S/XIV C, 125 B

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

TOMÁS SALA FRANCO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

RUTH ZIMMERLING
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA

CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN

Autor:

PROF. DR. DR. H.C. KAI AMBOS

Catedrático en la Universidad de Gotinga

Juez del tribunal Especial para Kosovo, La Haya

Amicus curiae de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

Prólogo de R. A. Duff

Traducido por:

JOSÉ R. BÉGUELIN

Profesor adjunto de derecho penal, Universidad de Buenos Aires

LEANDRO A. DIAS, LL. M.

Doctorando, Universidad de Wurzburgo, Alemania

Revisión por el autor

tirant lo blanch

Valencia, 2020

Copyright ® 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Traducción al español:
José R. Béguelin y Leandro A. Dias
Revisión por el autor

© KAI AMBOS

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-2896-2019
ISBN: 978-84-1336-281-6
MAQUETA: Innovatext

Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com.* En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: *http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf*

22191/5053

Para Vânia

"¿Un sistema de esta clase merece ser considerado derecho? Sí, si el derecho es solo la voluntad del soberano; definitivamente no si el derecho, a diferencia de los mandatos del soberano, tiene que ser racional en la forma o en el contenido. El sistema jurídico nacionalsocialista no es más que una técnica de manipulación masiva a través del terror. Los tribunales penales, junto con la Gestapo, la fiscalía y la parte ejecutiva hoy en día llevan a cabo principalmente la violencia."

(Franz Neumann, *Behemoth*, 1942, p 458
[traducido del inglés])

"Pero precisamente porque el Tercer Reich destruyó una tradición que está tan profundamente conectada con la identidad alemana es que los alemanes... necesitan pensar en el pasado, mucho antes que Auschwitz, y en el futuro, mucho después de Auschwitz... En todo caso lo judío es una parte inalienable de la identidad alemana y quienes nacieron después [del Holocausto] tienen que considerar que es su deber no solo conmemorar la importante historia judía, sino también esparcir la fructífera semilla de esta conmemoración y sembrarla en el futuro de Alemania y de Europa."

(Dieter Borchmeyer, *Was ist Deutsch?*, 2017, p 22
[traducido del alemán])

*"¡Qué arrogante creer que se podría eludir todo tan fácilmente!
Como si pudiera haber algo, algún modo o algún tiempo
en el que todo vuelve a ser normal...
Nunca volverá a estar todo bien."*

(Max Czollek, *Desintegriert Euch*, 2018, p 182
[resaltado en el original, traducido del alemán]).

Índice

Prólogo de R.A. Duff 15

Prólogo del autor 17

Lista de abreviaturas 21

Capítulo I

Consideraciones preliminares 25

1. ACERCA DE LA "DOCTRINA PENAL NAZI" DE ZAFFARONI 25
2. ENFOQUE PROPIO 28

Capítulo II

Fundamentos del derecho penal nacionalsocialista 47

1. RACISMO, COMUNIDAD DEL PUEBLO, ESTADO DEL FÜHRER, PRINCIPIO DEL FÜHRER Y EXCLUSIÓN 47
2. CONCEPTO MATERIAL DE JUSTICIA E ILÍCITO, ETICIZACIÓN DEL DERECHO PENAL "TOTAL" E INFORMALIZACIÓN 77
3. DERECHO PENAL DE LA VOLUNTAD PREVENTIVO-GENERAL Y EXPIATORIO 90

Capítulo III

Continuidad y disputa de las escuelas (?) 99

Capítulo IV

Derecho penal nacionalsocialista y neokantianismo 109

1. LA (SUPUESTA) INCIDENCIA DEL NEOKANTIANISMO 109
2. EN PARTICULAR: LA "ESCUELA NEOKANTIANA DE MARBURGO" 116
3. ¿EL NEOKANTIANISMO COMO PRECURSOR DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA? 128
4. ¿COLECTIVISMO Y TEORÍAS VALORATIVAS MATERIALES COMO PRECURSORES DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA? 139

Capítulo V

Derecho penal nacionalsocialista autónomo en la escuela de Kiel 155

1. ORIENTACIÓN BÁSICA Y REPRESENTANTES 155
2. PROGRAMA POLÍTICO-CRIMINAL: DERECHO PENAL AUTORITARIO NACIONALSOCIALISTA 161
3. EL ROL DEL JUEZ EN EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA DEL FÜHRER 174
4. LEALTAD, LESIÓN AL DEBER Y PENA INFAMANTE 178
5. INTUICIÓN CONCRETA DE LAS ESENCIAS Y DERECHO PENAL DE LA VOLUNTAD Y DE AUTOR 188
6. TIPO PENAL DE DESVALOR TOTAL ("FIGURA DELICTIVA" [DELIKTSTYPUS]) EN LUGAR DE TEORÍA DEL DELITO ESTRUCTURADA EN NIVELES 199

Capítulo VI

Erik Wolf: De las figuras de autor a la teoría normativa del autor con una figura de ánimo 203

1. DERECHO PENAL AUTORITARIO-SOCIAL Y TEORÍA DEL AUTOR 203
2. IDAS Y VUELTAS NACIONALSOCIALISTAS 210

Capítulo VII

Consecuencias 219

1. RECEPCIÓN SELECTIVA DEL DERECHO PENAL (DE INSPIRACIÓN NACIONALSOCIALISTA) EN LATINOAMÉRICA 219
2. ¿HANS WELZEL COMO SUPERADOR DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA (NEOKANTIANO)? 221
3. ¿CONTINUIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONALSOCIALISTA EN LATINOAMÉRICA? 238

Bibliografía 241

I. Literatura anterior a 1945 241
II. Literatura posterior a 1945 254

Índice de personas (seleccionado) 275

Índice temático 277

Lista de imágenes

1: Memorándum de Prusia sobre el derecho penal nacionalsocialista, 1933 30
2: Gemmingen, Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, 1933 34
3: Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, 1934 39
4: Roland Freisler 52
5: Gürtner, Informe de la comisión de derecho penal, 1934 53
6: Frank, Memorándum sobre el derecho penal, 1934 55
7: Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre, 1932 57
8: Mezger, Kriminalpolitik, 1934 60
9: Imágenes del *Volksgerichtshof* (cuatro) 72
10: Aviso de ejecución, Fiscalía *Volksgerichtshof* 74
11: Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934 83
12: Frank, Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1935 84
13: Mezger, en MSchrKrim, 1928 112
14: Schwinge/Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken, 1937 118
15: Dahm/Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933 162
16: Schaffstein, Pflichtverletzungslehre, 1935 179
17: Wolf, Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934 204
18: Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935 227
19: Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 1947 230

Prólogo de R.A. Duff

Si se hace mención a la frase "derecho penal nacionalsocialista", mucha gente, al menos en el universo del *common law*, dría que se trata de un error: si eso ni siquiera debe ser considerado como "derecho" (dado que era una parte del *Unrechtsstaat* de la Alemania nazi), entonces tiene que ser visto como una laguna en la historia del derecho penal alemán, completamente desconectada de lo que había sido anteriormente y de lo que se reconstruyó después de 1945. Si se hace mención a la frase "dogmática penal nacionalsocialista", la reacción probablemente sería la misma: sin dudas los propagandistas nazis ofrecieron una "dogmática" de derecho penal, como parte de sus esfuerzos para racionalizar su régimen; pero esa dogmática no puede tener ninguna conexión real con las doctrinas que fundamentaron y estructuraron el derecho penal alemán de antes y después de la era nazi. Kai Ambos, en este libro fascinante, muestra cuán erradas serían tales reacciones.

Ambos localiza la profunda continuidad entre la dogmática penal nacionalsocialista y la doctrina de derecho penal producida con anterioridad a 1933, así como los vestigios que quedaron en la doctrina que se desarrolló con posterioridad a 1945 (en Alemania, pero también en Latinoamérica). Lleva a cabo esta tarea por medio de un análisis cuidadoso de los escritos de los doctrinarios de la época, sus relaciones y los desacuerdos entre ellos, así como de la forma en que se inspiraron en doctrinas e ideas filosóficas anteriores, que al mismo tiempo modificaron en mayor o menor medida, para servir a la ideología nazi. Presenta a los autores a partir de sus propias palabras y, por tanto, permite que veamos por

nosotros mismos el modo en que desarrollaron doctrinas que apoyarían un derecho penal nacionalsocialista.

