (5). Pero es evidente que la "lucha" contra la "delincuencia habitual" fué empleada con éxito por el nacionalsocialismo para crear un clima políticocriminal favorable a sus intereses. Tanto desde el interior, como de cara al exterior (6) constituía un buen pretexto para iustitucio-

bio, a cualquier tipo de limitación definida legalmente y deja la imposición de medidas de seguridad en manos del juez de 1ª instancia contra el que sólo cabe recurso de casación. El Tribunal Supremo (*Reichsgericht*) interpretó el págfo. 42 de forma tan extensiva que incluso negó la posibilidad de recurso de casación en caso de imposición de una custodia de seguridad, lo que amplió enormemente las facultades de los Tribunales para imponerla, Cfr. Fritz Hartung, *Jurist unter vier Reichen*, 1971, p. 100 s., quien se vanagloria de esa aportación.

(5) Como indica Werner Geisler, *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Recht*, 1967, aunque pueden observarse paralelismos ideológicos entre ambos países, el contexto político criminal era completamente diferente. Por muy reaccionaria que fuera entonces también la política inglesa, en Inglaterra la medida se aplicaba sólo a delincuentes que habían cometido delitos violentos o graves contra la propiedad, mientras que en Alemania se aplicaba también a reincidentes en pequeños hurtos, abusos sexuales de poca monta y todo tipo de delincuentes molestos.

A la misma conclusión llega Joachim Keßner, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung, 1934-45* (parte de un Proyecto de investigación dirigido por Hellmuth Mayer en Kiel, en 1961).

(6) Ya Hanns Kerrl en 1933 exigía en su libro *Nationalsozialistisches Strafrecht* una pena única de custodia. Franz Gürtner y Roland Freisler propugnaron, en cambio, una solución dualista formulada legalmente (cfr. Gürtner/Freisler, *Das neue Strafrecht*, 1934). También de cara al exterior se propuso este sistema en el Congreso de Criminología celebrado en Roma (publicado en: *Beiträge zur Rechtserneuerung*, cuaderno 8, Berlin 1939), en el que se presentó un informe de Freisler sobre el tema, seguido de una crítica de Hellmuth Mayer. Es digna de mencionarse la reacción que despertó la crítica de Mayer en los medios nazis. Uno de los redactores de la revista *Monatschrift für Kriminalbiologie*, Sieverts, no quiso dejarla sin contestación y la publicó como apéndice a la recensión del anticuado, pero respetable Tratado de Hellmuth Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, 1936, que en dicha revista hizo en 1937 v. Wedel (p. 302). Decía al respecto Sieverts: "El autor debe confesar que ésto sólo ha sido plasmado legalmente en la Ley contra el delincuente habitual, una prueba irrefutable del contenido socialista del pensamiento de v. Liszt, que no estaba orientado al individuo, sino a la comunidad".

nalizar la lucha policial contra la delincuencia sin mayor resistencia. Actualmente nadie afirmaría que en ello se pretendiera sólo culminar antiguos anhelos de reforma aplicando las diversas tipologías de delincuentes que servían de base a esta ley contra delincuentes habituales (7). Hay muchos datos que demuestran que con esta ley se quería reunir desde un punto de vista estratégico, distintas corrientes y que, por ello, apoyada por grupos políticocriminalmente heterogéneos, por partidarios del Derecho penal de voluntad de corte nacionalsocialista (8), por el ala derecha de la escuela de von Liszt (9) y por los representantes de un Derecho

(7) De un modo especialmente claro se muestra esta tendencia a distinguir en el Derecho nazi una evolución "sana" y otra "patológica" en Heinrich Henkel, quien dice en su *Strafverfahrensrecht* en 1953 (2ª ed., 1968, p. 59-60): "Retrospectivamente, se pueden distinguir las reformas que se hacen a partir de 1933 en dos grupos: por una parte, las dirigidas a continuar sanos proyectos anteriores que no habían podido llevarse a cabo hasta entonces, pero que respondían a necesidades objetivas y completaban el derecho vigente hasta entonces. Por otra parte, hubo reformas que sólo buscaban la consecución de forma patológica y reprochable de metas políticas autoritarias...".