El libro nos ofrece una historia iluminadora de esa época oscura de la doctrina y dogmática penal alemana y revelaciones de los doctrinarios que ayudaron a crearla (así como de aquellos que se resistieron); pero también nos muestra, de un modo revelador, cómo, en palabras de Ambos en su prólogo, "el derecho penal nacionalsocialista ni surgió de la nada, ni desapareció por completo después de 1945". Si reflexionamos sobre el carácter histórico de las instituciones del derecho penal y el carácter históricamente localizado de la dogmática penal, esto no debería sorprendernos: pero en virtud las concepciones que prevalecen sobre la época nazi, esto podría sorprender a varias personas; este libro, entonces, además de ser de interés histórico, ofrece un correctivo invaluable.

R. A. Duff, julio de 2019

Prólogo del autor

La presente investigación tuvo lugar a partir de la lectura de la monografía, recientemente publicada, del conocido penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni sobre la dogmática jurídico-penal del nacionalsocialismo ("Doctrina Penal Nazi", 2017). Lo que en un primer momento iba a ser una breve recensión, rápidamente se convirtió en un trabajo autónomo, por medio de la revisión detallada de las fuentes utilizadas por Zaffaroni y la búsqueda de fuentes primarias y secundarias adicionales. Este trabajo entiende al derecho penal nacionalsocialista –en consonancia con la difundida tesis de la radicalización, que profundiza el desarrollo de la tesis de la continuidad– como una continuación racista (antisemita), nacional ("germana") y totalitaria de las tendencias autoritarias y antiliberales del derecho penal del cambio de siglo y de la República de Weimar. Trataré de probar esta tesis por medio del tratamiento de los textos de autores relevantes –que hablan por sí mismos– y no por medio de la valoración moral de sus autores. El lector encontrará también un desarrollo de la recepción del derecho penal (nacionalsocialista) alemán en Latinoamérica.

Unas palabras más sobre la mencionada continuidad: esta existió no solo de forma retrospectiva (post Weimar), sino también de forma prospectiva (República de Bonn e incluso de Berlín). En pocas palabras, el derecho penal nacionalsocialista ni surgió de la nada, ni desapareció por completo después de 1945. El intento contemporáneo de reconstruir la identidad del mito germánico por la llamada "Nueva De-

recha" representa su continuación inmediata. Su estilo político populista reemplaza, en la era digital, el discurso argumentativo por "una supuesta aprobación directa en una comunidad popular virtual" (Stollberg-Rilinger, Interview, faz.net, actualizado el 2/9/2018). Este discurso nos recuerda inquietantemente al idioma nazi y sus matices racistas (Detering, 2019).

Estoy agradecido con numerosos colegas por sus notas críticas y comentarios adicionales. Albin Eser, Fritz Loos y Thomas Vormbaum leyeron el manuscrito en su totalidad. Friederike Wapler me brindó valiosos comentarios respecto del capítulo cuarto (derecho penal nacionalsocialista y neokantianismo), además de Gunnar Duttge, Katrin Gierhake, Luis Greco, Katrin Höffler, Tatjana Hörnle, Günther Jakobs, Urs Kindhäuser, Uwe Murmann y Dietmar von der Pfordten. También recibí comentarios sobre otros aspectos de Paulo de Sousa Mendes, Leandro A. Dias, Michael Kubiciel, Javier Llobet, Eva Schumann y Fernando Velásquez. Florian Jessberger y Moritz Vormbaum pusieron a disposición sus contribuciones sobre H. Henkel y Eb. Schmidt, mientras que lo mismo hizo Urs Kindhäuser con su contribución sobre "Günther Jakobs y Hans Welzel". Además, les agradezco a mis asistentes estudiantes Marieke Buchholz, Matthias Friese, Leon Augustin Hill, Roman Jusen, Alina Sviridenko, Dara-Lisa Szielinski y Tjorven Vogt por la ayuda con la búsqueda y recolección de las fuentes de investigación. Le agradezco también a mi doctoranda Yingxin He por sus comentarios sobre la idea de Estado de Derecho en China.

Agradezco también a los traductores, José R. Béguelin y Leandro A. Dias, por los esfuerzos impresionantes para trasladar mis ideas al idioma español. Por razones de espacio y por la extensión de las notas de la versión alemana no he-

mos reproducido todas las fuentes en idioma original, sino solamente las más importantes para entender el contenido de las ideas o la terminología. De todos modos, esta investigación sigue desarrollándose y, por tanto, no solo se han realizado actualizaciones, sino también adiciones sustanciales a esta versión española.

Kai Ambos

Gotinga, septiembre de 2019

Lista de abreviaturas

ADPCP:	*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
ARSP:	*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BGBl:	*Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial Federal)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)
BGHSt	BGH in Strafsachen
BMJ:	Bundesministerium der Justiz (Ministro Federal de Justicia)
BVerfG:	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
cf:	confróntese
cit:	citado
DJ:	*Deutsche Justiz* (1933-1945; ed. Reichsminister der Justiz; ["Órgano oficial de la administración del derecho y la política legal alemana"]; predecesor: *Zeitschrift Preußische Justiz*)
DJZ:	*Deutsche Juristenzeitung* (bajo control nacionalsocialista a partir de 1933; ed. Carl Schmitt [desde 1934]; anteriormente, la revista había sido publicada desde 1896 por Otto Liebmann, quien como judío sufrió persecución nazi; discontinuada en 1936 y reemplazada por *ZAkDR*)
DPC:	*Derecho Penal y Criminología* (Bogotá, Colombia: Universidad Externado)
DR:	*Deutsches Recht* (1931-1945, "Órgano central de la Asociación de Profesionales del Derecho Nacionalsocialista", fusionada con *JW* en 1939)
DRWis:	*Deutsche Rechtswissenschaft* (fundada en 1936 para apoyar la "renovación del derecho" y diseminar las ideas de la Escuela de Kiel)
DStR:	*Deutsches Strafrecht. Strafrecht. Strafrechtspolitik. Strafprozess* (un suplemento de *DJ*) (1934–1944, ed. Roland Freisler,

	publicado según su título anterior "Goltdammer's Archiv für Strafrecht" de 1953 en adelante)
ed:	editor, editado por
eds:	editores
et al:	et alia
FG:	Festgabe
FS:	Festschrift (LH)
GerS:	*(Der) Gerichtssaal*
GLJ:	*German Law Journal*
HRG:	*Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*
JCL&Crim:	*Journal of Criminal Law and Criminology*
JJZG:	*Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*
JoJZG:	*Journal der juristischen Zeitgeschichte*
JW:	Juristische Wochenschrift ("Órgano de la Asociación Alemana de de Abogados"] hasta 1939, luego fusionada con *DR*; influenciada por conceptos jurídicos nacionalsocialistas durante el período nacionalsocialista; recién se orientó más a la práctica y en la revista jurídica más importante cuando fue refundada en 1947 como *NJW* en 1947)
JJZ:	*Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*
JZ:	*JuristenZeitung* (desde 1951, sucediendo a *SJZ*)
KJ:	*Kritische Justiz*
KritV:	*Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*
LH:	Libro Homenaje
LTO:	*Legal Tribune Online*
MDR:	*Monatsschrift für Deutsches Recht* (desde 1947)
Memorándum de Prusia:	Memorándum del Ministro de Justicia de Prusia sobre derecho penal (Preußischer Justizminister, 1933)
MIH:	*Modern International History*
MS:	manuscrito
MSchKrim:	*Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*
MSchKrimBio:	*Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*

MSchKrimPsych:	*Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* (publicado con este nombre desde su fundación en 1936, luego *MSchKrimBio*, ahora *MSchKrim*)
MüKoStGB:	*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*
NDP:	*Nueva Doctrina Penal*
NFP:	*Nuevo Foro Penal* (Medellín, Colombia: Temis, Universidad Eafit)
NJW:	*Neue Juristische Wochenschrift*
NK:	*Nomos Kommentar*
NS:	Nationalsozialismus
NSDAP:	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán)
OGH:	Oberster Gerichtshof (Tribunal Superior de la Zona
de	Ocupación Británica, sucesor del RG hasta la creación
del	BGH)
pos.	posición (libro electrónico)
RDA:	República Democrática Alemana
RDP:	*Revista de Derecho Penal* (Buenos Aires, Argentina: Ediar)
RDPC:	*Revista de Derecho Penal y Criminología* (Madrid, UNED y Buenos Aires, La Ley)
REP:	*Revista de Estudios Penales* (Valladolid, Spain: Universidad de Valladolid)
RFA:	República Federal de Alemania
RG:	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RGBl:	*Reichsgesetzblatt* (Boletín oficial del Reich)
RJ:	*Rechtshistorisches Journal*
RP:	*Revista Penal* (Universidad Salamanca et al.)
RStGB:	Reichsstrafgesetzbuch (Código Penal del *Reich*)
RW:	*Rechtswissenschaft*
SchwZStW:	*Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*
StGB:	Strafgesetzbuch (Código Penal)
SJZ:	*Süddeutsche Juristenzeitung* (1946–1950, precursor to *JZ*)

TWC:	Trial of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, 15 volumes, Washington D.C. 1946 ss.
ZakdR:	*Zeitschrift der Akademie* für *deutsches Recht* (revista de la "Academia de Derecho Alemán" una institución sujeta el Ministerio de Justicia y del Interior del Reich nacionalsocialista)
ZDRW	*Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft*
ZIS:	*Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*
ZJJ:	*Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*
ZKph:	*Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*
ZRG-GA:	*Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*
ZStW:	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Capítulo I

Consideraciones preliminares

1. ACERCA DE LA "DOCTRINA PENAL NAZI" DE ZAFFARONI

Tal como se mencionó en el prólogo, la presente investigación se remonta al análisis detallado que le he dedicado al reciente trabajo del profesor argentino de derecho penal Eugenio Raúl Zaffaroni, relativo a la dogmática del derecho penal nacionalsocialista.

> Su trabajo contiene nueve capítulos: los primeros tres están dedicados a los fundamentos de la ideología nacionalsocialista y al marco institucional del Estado nacionalsocialista; los capítulos cuarto a octavo se ocupan de la organización político-criminal y dogmático-penal en sentido estricto del derecho penal nacionalsocialista, en lo que Zaffaroni ubica en el núcleo central a la llamada escuela de Kiel, con sus protagonistas Dahm y Schaffstein; el último capítulo, el noveno, recapitula las explicaciones previas y presenta valiosas reflexiones respecto de la continuidad del pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista. El libro está prologado por el profesor español de derecho penal *Francisco Muñoz Conde*, quien hace unos años hizo furor, en especial en los círculos hispanoparlantes, con un trabajo sobre Edmund Mezger.[1] Zaffaroni presenta una investigación que impresiona

[1] *Muñoz Conde* (2003).

muy bien[2] –pese a numerosas imprecisiones[3] y errores ortográficos[4]–, la que con seguridad acuñará durante muchos años el debate en los círculos jurídicos de habla hispana y portuguesa. Es continuación de su anterior tratamiento del tema como editor de una serie de publicaciones sobre el "penalismo olvidado".[5]

El trabajo de Zaffaroni es de particular interés para los lectores alemanes no solo por su tema,[6] sino también por la enorme importancia de la ciencia jurídico-penal alemana en Latinoamérica, por las redes nacionalsocialistas existentes allí durante mucho tiempo (sobre todo en la Argentina)[7] y –no en última instancia– por la extraordinaria importancia del autor en el mundo de habla hispana y portuguesa.

2 Demasiado efusivo, no obstante, *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), p. 230, cuando afirma que la investigación constituye "una completísima reconstrucción" de la dogmática jurídico-penal alemana de los años treinta y cuarenta. En contra habla ya la forma imprecisa de citar, mencionada *infra*, nota 3, pero sobre todo la recepción selectiva de la discusión alemana, a la que se hará referencia reiteradas veces en el transcurso de esta investigación.

3 Lamentablemente, en muchas partes faltan las fuentes principales, lo que es particularmente lamentable en la medida en que *Zaffaroni* les reprocha faltas morales a los autores a los que hace referencia; cf., p. ej., *Zaffaroni* (2017), p. 104, 107, 116 s., 141, 151, 207 y 287. En el desarrollo de esta investigación se indicarán más imprecisiones.

4 El texto contiene numerosas faltas de ortografía, sobre todo en lo atinente a la grafía de nombres y conceptos en alemán, cf. *Zaffaroni* (2017), p. 22, 64, 65, 79, 105, 107, 111 s. y 204; respecto de conceptos y nombres en alemán, ídem, p. 28, 59, 93, 98, 109, 149 y 202. Es particularmente embarazoso que ya en la solapa esté mal escrito el nombre de Schaffstein ("Shaffstein").

5 *Zaffaroni* (editor) (2009a), (2009b), (2011) y (2017). Cada volumen está provisto de introducciones de Zaffaroni, sobre las cuales se basa, en parte, su libro discutido aquí y que serán citadas *infra* varias veces. La colección no solo contiene publicaciones nacionalsocialistas, sino también, p. ej., una sobre la escuela de derecho penal de Utrecht (*Zaffaroni* (editor), 2016).

6 El trabajo se ubica en una serie de disertaciones dependientes e independientes de colegas latinoamericanos sobre el derecho penal nacionalsocialista, tal como veremos *infra* (cap. VII, esp. punto 2). Aquí haré referencia a la disertación independiente de *Llobet* (2018), acaso la más importante, que presenta de manera detallada los fundamentos del sistema jurídico nacionalsocialista y del derecho penal y procesal penal nacionalsocialista, así como también investiga separadamente el rol de Welzel.

> Zaffaroni, nacido el 7 de enero de 1940 en Buenos Aires –discípulo del fundador (según la opinión de muchos) de la dogmática jurídico-penal hispanoparlante, Luis Jiménez de Asúa (1889-1970)[8]–, puede pasar revista a una gran obra, en especial a su fundamental "Tratado de Derecho Penal" de cinco tomos (Buenos Aires, 1980-83), pero también a numerosas monografías y artículos. Además, ha recibido más de treinta títulos de doctor *honoris causa* y puede hacer gala de innumerables puestos como profesor invitado. Zaffaroni también tiene una carrera judicial impresionante: desde 1969 hasta 1990 fue juez provincial y federal[9] (interrumpido durante dos años como "Procurador General de Justicia de la Provincia de San Luis"), desde 2003 hasta 2014 fue juez del máximo tribunal argentino ("Corte Suprema de Justicia de la Nación") y desde 2016 es juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, Zaffaroni de ningún modo tiene la intención de retirarse, tal como lo demuestran este trabajo y el contemporáneo "Derecho penal humano"[10] –en cierto modo, presentado como contraproyecto–. Acaso resulte un tanto polémico, no en última instancia frente al trasfondo del trabajo analizado aquí, que Zaffaroni haya ejercido un cargo

7 Al respecto, recientemente y a modo de novela documental, *Guez* (2018), p. 30, 36, 45 y *passim* (libro electrónico).

8 Respecto de él y de su obra –en particular sobre su investigación de diez tomos relativa a todas las ciencias del derecho penal, también del extranjero (*Jiménez de Asúa*, 1946-52) y su "Tratado de Derecho penal" de siete tomos (1957-1970)–, Oneca, ADPCP 23 (1970), 547 ss.

9 Argentina tiene un sistema judicial organizado de manera federal, con un nivel federal, así como veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

10 *Zaffaroni* (2017).

de juez también durante la dictadura militar argentina (1976-1983) y, por cierto, el de juez de graduación de la pena en la Ciudad de Buenos Aires ("Juez Nacional en lo Criminal de Sentencia de la Capital Federal"), luego de haber servido con solo treinta y seis años de edad como uno de los tres jueces federales de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el gobierno de Isabel Perón (1975-1976).[11] En este contexto, en los últimos años se han formulado reproches en su contra.[12]

2. ENFOQUE PROPIO

La presente investigación entiende al derecho penal nacionalsocialista –en coincidencia con la difundida *tesis de la radicalización*,[13] que profundiza la tesis de la continuidad– como continuación de orientación racista (antisemita), populista ("germánica") y totalitaria de las tendencias autoritarias y antiliberales del derecho penal alemán de fines de siglo y de la República de Weimar.[14] La sustitución total, pro-

11 Los datos biográficos se hallan, entre otros, en Wikipedia, y han sido confirmados y complementados por colegas argentinos.