Esta explicación es también acogida probablemente sin ser consciente del trasfondo político, por Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 21ª ed., 1989, p. 432. También parece superada la tesis de Michael Stolleis (*Nationalsozialistisches Recht*, en *Handwörterbuch über deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, num. marg. 837 ss (esp. 886, abajo), de que la Ley contra el delincuente habitual no fué más que la continuación de la reforma del Derecho penal con medios nacionalsocialistas. Ello supone ignorar las diferencias existentes entre el Proyecto de 1927 y la Ley de 1933; pero sobre todo ignora el diferente contexto en el que se dieron uno y otro texto.

(8) Friedrich Schaffstein, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, ZStW 53, 1934, 603; Kark Klee, *Das Problem der Sicherungsstrafe*, ARSP 28, 1934/35, 485 ss. (496): "El delincuente habitual incorregible siente él mismo cómo su trágica existencia debe ser apagada. Esto ocurre de forma dramática con la pena de muerte".

(9) Que acentuó la continuidad de la tipología de delincuentes de von Liszt en la Ley contra el delincuente habitual, cfr. Franz Exner, *Das System der sichernden und bessernden Massregeln*, ZStW 523, 1934, 629 ss.; el mismo, *Die Reichskriminalistik von 1934 und die Entwicklung der Kriminalität seit der Nationalen Revolution*, MSchr Krimbiol. 1938, p. 336 (donde se ofrecen datos estadísticos de los éxitos obtenidos en la nueva Política criminal).

penal retributivo lo más duro posible (10). Estos últimos fueron los que implantaron en la Ley contra delinquentes habituales el dualismo exacerbado entre penas y medidas, pretendiendo combinar explícitamente la retribución jurídica con una profilaxis policial efectiva de la delincuencia, una concepción que, obviamente, le venía muy bien al aparato político de poder nacionalsocialista (11). Desde el punto de vista psicosocial, este tono belicista satisfacía unos sentimientos que, como ocurre especialmente en tiempos de inestabilidad política, exigen que la Policía y la Justicia acabara con la delincuencia profesional. Pero lo que normalmente no es más que un símbolo político, fué entonces una realidad sangrienta.

La estrategia nacionalsocialista de asumir los planteamientos de los penalistas conservadores en su retórica renovadora y utilizarlos en la consecución de sus propósitos, tuvo éxito; y buena prueba de ello fue la *amplia acogida y aplicación* que tuvo la ley; entre 1934 y 1942 fueron condenadas a internamiento en custodia de seguridad más de 16.000 personas (12). Probablemente fueron también enviadas a campos de

(10) Edmund Mezger, en su artículo *Die Straftat als Ganzes*, ZStW 57, 1938, 675 ss. acuñó el concepto de "culpabilidad por la conducción de vida", para legitimar la agravación de la pena de los reincidentes. Bockelmann se distanció con precaución de esta teoría en sus *Studien zum Täterstrafrecht*, tomo I, 1939, y tomo 4, 1940. Welzel salvó su "culpabilidad de autor" rabulísticamente, descubriendo "una medida preventiva en forma de pena", cfr. su *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW 60, 1949, 428 Cfr. mi artículo en: *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, ed. por Reifner/Sonnen, 1984, p. 86 ss. (publicado también en Anuario de Derecho penal 1989, traducción de Muñoz Conde).

(11) Concepciones de esta clase en su forma más exagerada se encuentran tras la introducción en 1941 de la pena de muerte "para la protección de la comunidad popular" en: Dahm, *Täterstrafe und Tätersyp*, DR 1942, 51; Mezger, *Tätypen, Tätersypen und Charaktertypen*, Deutsches Strafrecht, 9, 1942, 108; Exner, *Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe*, en *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 44; Lange, *Täterschuld und Todesstrafe*, ZStW 62, 1942, 175.

(12) Hellmer, nota 5.

concentración, aunque hasta hoy apenas nadie se acuerde de los llamados “criminales” asesinados en esos campos de exterminio, ya que no se les considera víctimas del Nacionalsocialismo, ni son identificados como grupos. Ello explica también que esta Ley contra delincuentes habituales no sea considerada ni siquiera hoy como un ejemplo característico de la Política criminal nacionalsocialista.

En lo que sigue, voy sin embargo a recordar brevemente los argumentos que, desde una perspectiva puramente jurídica reflejan el cambio silencioso habido en el período nazi, para concentrarme luego en el aspecto institucional destacado por Gruchmann.