12 Así, p. ej., Graciela Fernández Meijide, una ex miembro de la prestigiosa Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP, le ha reprochado a Zaffaroni no haberle recibido un *habeas corpus* por la desaparición de su hijo (La Nación, 15/2/2018, https://www.lanacion.com.ar/2109256-meijide-revelo-que-le-nego-un-habeas-corpus-por-su-hijo?utm_source=FB&utm_medium=Cali&utm_campaign=2109256; verificado por última vez el 21/9/2018).

13 Respecto del concepto, *Vormbaum*, en Grundmann *et al.* (2010), p. 523, 534 ss.; ídem (2016), p. 153, 181, 184, 188, 204, 212, 268, 272.

14 Para una perspectiva fundamental, véase *Marxen* (1975) (referencias específicas, en este aspecto, *infra* nota 29); también *Rüping*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 180, 192 (el Estado nacionalsocialista "no fue creado sin presupuestos ni artificialmente"); *Wolf*, JuS 1996, p. 195 ("históricamente preparado", "llevado al extremo con consecuencias brutales"); *Hartl* (2000), p. 336 ("numerosos precursores"), p. 377 ("mucho antes de la época nacionalsocialista"); *Cattaneo* (2001), p. 223 (según él, la "teoría autoritaria y positivista de la pena allanó el camino hacia la teoría totalitaria nacionalsocialista"); *Vogel* (2004), p. 8 ss., 18, 20 (con otras referencias en nota 29); *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 359 (culminación de líneas de desarrollo existentes "desde mucho antes de 1933"); Rüping/Jerouschek (2011), p. 107 ("continuidades que se remontan al pasado"); *Zaffaroni* (2017), p. 129 ss.; con una mirada puesta en la auto-responsabilidad de la víctima, también *Murmann* (2005), p. 126.

pia de la radicalización, del elemento social por una renovación completamente autoritaria y populista del derecho penal –basada en un concepto, exagerado místicamente, de raza y pueblo–[15] halló en Gustav Radbruch uno de sus más agudos críticos ya en el año 1933.[16]

15 Con este concepto de pueblo y las demás características basadas en este, o bien continuadoras de este, que veremos presentadas en lo sucesivo (ver también la nota siguiente), sin dudas se puede describir a grandes rasgos el programa jurídico-penal del nacionalsocialismo –en contra de *Werle* (1989), p. 45 ss. (48, 52)–, dado que, en sus rasgos básicos, está contenido en el Memorándum de Prusia (*Preußischer Justizminister* (1933)) y en las líneas rectoras de un derecho penal nacionalsocialista (*Frank*, 1935). Cf. también *Gemmingen* (1933), p. 25 s., quien, pese a la falta de un programa formal, desarrolla algunos "lineamientos" (idea de la comunidad del pueblo, la pena como retribución, relajamiento y eticización). *Von Hentig*, MSchrKrimPsych 24 (1933), p. 633 s. también hace referencia –además de al Memorándum de Prusia y a Gemmingen– a *Nicolai* (1932), al respecto, *infra* cap. II 1., con nota 104 ss. y texto principal. Desde una perspectiva contemporánea, véase *Rückert*, KritV 94 (2011); 242 ss., 260 (quien identifica la primacía de la política y el tratamiento desigual de los no-arios como características "mínimas"); para una breve síntesis también *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 358; véase también *Guzmán D.*, en Zaffaroni (2017), p. 91 quién señala que el dogma jurídico-penal nacionalsocialista no estaba "bien elaborado ni [era] completo".

16 *Radbruch* (1933/1957), p. 63 (71) ("Si se observa en detalle, con esta reforma naturalmente solo queda el elemento autoritario, mientras que el matiz social desaparece por completo"), a lo que le sigue un relieve de seis características del derecho penal nacionalsocialista, p. 72 ss. Del mismo modo, Erik Wolf (cuyas ideas serán discutidas en detalle en el Cap. VI) ya afirma haber reconocido el predominio de lo autoritario y nacional sobre el elemento social en el año 1933, cf. la carta a Karl Barth del 15 de octubre de 1968, publicada en *Hollerbach*, en: Heidegger-Jahrbuch, 4 (2009), p. 288; sobre esta carta, en detalle, *infra* cap. VI, 2., con nota al pie 767.

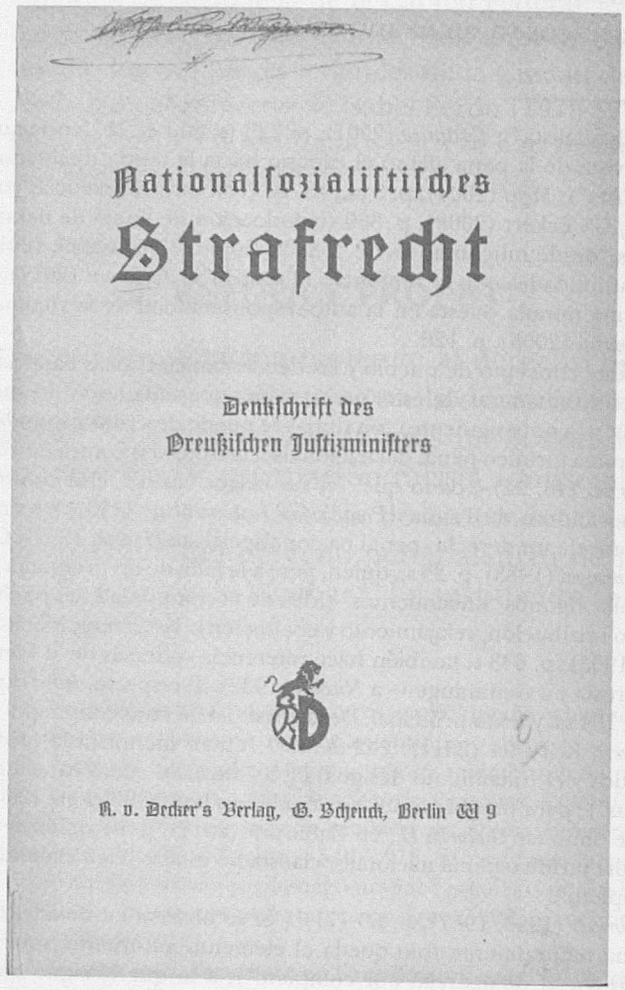


Imagen 1. El tristemente célebre Memorándum del Ministro de Justicia de Prusia sobre el derecho penal ("Memorándum de Prusia", Preußischer Justizminister, 1933).

De hecho, resulta sorprendente que ya en los años treinta y cuarenta eran generalizadas las perspectivas críticas del derecho (penal) nacionalsocialista, aunque fueron escritas principalmente por autores exiliados o extranjeros. Más importante se presenta el hecho de que en el estudio "Criminal Law in National-Socialist Germany" ("Derecho Penal en la Alemania nacionalsocialista"), originalmente publicado en inglés en 1939/40 y luego re-traducido y publicado en alemán en una colección de ensayos de 1976, Otto Kirchheimer identificó diversas características del derecho penal nacionalsocialista[17] que sentaron las bases para la investigación de los años siguientes.[18] Ernst Fraenkel, en su famoso "The Dual State" ("El Estado dual"), originalmente publicado en inglés en 1941 y luego re-traducido y publicado en alemán en 1974, muestra cómo el "Estado de medidas" nazi desplaza y anula al "Estado normativo", lo que incluye, y especialmente, al área de la justicia penal.[19] Es necesario señalar a la pasada que un enfoque dualista de estas características es difícil de armonizar con la primacía global de la política (reserva de la política) en el Estado nacionalsocialista[20], como una de sus principales características (más al respecto inmediatamente). A su vez, no resulta menor el hecho de que Franz Neumann, en su "Behemoth", también publicado primero en inglés en 1942 y luego re-traducido/publicado en alemán en 1984, primero analiza el derecho "del terror" nazi, lo que incluye al derecho penal, y señala

17 *Kirchheimer*, en Studies in Philosophy and Social Science, VIII (1939/40), 444 ss.; ídem en ídem (1976), p. 186 ss. (con referencia, entre otros, al derecho penal de la voluntad, la eticización, la teoría de la autoría, el "santo sentimiento del pueblo", el concepto de "ilícito material" y la dureza de las penas, lo que incluye a la pena de muerte); para consideraciones adicionales sobre el derecho penal, véase también ídem, KJ 9 (1976), 41 ss.