La Ley contra delincuentes habituales es, comparada con el Proyecto de Código penal de 1927, vaga e indeterminada. Además, en su interpretación tanto el Tribunal Supremo, como los Jueces inferiores renunciaron a cualquier tipo de precisión. Incluso se llegó a calificar automáticamente cualquier condena anterior con la calificación de “delincuente por tendencia”, lo que suponía la imposición del internamiento en custodia de seguridad. Comparada a otros países que tienen una institución semejante (Inglaterra), ello constituye una evidente desproporción. Las sentencias no se pronuncian sólo contra delincuentes condenados varias veces anteriormente, sino por razones mucho más superficiales. Cuando aún no se había decidido la guerra de trincheras entre la Administración de Justicia y la Policía, los Tribunales penales aplicaron la ley ampliamente, demostrando así, además de su lealtad al régimen, que la Administración de Justicia podía llevar a cabo la “lucha contra la criminalidad” con la misma eficacia que el terror policial. De este modo se iba todavía más lejos de lo que permitía el estado de excepción política, normalizando el sistema nazi. Las técnicas que se habían utilizado para tomar el poder y eliminar a los adversarios políticos, fueron ahora utilizados para reprimir los delitos contra la propiedad y todos aquéllos delitos que se derivaran de una forma irregular de

vida, aunque no constituyeran un peligro concreto para los ciudadanos. Con ello, los Tribunales devaluaban indirectamente la labor de la policía.

Así las cosas, no resulta sorprendente que paralelamente surgieran otras instituciones como el *arresto de seguridad*, una medida puramente policial aplicable también a los mismos "enemigos".

La base jurídica para que la policía a través de esta medida pudiera también enviar gente a los campos de concentración, la ofreció un Decreto de 14.12.1937 sobre "lucha preventiva contra la delincuencia" (13). Antes de este Decreto, ya se había legalizado esta medida policial del "arresto preventivo", apoyándose en la Ordenanza Imperial para la "protección del pueblo y el Estado", de 28.2.1933, que, aunque conforme a su tenor literal, sólo podía ser utilizada contra los "enemigos" políticos del Nacionalsocialismo, también se aplicó a los llamados "delincuentes habituales".

Veamos el argumento que ofreció como explicación de ello, un delegado gubernamental en una sesión secreta de la policía:

"Esta Ordenanza parece, según reza en su preámbulo, sólo aplicable por los Tribunales de Justicia contra los actos violentos comunistas hostiles al Estado, pero como se sabe desde hace tiempo, un preámbulo es sólo el motivo, no un elemento integrante de las leyes. Por eso, no hay inconveniente alguno en aplicarla también a todos los que de forma dañina para el Estado o el pueblo ponen en peligro con su conducta la reconstrucción del pueblo alemán" (14).

La reacción doctrinal a esta legalización de hecho de 1934 fué uniforme. Ninguna voz se alzó contra esta equipara-

(13) Schaffstein, *Vorbereitungsk., ZStW* 58, 1939, 307.

(14) Hans Tesmar, *DR* 1936, 135.

ción entre diversos tipos de delincuentes (15). Al contrario, la aplicación extensiva fué saludada con júbilo. Cualquiera que fueran sus intenciones, los Profesores de Derecho penal sólo entonaron música de acompañamiento académico al concierto en el que, en tono amenazante se definía la lucha contra la delincuencia como una tarea de la policía. Los comentaristas académicos no pudieron, sin embargo, evitar que esta lucha se llevara a cabo a grandes voces y con todo el despliegue de medios propagandísticos (16).

Todo ello me induce a mantener la tesis de que lo específico del nacionalsocialismo no eran los concretos elementos ideológicos (en sí mismos considerados), que igualmente se encontraban formulados en otros planteamientos; ni tampoco la forma en que aparecían mezclados, sino la peculiar combinación de la ideología con el realismo político. Su plasmación jurídica y su fortalecimiento organizado establecieron un doble dominio, que, por un lado, tendía a una juridificación intensiva en la que, al mismo tiempo, se eliminaban los derechos subjetivos.

La polémica sobre el individualismo y el liberalismo dió lugar a un concepto jurídico apenas desarrollado. Sin las ideas liberales que querían garantizar con el derecho esferas de libertad, sólo queda de éste una especie de autoritarismo juridificado; el Derecho penal se convierte así en el "Derecho de la lucha contra el delito" al que es inmanente una tendencia a conceder a la policía un papel de primer rango. Con ello se diseñaba el programa para apoderarse del aparato de poder de la Administración judicial de Justicia. El posterior reforzamiento organizativo duplicando las diversas competencias judiciales y policiales no fué otra cosa que el asentamiento definitivo tras la toma de poder del sistema político y jurídico. Con ello se transformaron también todos los conceptos jurídi-

(15) Con excepción de H. Mayer, cfr. nota 6.