18 Cf. *Rückert*, KritV, 94 (2001), 240-1, con referencias adicionales.

19 *Fraenkel* (1941), p. 31-3, 41-3, 49-52; ídem (1974), p. 59-62, 70-2, 79-83.

20 Por consiguiente, crítico de Fraenkel, *Rüthers*, JZ 2015, 799.

elogiosamente que el enfoque de Kirchheimer es el mejor.[21] Es interesante que en el prefacio a la segunda edición en inglés de 1944 Neumann señale que, en contra de la opinión dualista de Fraenkel, "el dualismo que todavía existe entre el Estado y el Partido" pronto desaparecerá y que, por tanto, los "vestigios del Estado racional y administrativo" ("remnants of the rational and administrative state") pronto serán reemplazados por un "movimiento amorfo, carente de forma" ("amorphous, shapeless Movement") y por una "anarquía más o menos organizada" ("more or less organised anarchy").[22] Desde una perspectiva más doctrinaria, el ya mencionado académico español-argentino, Jiménez de Asúa, criticó de forma certera al derecho penal nacionalsocialista ya en 1933 y se refirió en particular el tristemente célebre Memorándum de Prusia.[23] El académico francés Henri Donnedieu de Vabres (quien luego se desempeñó como juez en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg) mencionó tres características del derecho penal nacional socialista en 1938[24], que luego fueron retomadas por Jiménez de Asúa, quien agrega al concepto unitario de delito como una cuarta característica.[25]

21 *Neumann* (1944), p. 440-458 (452 ss., con referencia a Kirchheimer en la nota al pie 88); ídem (1984), p. 509-30 (524 ss., con referencia a Kirchheimer en la nota al pie 100).

22 *Neumann* (1944), p xii; ídem (1984), p. 21 s.

23 *Jiménez de Asúa* (1933), p. 374, 377 ss. (381) ("máximas exageraciones", "tendencia autoritaria" [377], "torpe crueldad", "primitiva" [381], razón por la cual moriría la "técnica penal alemana" [382]). Ciertamente, antes (1920 y 1922) él mismo se había expresado a favor de un derecho penal orientado según la peligrosidad del autor y había propiciado medidas coercitivas en el llamado estado pre-delictivo de la peligrosidad (al respecto, más detalladamente, *Mercurio*, 2013, 350 ss.).

24 *Donnedieu de Vabres* (1938), p. 71 ss., 92 (derecho penal de la voluntad, derecho penal de la raza y orientación hacia el sano sentir del pueblo

25 *Jiménez de Asúa* (1947), VII, p. 63-186, 141 s. En esa investigación, que impresiona muy bien, *Jiménez de Asúa* describe el "derecho penal autoritario del Tercer Reich" (p. 74) como contraposición del derecho penal liberal e ilustrado de fin de siglo y de la República de Weimar (p. 65 ss.) y en comparación con el derecho penal autoritario de Rusia e Italia (p. 67 ss.), menciona a los penalistas nacionalsocialistas relevantes (p. 76 ss.) –de los cuales muchos serían solo "penalistas improvisados" (p. 79)–, así como los temas más importantes de la dogmática jurídico-penal (p. 95 ss.) y proyectos de reforma y leyes (ver p. 108 ss., 116 ss., 124 ss.) del "nuevo orden" (p. 95); por último, resume la crítica extranjera –que, sorprendentemente, en los años treinta y cuarenta ya estaba muy difundida– contra el derecho penal nacionalsocialista (p. 142 ss.); respecto de esta crítica, también *Blasco y Fernández de Moreda*, Criminalia (México) IX (4/1943), p. 235, 247 ss. (respecto de este autor, más detalladamente, *Zaffaroni*, en Zaffaroni, 2011, p. 29 ss.); en cambio, principalmente descriptivo, pero básicamente con tono aprobatorio, *Cavaleiro de Ferreira* (1938), p. 72 ss. (discute, junto con la protección del Estado en la parte especial, la permisión de la analogía, el derecho penal de ánimo subjetivizante y la ley de delincuentes habituales) (pone de relieve su estrecha relación con juristas nacionalsocialistas, pero al mismo tiempo sus convicciones de Estado de derecho, *Sousa Mendes* (2013), p. 36 s. e ídem, en Sousa Mendes (2018), p. 21 ss.).

La tesis de la continuidad es ampliamente compartida en el marco de un selecto grupo de académicos (alemanes) de derecho penal que han emprendido la tarea de investigar el derecho penal nacionalsocialista desde una perspectiva mayormente doctrinaria.[26] Klaus Marxen, por ejemplo, advirtió que la ciencia jurídico-penal antiliberal de los años treinta del siglo XX, que sirvió de "estribo"[27] al nacionalsocialismo, "continuó y desarrolló ideas ya existentes"[28], lo que se puede demostrar, en la teoría jurídico-penal, con una mirada a las escuelas clásica y moderna[29] (ver, p. ej., la concepción autoritaria de Binding del Estado y del derecho penal[30] y la teoría

26 Véase las referencias en *supra*, notas 13 y 14.

27 Concepto de *Sontheimer* (1962), p. 376 (sobre el "rol de estribo" de la derecha conservadora y antidemocrática en el nacionalsocialismo).

28 *Marxen*, (1975), p. 247.

29 Cf. el resumen de *Marxen* (1975), p. 247 ss., 270 s., 272, 275; respecto de los llamados neoclásicos (entre otros, Nagler, Sauer) de orientación estatal-autoritaria y nacional-primitiva, ídem, p. 121, 128 ss., 131, 158; respecto de los "nuevos criminalistas" y de la "revolución conservadora", ídem, p. 153 ss.; respecto del antiliberalismo de la escuela moderna, ídem, p. 159 ss.

30 Ver *infra* cap. III con nota 262.

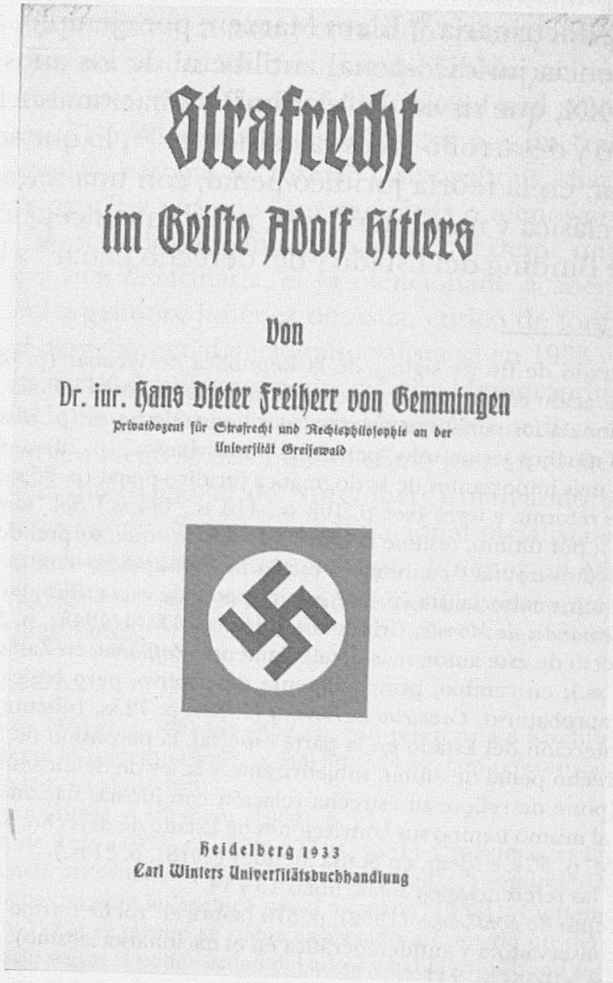

Strafrecht
im Geiste Adolf Hitlers
Von
Dr. iur. Hans Dieter Freiherr von Gemmingen
Privatdozent für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Greifswald
Heidelberg 1933
Carl Winters Universitätsbuchhandlung

Imagen 2: El libro de Gemmingen sobre el derecho penal de conformidad con las ideas de Hitler (no autorizado por este último), 1933.

de las figuras de autor ["Tätertypenlehre"] de von Liszt[31]), pero también se puede demostrar con la legislación[32]; según este punto de vista, la llamada disputa de escuelas se muestra menos controvertida que lo que normalmente se supone, tal como veremos en el capítulo III. Joachim Vogel considera que el desarrollo del derecho penal nazi contiene cinco tendencias dentro del siglo XX (expansión, materialización, eticización, subjetivización y funcionalización social). Estas tendencias fueron radicalizadas por los nacionalsocialistas entre 1933 y 1945 y siguen afectando al derecho penal en la actualidad.[33]

A partir de esta doctrina, el derecho penal nacionalsocialista puede ser caracterizado como continuación, politizada y radical, de las teorías neoclásica y final del delito,[34] porque las dos corrientes académicas principales, representadas por "los de Marburgo" (Schwinge y Zimmerl) y "los de Kiel" (Dahm y Scha-

---

31 Al respecto, p. ej., recientemente, *Vormbaum*, en: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), p. 409 s.; más detalladamente *infra* cap. III., notas 270 ss.