(16) Véase, por ej., Frank, Himmler, Best, Höhn, *Grundfragen der deutschen Polizei* (Akademie für Dt. Recht, 1936), 1937.

cos tradicionales incluidos los de la moderna teoría sobre los tipos de delincuentes.

Se realizó así un peligro que posiblemente estaba ya latente en ellos. El apoyo activo a la "lucha contra el delincuente habitual" no fué otra cosa que una temprana implementación de la política de seguridad del nacionalsocialismo en un tema que originariamente carecía de contenido político; y para los miembros del aparato judicial un tardío intento de integrar en el programa de lucha contra el delito las medidas preventivas de carácter judicial; un intento por mantener sus competencias, destinado al fracaso. Visto desde fuera, era imposible que desde esa base pudieran mantenerse las garantías mínimas del Estado de Derecho, aunque tampoco era eso lo que les interesaba. Lo único que parecía preocuparles era su propia *autoafirmación profesional*.

II. "ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y PODER EXTRANORMATIVO" (SS, SD, Gestapo).

Bajo este título trata Gruchmann los intentos del Ministro de Justicia Gürtner por "juridificar" el arresto policial (p. 535 ss.). Con la expresión "extranormativo" pretende dicho autor distinguir conceptualmente el "Derecho" del "poder organizado". Dicha expresión la utiliza Gruchmann en su trabajo para descubrir la labor del Ministro de Justicia Gürtner en el período político nacionalsocialista que va de 1933 a 1940. Para Gürtner lo que aquí se denomina juridificación autoritaria, era la "Administración de Justicia" vinculada normativamente que tenía que ser superada por el poder "extranormativo" de la Gestapo, las SS y el SD.

Análíticamente, es decir, como forma de describir lo que de específico tiene el Derecho nazi, esta terminología no es, sin embargo, del todo convincente. Pongámonos en el lugar de uno de los que podían ser afectados por esta distinción. Para él, la Administración de Justicia penal y la Policía

no serían más que subsistemas interdependientes de una misma maquinaria amenazadora de lucha contra el delito; la Administración de Justicia penal no representaría para él ninguna protección: sólo servía para dar forma jurídica a los intereses políticos, no para proteger los derechos individuales. Tampoco es muy afortunada la expresión desde el punto de vista político, pues confunde las medidas políticas con las jurídicas. La única diferencia entre ellas no era otra cosa que la diferente lógica que en cada caso se persiguiera. Ambos subsistemas realizaban un trabajo más o menos burocrático y actuaban a base de leyes, decretos y circulares, por lo que tampoco podían diferenciarse mucho desde este punto de vista. Conceptualmente sólo podrían diferenciarse con una teoría que separara el Derecho de la Política; pero no era eso precisamente lo que caracterizaba a la praxis, ni al sistema jurídico penal nazis, y en todo caso, si lo caracterizaba, era de tan escasa importancia que apenas merece mencionarse.

El que el "poder" organizado de entonces se ejerciera normativa o extranormativamente, era, pues, algo puramente accidental. Desde el punto de vista interno carece, pues, de utilidad denominar la lucha contra la delincuencia a través de la Administración de Justicia globalmente de "jurídica" y la policial de "extranormativa". Y lo mismo se puede decir si se considera esta actividad desde el punto de vista externo.*

Por todo ello, de ahora en adelante el sistema jurídico utilizado por el nacionalsocialismo en la lucha contra la delincuencia se concebirá como un sistema de reacción que regula la distribución de competencias entre el poder judicial y la policía, pero que en absoluto normativiza los correspondientes derechos individuales de los afectados o, todo lo más, de forma tan limitada que no sólo permite las intervenciones por parte del Estado, sino que incluso conceptualmente ni siquiera son exigidos cuando son compatibles con la concepción jurídica del nacionalsocialismo.

III. DERECHO Y POLITICA. EL DERECHO EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA. ¿UNA CONTRADICCION INTERNA?

Con esta retórica, exagerando los argumentos favorables y ocultando los contrarios, la tesis de Grüchmann sobre la existencia de una guerra de trincheras entre el "poder extra-normativo" de la lucha policial contra el delito y la Administración judicial de Justicia penal orientada de algún modo por normas, puede dar a entender que toda Administración de Justicia penal, aunque no se conciba como órgano de control del poder político y garante de los derechos subjetivos, sino como un órgano político más, ofrece un *mínimo de estabilidad jurídica*. Pero como señala Naucke, contra una concepción jurídica de esta clase se puede objetar que una "teoría del derecho" que no puede diferenciar entre el Derecho y la Política y que se muestra orgullosa de concebir el derecho como simple realización política, hace del jurista un mero ejecutor (17).

El jurista así concebido, difícilmente puede desempeñar una función política correcta; el que a pesar de todo, no produzca consecuencias terribles se debe a que la situación política está normativizada pero no a la teoría del derecho que lo concibe al servicio de la política. Existe un enorme material

(17) Wolfgang Naucke, NJW, 1988, 2873 (recensión del libro de Ingo Müller, *Furchtbare Juristen* 1987). Sobre el concepto del derecho en Naucke, véase las siguientes obras de éste:

Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; P.J.A.v. *Feuerbach*, ZStW 87, 1975, S. 861 ff.; además:

Dogmatisierung von Rechtsproblemen bei Kant, ZNRG 1, 1979, p. 3 ss;

Die Aufhebung des strafrechtlichen analogieverbotes 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71 ss.

Die Missachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, FS für H. Cong, 1982, p. 225 ss.

Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918, en: Rechtshistorisches Journal, Frankfurt, 7, 1988, p. 299 ss.

Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, en: Deimling (Hg.), C. Beccaria, 1989, p. 37 ss.

que así lo demuestra. El método empleado por Naucke se orienta conscientemente en un interés abstracto del conocimiento, dirigido a la comprobación y confirmación de una afirmación teórica basado en el dato histórico. Su posición teórica la formula de un modo especialmente brillante en su obra "Die Dogmatisierung von Rechtsprobleme bei Kant" ("La dogmatización de los problemas jurídicos en Kant") (1979). Para Naucke la búsqueda de *reglas generales* (Kant) supone el empleo de un método jurídico que permita decidir *correctamente* cuestiones que en sí no son decidibles. Esto sólo es posible, según Naucke, cuando el Derecho o la Dogmática jurídica se conciben como un proceso de garantía de esferas de libertad individual y social. Según ésto, el Derecho tiene como misión limitar la política de seguridad del Estado y la relatividad de las pretensiones humanas. Y ésto sólo puede llevarlo a cabo si se le sitúa en un estrato distinto a la Política, convirtiéndolo en una barrera contra la instrumentalización política. Si se sigue este concepto del Derecho, cuya principal ventaja es la acentuación de los derechos subjetivos y la limitación del poder de intervención estatal, se evitan los elementos intervencionistas. Trasladar esta concepción al Derecho penal significa rechazar explícitamente toda fundamentación preventiva de la pena, que simplemente se concibe como una forma de *reacción a una grave infracción jurídica imputable*, cuando ésta no puede ser eliminada por otras vías menos radicales como la reparación o indemnización del daño.

La tesis de Naucke, aunque se puede corroborar con datos históricos, no se fundamenta, sin embargo, históricamente. Antes bien, si se prescinde de su apoyo histórico, desde el contexto teórico se encuentran por todas partes corrientes evolutivas contrarias y textos que caracterizan tendencias opuestas. Depende, pues, del *acento* y del *contexto histórico*, el estar o no de acuerdo con la interpretación de Naucke.

Comparando su tesis con mis propias investigaciones sobre P.J.A. Feuerbach, C.J.A. Mittermaier, Franz von Liszt y

el Derecho nacionalsocialista, pueden constatarse diferencias tales como:

El concepto del Derecho que ofrece Naucke supone que la universalización de las reglas puede frenar la política o, en su caso, limitar la persecución de fines individuales que se consiguen a costa de otros, lesionando sus derechos. Conforme a esta teoría, habría un derecho "correcto" y podría diferenciarse a nivel de principios entre las decisiones jurídicas y las políticas. Estoy de acuerdo con Naucke en la primera parte de su hipótesis, es decir, en que la persecución de fines políticos e individuales en última instancia, puede conducir a conflictos insolubles, pero no veo cómo el Derecho puede establecer un criterio "correcto" de demarcación. Lo único que puede conseguirse con la pretensión de corrección es que una decisión *pragmática* se produzca respetando los espacios de libertad. También estoy de acuerdo en lo que se refiere al principio universalizador en el sentido de que deben poder existir diversos proyectos de vida concurrentes y que, por tanto, es necesario que el derecho fije los límites. Pero este principio también puede ser interpretado de otro modo. La idea reguladora de la coexistencia de formas plurales de vida y pensamiento no ofrece una regla inequívoca. Las reflexiones preventivas no pueden, por tanto, ser rechazadas categóricamente, sino sólo criticadas y reprobadas cuando no pretendan asegurar con el Derecho espacios de libertad. Las metas políticas, los valores y las reflexiones racionales sobre el fin a conseguir no tienen por qué ser excluidas, sino reducidas a un nivel tolerable.

Si se sigue este planteamiento, se llega a un esquema cuatripartito, que permite distinguir entre modelos de *imputación* y de *prevención orientados al hecho* y *estos mismos modelos orientados al autor*. Una teoría de la pena requiere una teoría limitadora del poder punitivo. La imputación del hecho implica una dimensión moral de la responsabilidad. El sistema sancionatorio remite a conceptos racionales sobre el

fin que suponen una elección inteligente de las formas de reacción más conveniente. Los argumentos en pro de la imputación orientados al hecho son, pues, liberales. Mucho menos liberales son los conceptos moralizadores sobre el autor del delito cuando son utilizados en la lucha contra la delincuencia, pues transforman el principio de prevención y responsabilidad en un principio retributivo de carácter ético y/o en un derecho de lucha sólo superficialmente preventivo, conduciendo además a la marginación de las personas tachadas muchas veces con juicios desvalorativos. La difamación moral (malo o inferior) y ciertas imputaciones aparentemente racionales como desviado, indeseable y peligroso son en realidad, intercambiables. Hay, por tanto, argumentos como los de *eticización e instrumentalización* que caracterizan las formas del pensamiento antiliberal, y que gozan de gran tradición. Tanto Karl Binding, como el Derecho penal retributivo clásico de corte preventivo general pueden servir como paradigmas de esta combinación de argumentos basados en la inferioridad y en la peligrosidad. Así, por ej., decía Binding (18):

“Rechazo totalmente que la pena pueda ser rebajada al nivel de una regla policial de seguridad. La pena es otra cosa, algo más alto y más noble. Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la “reincidencia criminal” y utilizarla como forma de inocuización de la “ralea” criminal, agravándola incluso, si hiciera falta, en casos de reincidencia hasta la prisión perpetua o la pena de muerte”.

Para Binding lo criticable de la concepción de la pena de von Liszt no era, pues, su dureza apenas compatible con el principio de culpabilidad, sino sólo su conversión es una simple medida de seguridad.

Esto nos lleva a exponer la ambivalente posición de von Liszt, para quien tanto la imputación, como la prevención,

(18) Karl Binding en el prólogo a su *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906.

estaban orientadas también al delincuente. Desde luego, nada hay dogmáticamente que objetar contra una imputación basada en criterios de peligrosidad (19), que, en todo caso, postule una forma de determinación de la pena dirigida racionalmente a un fin y evita la pujanza de la degradación moral. Durante el Tercer Reich se siguió la terminología de Liszt sobre los tipos de delincuentes, rechazándose, en cambio, contundentemente su concepto "racional" del delito. A este respecto pueden citarse las brillantes palabras de Edmund Mezger:

"La concepción sociológica del delito es, por tanto, como última consecuencia de un materialismo económico, el fin de la responsabilidad individual y de la autonomía de la vida espiritual en general, y, por tanto, el fin de toda cultura. Lo que el hombre tiene de creador se degrada en subhumanidad" (20).

Sin embargo, diez años más tarde escribía el mismo autor respecto a las leyes racistas promulgadas por el Nuevo Estado:

"Especial consideración merecen la concepción biológico-hereditaria y la basada en la constitución personal. De ambas se deduce que es posible no sólo ver los rasgos y aspectos individuales de la personalidad en sí misma, sino también, y en una relación más amplia, los condicionamientos conformes a su ser y a las leyes de la sangre. Precisamente es aquí donde encuentran apoyo la idea de eliminar los sectores de la población dañinos para el pueblo y la raza" (21).