32 Al respecto, p. ej., *Schreiber*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 151, 166 ss. (con una mirada a la legislación especial en el nacionalsocialismo –más de cincuenta leyes y decretos– y con diferenciaciones entre legislación específicamente nacionalsocialista, terrorista y aquellas que "remiten a ideas político-criminales de la época de Weimar o a modelos austríacos" [167]); exposición detallada de la legislación de derecho penal material en *Werle* (1989), p. 57 s.; resumen conciso en *Hoefer*, JCL&Crim 35 (1945), p. 386 ss.

33 *Vogel* (2004), p. 14 ss., 43 ss., con referencias adicionales.

34 Cf. *Marxen*, en: Rottleuthner (1983), p. 55, 57 ss. (continuidad respecto del nacionalsocialismo [57], orientación política de *Schwinge/Zimmerl* (1937) y de *Dahm/Schaffstein* (1933) [58], así como también orientación de ambos hacia el proyecto popular del Estado nacionalsocialista [62 s.]); *Marxen*, en: Reifner, (1984), p. 77, 82 ss.; *Marxen*, KritV 73 (1990), p. 287 ss. (p. ej., derecho penal del ánimo como "punto culminante" [294]). Para un panorama (en inglés) de la teoría final de la acción de Welzel, que estaba basada en un entendimiento particular de la acción humana (ontológico, basado en la voluntad), por contraposición a las teorías dualistas (tipo objetivo versus tipo subjetivo) del (neo) clasicismo, véase *Ambos*, Cardozo Law Review, 28 (2007), 2649-50.

ffstein) se declararon a favor de la **función política** de la ciencia del derecho (penal),[35] a saber, la del Estado nacionalsocialista, populista, racista y total a través de medios jurídico-penales[36]

[35] Fundamental, *Schaffstein* (1934), p. 6 ss. ("ciencia jurídico-penal política" como expresión de la "primacía de lo político" en cuanto "principio básico común que describe el presupuesto de todo conocimiento científico y precisamente así garantiza su unidad" [p. 6]; si bien no como sumisa, como ciencia orientada hacia la "idea del Estado" y, por cierto, del Estado totalitario nacionalsocialista, orientada a su "ordenamiento popular de la vida" [15], pues solo con su realización "lo político pudo convertirse en principio determinado de la creación de conceptos jurídico-penales, desde que en el nuevo Estado se tornó idéntico a lo nacionalsocialista a través de la pretensión de totalidad del nacionalsocialismo" [p. 23], razón por la cual ahora lo importante solo sería "reconocer e imponer el nacionalsocialismo 'correcto'" [p. 23 s.]); asimismo, *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), p. 104, quien también entiende como "una exigencia política" el llamamiento a una "forma de pensar completamente diferente", adecuada al "nuevo Reich". *Schwinge/Zimmerl* (1937) reconocen las "grandes ideas" (p. 13) y la "primacía del liderazgo político" (p. 75), así como las exigencias de la interpretación a partir de la "idea del nuevo Estado" (p. 76); al respecto, más detalladamente, *infra* cap. IV.2. Cf. también *Welzel* (1935), p. 57 s. ("función 'política'" como "averiguación de los valores concretos de la situación histórica", como "decisión a favor o en contra del 'estilo' de vida de la época histórica concreta", que estaría impregnada por el "destino actual de la comunidad popular-estatal"), p. 75 s. ("función 'política'" como orientación de las "valoraciones jurídicas" hacia la "realidad" de la "comunidad del pueblo y estatal" "en su situación histórica concreta, en su destino actual, del cual se tiene que ocupar a ultranza..."), así como *Henkel*, en Krieck/Staufing (1933), p. 19 ss. (p. 19 s., 22 s.: rechaza una ciencia (jurídica) "sin presupuestos" y "libre de valores"; en cambio, hace referencia a nación, pueblo y reconocimiento de su "consciencia de lo nacional y unidad nacional"). Cf., secundariamente, *Marxen* (1975), p. 55, 169 ss.; *Marxen*, en: Rottleuthner (1983), p. 58 s. ("dogmática política de la escuela de Kiel" y "primacía del liderazgo político", en Schwinge/Zimmerl); *Stefanopolou*, JoJZG 2010, p. 112 (respecto de Schaffstein). Respecto del vínculo entre derecho y política como característica del totalitarismo, con acierto, *Guzmán D.*, en Zaffaroni (2017), p. 89.

[36] Sobre el pensamiento jurídico racista y populista, cf. p. ej. *Alexy*, en: Säcker (1992), p. 219 s.; también *Murmann* (2005), p. 127 ("... concurso de la ciencia jurídica para la mejor consecución posible de la necesaria renovación racista y populista del derecho como fin jurídico-político del nacionalsocialismo").

(pero, no obstante, el derecho penal "judicial" fue clasificado como lucha policial contra la delincuencia y en gran medida fue subordinado a esta –organizativa e institucionalmente–).[37] El enfoque político o politizado de la academia jurídica implica, por un lado, la subordinación del derecho y de la doctrina jurídica a la política criminal dominante del liderazgo nacionalsocialista en el sentido de una "reserva de la política" ("Politikvorbehalt") completamente abarcativa; el derecho se convirtió en un "anexo de la política nacionalsocialista"[38] y los nazis rápidamente reconocieron la "función eminentemente política" del derecho penal.[39] En términos prácticos, esto significa que el viejo derecho fue o bien reemplazado explícitamente ("renovación del derecho" ["Rechtserneuerung"]) o fue reinterpretado/ajustado en línea con la nueva ideologia nazi.[40] Por otro lado, la pretensión allí ínsita de un derecho penal total o totalitario (junto con el

[37] Esto ha sido demostrado convincentemente por *Werle* (1989), p. 730 ss. y *passim*. *Hoefer*, JCL&Crim 35 (1945), p. 390 suponía ya una "duplicity of legal and illegal action", y veía la segunda en la responsabilidad de la Gestapo. Respecto del estado de la discusión en la época en cuanto a la relación entre policía criminal y la fiscalía, con una diferenciación, *Dahm*, DRWis 1938, p. 148 (rechaza la integración de una autoridad en la otra con subordinación de los integrados, en razón de la disparidad de esencia entre policía y fiscalía [150 ss.], a pesar de que, al fin y al cabo, considera razonable la policialización de la lucha contra la delincuencia en virtud de la "adecuación a fines" [p. 154]; en lugar de ello, aboga por una delimitación más precisa de una competencia policial exclusiva respecto de crímenes –no obstante, en contra de un "procedimiento de investigación policial-criminal autónomo" [p. 161]– en caso de competencia de la fiscalía para la formulación y representación de la acusación [p. 161 ss.], así como un desarrollo policial más libre frente a la fiscalía [p. 166 s.], pero sin que la política amplíe sus facultades represivas por sobre las preventivas [p. 168 s.]).

[38] Cf. *Rückert*, JZ 2015, 797, 799-800, 802; ídem, en ídem (2018b), p. 361 ("Anex der NS-Politik"); ídem, ZDRW 2019, 32, 44 ss.; previamente ídem, KritV 94 (2001), 223 ss., 242 ss. ("preeminencia de la política" ["Politikvorrang"]; "primacía de la política" ["Primat der Politik"]).

[39] *Stolleis* (2016), p. 29 ("eminent politische Funktion").

[40] Sobre esta "estrategia dual", véase *Rüthers*, JZ 2015, 802.

"Estado del Führer" ["Führerstaat"] y el principio del Führer)[41] excluye suponer un dualismo entre derecho e ideología,[42] en el sentido de la teoría de los dos mundos[43]. Entonces, para el *conjunto* de las teorías jurídico-penales nacionalsocialistas, la meta, la finalidad del Estado nazi, era determinante; en esa medida, estaba "impregnada de una posición básica finalista…".[44] La proximidad conceptual respecto de la teoría final de la acción de Welzel no es solo casual.[45]

Desde una perspectiva temporal, tanto la teoría de la radicalización como la de la continuidad están basadas en una perspectiva tanto retrospectiva como prospectiva: el derecho penal nacionalsocialista *no surgió de la nada ni desapareció por completo en 1945*. En términos históricos, el derecho penal nacionalsocialista no fue un episodio, sino parte de una época de derecho penal autoritario;[46] este autoritarismo, por supuesto, no estuvo limitado al derecho penal.[47] Como veremos en las

41 Al respecto, más detalladamente, cap. II 1. y 2.

42 Ver también *Hartl* (2000), p. 39, quien subraya con acierto que el derecho penal nacionalsocialista solo se puede "explicar con el trasfondo de la ideología nacionalsocialista" (que él describe como "conglomerado" difuso de diferentes ideas nacionalistas, alemanas antiguas, populistas antimarxistas y autoritarias [p. 40]).

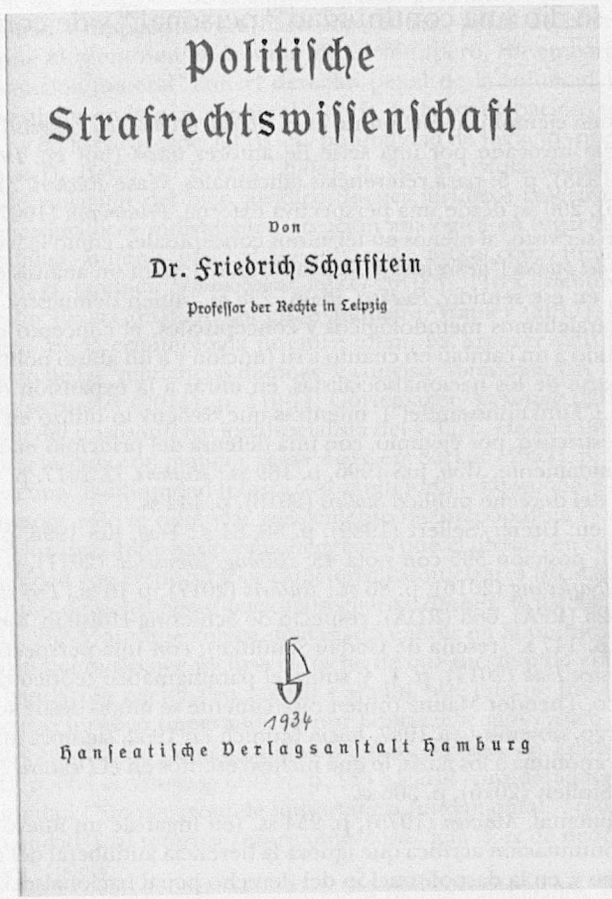
43 Cf. *Werle* (1989), p. 30 ss., con otras referencias, especialmente a Buchheim y Jäger.

44 *Marxen*, en: Rottleuthner (1983), p. 63.

45 Cf. *Matus*, ZIS 9 (2014), p. 622 (623, 625), quien, al igual que Marxen, ve una continuidad especialmente respecto del finalismo y una coincidencia básica con la escuela de Kiel; *Frommel*, JZ 2016, p. 920 con nota 43 (proximidad entre el finalismo y el derecho penal de la voluntad del nacionalsocialismo). Volveremos sobre este punto (*infra* cap. VII. 2., nota 799 ss. y texto principal).

46 Cf. *Rückert*, KritV 94 (2001), 227 ss., quien distingue en lo esencial entre dos modelos históricos (dictadura como un episodio y el derecho penal del Estado de Derecho como una época o, a la inversa, el último como un episodio y la dictadura como parte de una época).

47 Cf. *Rückert*, en Rückert/Willoweit (1995), p. 4-5; Klippel, en Rückert/Willoweit (1995), p. 31, 53-4.


Politiſche
Strafrechtswiſſenſchaft

Von

Dr. Friedrich Schaffſtein

Profeſſor der Rechte in Leipzig

1934

Hanſeatiſche Verlagsanſtalt Hamburg

Imagen 3: Texto fundamental de Schaffstein sobre una "ciencia jurídico-penal política", basado en su conferencia inaugural en la Universidad de Leipzig, 1934.

siguientes paginas, el derecho penal autoritario tuvo sus raíces en los escritos de los teóricos del derecho penal del siglo XIX y en conceptos del pensamiento idealista alemán y, por tanto, se originó mucho antes que la República de Weimar.[48] Después de 1945 se dio una continuidad[49] personal[50] y de contenido[51],

48 Un buen ejemplo en este punto es el *espíritu del pueblo* [*Volkgeist*] de Savigny, que fue invocado por una serie de autores nazis (por ej., *Dahm/Schaffstein* (1933), p. 5; para referencias adicionales, véase *Rückert*, ZRG-GA, 103 [1986], 200 ss; desde una perspectiva externa, *Friedmann* [1967], p. 213) y puede ser visto, al menos en términos conceptuales, como la base del *santo sentir del pueblo* ["gesundes Volksempfinden"]; para un análisis con matices véase, en ese sentido, *Rückert*, ídem, 238 ss., quien demuestra que si bien hay paralelismos metodológicos y conceptuales, el concepto original fue sometido a un cambio en cuanto a su función y a un abuso político decisivo por parte de los nacionalsocialistas, en miras a la expansión del derecho penal ("Funktionswandel"), mientras que Savigny lo utilizó en un sentido más restrictivo, por ejemplo, con una defensa del principio *nulla poena*.

49 Resumidamente, *Wolf*, JuS 1996, p. 189 ss.; *Rüthers*, JZ 2017, p. 457 ss.; respecto del derecho público *Stolleis* (2016), p. 144 ss.

50 *Maus*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 80, 81 s.; *Wolf*, JuS 1996, p. 189; *Gross* (2010), posición 395 con nota 43; *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 110; *Görtemaker/Safferling* (2016), p. 86 ss.; *Rüthers* (2017), p 16 ss.; *Frei et al.* (2019), pos. 326 (RFA), 686 (RDA); respecto de Schleswig-Holstein *Vormbaum*, GA 1995, p. 147 s. (reseña de Godau-Schüttke); con una perspectiva especial en *Hessen Falk* (2017), p. 1, 4; sobre el paradigmático teórico del derecho público, Theodor Maunz (quien rápidamente se mudó desde su puesto en Friburgo, obtenido en 1937, hacia Múnich en 1952, siempre apoyando de forma anónima a los nazis, lo que incluyó escritos en el *Deutsche National-Zeitung*) Stolleis (2016), p. 306 ss.