Frases como éstas demuestran hasta qué punto eran características a partir de 1933 la vinculación entre reprobación

(19). Cfr., por todos, Max Grünhut, *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, Festgabe für Aschaffenburg, 1926, p. 87 ss.

(20) Edmund Mezger, *Kriminalpolitik und ihre Kriminologischen Grundlagen* 1934, p. 172 (hay traducción española de Rodríguez Muñoz, con el título de *Criminología*, 1944).

(21) El mismo, op. cit., 3ª ed., 1944, p. 247.

ción moral (culpabilidad de autor), declaración de "inferioridad" por razones biológicas racistas (tipo de delincente) y retórica prevencionista.

Pero dejemos ahora el desolado paisaje de las tipologías de delincentes y de la culpabilidad de autor, y busquemos los penalistas que, siguiendo el esquema que expuse anteriormente, argumentan con criterios liberales, es decir, con criterios que combinan prudentemente culpabilidad y prevención basadas en el hecho. Descubrimos entonces que fueron muy pocos los penalistas que patrocinaron estas ideas y que las más de las veces se trataba de personas marginales difícilmente catalogables. Sus opiniones fueron también ambivalentemente recibidas, como demuestran las críticas que en sectores especializados se hicieron de las tesis de C.J.A. Mittermaier, Adolf Merkel y H.V. Kantorowicz.

En conclusión, se puede decir que casi todas las teorías penales dominantes en los años 30 mostraban rasgos antiliberales. No es extraño, por tanto, que los penalistas del período nazi pudieran adaptar sus respectivos sistemas del delito a la coyuntura política y sucumbieran a la retórica de la moralización o a la de la lucha y la eliminación. Algunos incluso combinaron ambas ideas; sólo unos pocos buscaron una alternativa.

Con todos estos datos espero haber demostrado que una historia del Derecho penal situada en su contexto puede informar mejor de su respectivo contenido, utilizando para ello un método abstracto respetuoso con las estructuras.

Los resultados así obtenidos pueden ser corroborados hasta un cierto grado históricamente, aunque lo importante sea fundamentarlos teóricamente. El método seguido se basa en una concepción científica que parte explícitamente de la pluralidad de las diversas perspectivas y planteamientos. La pluralidad no significa arbitrariedad, sino que exige transparencia, un ideal ilustrado que sirve como valladar a la construcción científica de la historia.

Volvamos ahora al punto de partida: ¿Cómo fué posible que los juristas alemanes pudieran a partir de 1933 adaptar tan fácilmente a la coyuntura política sus respectivos sistemas científicos? A quien le parezca esta pregunta demasiado sibilina, que lea el excurso sobre la "Criminología en el Tercer Reich" que se ofrece en el Tratado de Criminología de Kaiser (22), donde se sienta la tesis de que la teoría de Edmundo Mezger sobre los tipos de delincuentes se basaba esencialmente "en la psiquiatría de aquel tiempo", tachándose la opinión contraria de Rehbein (23), "de crítica y excesivamente generalizadora" (p. 55). Realmente sorprende que se ridiculice tan contundentemente una opinión que se basa en citas literales del Tratado de Política Criminal de Mezger que llegó a alcanzar varias ediciones (24), tanto más cuanto estas citas no están sacadas de contexto, sino que se utilizan para describir de forma detallada lo que entonces se entendía como tipos de delincuentes. Difícilmente se puede negar, pues, que en estas citas de Mezger hay una opinión claramente favorable a la política de exterminio que se estaba llevando a cabo y que, desde luego, iba más lejos del marco social darwinista internacionalmente aceptado.

Las afirmaciones de Mezger, sobre todo las relativas a los factores biológicos racistas son tan inequívocas que difícilmente pueden ser producto de otra cosa que del "nacional-socialismo" por muy estrecha que sea la acepción que Kaiser quiere dar de éste. Y una no puede menos que preguntarse cómo es todavía posible, en pleno 1988, que una obra estándar, un tratado académico como el de Kaiser, pueda manipular la historia de esa forma. No nos extrañemos después de lo que reconocidos colegas escribieron entonces.

(22) Günther Kaiser, *Kriminologie*, 2ª ed., 1988, p. 33 ss.

(23) Rehbein, *MSchriften* 70 (1987), 193 ss.

(24) Cfr. las citas de las notas 20 y 21 y la bibliografía citada en nota 11.