51 Fundamental, *Marxen* (1975), p. 254 ss. (en lugar de un nuevo comienzo, una continuación acrítica que ignora la herencia antiliberal del nacionalsocialismo y, en la despolitización del derecho penal nacionalsocialista, ocultación del contexto: a modo de ejemplo, la omisión impropia); *Marxen*, KritV 73 (1990), p. 287 ss. (respecto de la prohibición de analogía y del derecho penal de la voluntad); *Wolf*, JuS 1996, p. 189 ss. (continuación de la vigencia/recepción de las leyes penales [p. 190, 191 ss.] y teorías nacionalsocialistas [p. 191], p. ej., subjetivización de derecho penal de autor, finalidad y desvalor de acción [p. 193 s.], por tanto, sería necesario un retorno a los fundamentos liberales del Código Penal de 1871 [p. 195]); *Hartl* (2000), p. 334 ss., 380 s. (continuidad respecto del "pensamiento del derecho penal de la voluntad" y del "avance subjetivista" [p. 337]; continuación del desarrollo de la subjetivización propia del derecho penal de la voluntad y desplazamiento hacia un derecho penal de la culpabilidad que pone el acento en el desvalor de acción, pero, sin embargo, no una "equiparación general" con el derecho penal de la voluntad [p. 337 ss., 375]; vestigios en la parte general [teoría de la participación, tentativa, p. 342 ss.] y en la parte especial [p. ej., punibilidad de los actos preparatorios, p. 365 ss.]); *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 360 ss. (violación del deber en lugar de violación del bien jurídico, bienes jurídicos colectivos en lugar de bienes jurídicos individuales, creación analógica en lugar de principio de legalidad, ánimo reprochable e infracción moral como fundamento de la pena); cf. también *Stefanopolou*, JoJZG 2010, p. 116 s. (delitos especiales y desvalor de acción); *Höffler*, en: Schumann/Wapler (2017), p. 61, 69 s. (respecto de la criminología juvenil); ídem, FS Kreuzer (2018) p. 240 ss (respecto de las "tendencias dañinas"); conciso, *Vormbaum*, GA 1995, p. 148; *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 110-11; Görtemaker/*Safferling* (2016), p. 358; respecto del trasfondo nacionalsocialista del § 323c, *Harzer* (1999), p. 57 ss. Para una mirada con matices, véase *Alexy*, en: Säcker (1992), p. 224 s. quien observa una "continuidad teórica y de contenido relativamente débil", que, no obstante, solo se refiere al pensamiento racista populista (y no al pensamiento jurídico autoritario y neohegeliano que él divisa); en contra de una continuidad con respecto a las características nucleares (de discriminación racial) del derecho penal nacionalsocialista *Rückert*, KritV 94 (2001), 248 ss., 261, 262-3, aunque coloca demasiado énfasis en la política (aliada) de desnazificación (lo que incluye el hecho de que fue abolido el núcleo duro de la legislación nacionalsocialista) y admite que esto no fue apoyado por el discurso jurídico imperante, ni por la práctica; más crítico respecto de algunos autores de derecho público y civil, *Rückert*, en Lehmann/Oexle (2004), p. 664 ss. *Hartung* (1971), p. 123 incluso considera bienvenida esta continuidad ("un progreso de importancia fundamental... que persiste en la actualidad"), al referirse, entre otras cosas, a la "Ley de delincuentes habituales" (¡sic!).

52 Los docentes universitarios involucrados fueron catalogados, por regla general, en todo caso como "simpatizantes" ("Mitläufer") y recibieron una inhabilitación para enseñar temporalmente limitada (por regla general, no se impusieron penas de multa), de manera que después de cierto tiempo pudieron volver a la universidad, cf., p. ej., respecto de Henkel, *infra* cap. II 1. con nota 157, así como respecto de Dahm/Schaffstein, *infra* cap. V 1. *Wolf*, JuS 1996, p. 189 menciona a Mezger, Henkel, Schaffstein y Bruns. Sobre la complicidad de editoriales de derecho y la respectiva continuidad cf. *Rüthers/Schmitt*, *JZ* 1988, 369 y recientemente *Amos*, LTO 7/8/2019.

también y precisamente en el mundo académico-universitario.[52] Sobre esto volveremos en varias partes, en general solo

de paso, aunque se resaltará el término "continuidad" oportunamente.[53] De todos modos, no se debe pasar por alto el hecho de que la continuidad de contenido en gran medida no resulta evidente, dado que el lenguaje nazi originario ha sido reemplazado en el discuro jurídico y académico,[54] aunque ha quedado en gran medida intacto el pensamiento jurídico subyacente, así como las premisas estructurales.[55]

Tal continuidad no solo explica el extendido silencio ("silencio comunicativo")[56] –lo que hizo difícil, o directamente imposible, la realización de investigaciónes sobre el legado nacionalsocialista[57]– sino también la falta de *accountability*

53 Respecto de la continuidad material, cf., p. ej., las *facultades analógicas*, cap. II 2., con nota 180, respecto del *delito de emprendimiento* cap. II 3., con nota 249, así como de la *administración desleal* cap. V 4., con notas 596 ss.

54 El ejemplo más apto y paradigmático es el reemplazo del tristemente célebre "sano sentir del pueblo" por el concepto de "reprochabilidad"; cf., por ej., el delito de coacciones del § 240(2), RStGB, enmendado por el "Decreto de armonización del derecho penal" del 29 de mayo de 1943 (RGBl I 341) y su versión actual en el StGB. El hecho de no haber rescatado la disposición del § 330c RStGB (RGBl I 1935, 839) también contuvo el "sano sentir del pueblo", pero solo fue enmendada en 1953 (BGBl I 735).

55 Cf. *Rückert*, en ídem (2018a), p. 284-5 (quien ve una continuidad en términos de "auto-vincularse metodológicamente al *pensamiento jurídico substancialista*" y con respecto a las premisas estructurales (itálicas en el original).

56 Cf. *Lübbe* (2007), p. 32 ("kommunikatives Beschweigen"); también *Wolf*, JuS 1996, p. 189, 195 (no hubo una discusión abierta); también *Wolf*, JuS 1996, 189, 195 (no se trató el tema públicamente ni se realizaron investigaciones sobre el pasado); *Stolleis* (2016), p. 127 (hablar era considerado una "falta de tacto"); recientemente, *Frommel*, JZ 2016, p. 916, 919; ídem, JZ, 2017, p. 455 ("cárteles de silencio", "mandato de silencio").

57 En este clima, no favorecía la carrera dedicarse científicamente a investigar el legado del nacionalsocialismo, cf., p. ej., la referencia de Herbert Jäger a la advertencia de su maestro Henkel (*Jäger*, en Horstmann/Litzinger, 2006, p. 49) o *Hoyer*, GS Eckert (2009), p. 351 (en referencia a Jörn Eckert, "peligro" de ser tildado de "anti-alemán" por analizar histórico-jurídicamente la escuela de Kiel, entre otros). Antes de 1965, cualquier intento de llevar a cabo una *habilitación* en esta área encontraba grandes obstáculos (*Stolleis*, 2016, p. 43).

de numerosos juristas involucrados,[58] que fue aprobada en las más altas esferas mediante la "política de *tabula rasa*" del gobierno de Adenauer.[59] Desde el punto de vista de la filosofía moral, esta continuidad se debe a que la moral nacionalsocialista estaba tan fuertemente anclada en la sociedad alemana que la siguió impregnando aun después del colapso, y garantizó la integración de la sociedad de posguerra junto con los nacionalsocialistas que seguían viviendo allí.[60] A esto se suma, sin solución de continuidad, la reconstrucción identitaria del mito germánico[61] por parte de la "nueva derecha" ("Neue Rechte").[62] Desde luego que continuidad y radicalización, en este sentido –y, por cierto, tanto retroacti-

58 Al respecto, recientemente, *Safferling*, en: Lüttig/Lehmann (2017), p. 19 ss. con otras referencias; respecto de la falta de *accountability* de los jueces nacionalsocialistas, *Graver*, GLJ 19 (2018), p. 845, 848.

59 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: "Hemos pasado por tiempos tan desconcertantes que resulta aconsejable hacer en general *tabula rasa*" ["Wir haben so verwirrende Zeitverhältnisse hinter uns, daß es sich empfiehlt, generell tabula rasa zu machen"], hallable en http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1949k/kap1_3/para2_4.html (última verificación: 5/8/2019).

60 Cf. más detalladamente *Gross* (2010), posición 24 ss., 165 (respecto de la discriminación antisemita), 2519 ss. ("integración" a través de la "transmisión de ideas y modelos de pensamiento nacionalsocialistas"); respecto de la reintegración social de los nazis, fundamental, *Frei* (1996), p. 7 ss.; *Czollek* (2018), p. 47 ss. con otra referencias.

61 Cf. *Geyer*, FAZ, 7/6/2018, p. 13. Respecto del pensamiento jurídico-nacionalsocialista germánico, *infra* cap. II 1. con nota 84 y texto principal.

62 Respecto de la continuidad a través del movimiento identitario, ver p. ej. Caroline Sommerfeld como uno de los íconos de la "nueva derecha": "A la pregunta de si puede ser alemán alguien que no es blanco, responde: '¡No!'. Si bien el ser alemán no sería una pura cuestión de raza, 'en todo caso tiene un elemento étnico muy elemental. No se logra con la sola ciudadanía'" (*Kazim*, 2018). Respecto de las nuevas derechas y los paralelos con el nacionalsocialismo, recientemente *Czollek* (2018), p. 13 s., 33.

vamente (pos-Weimar) como prospectivamente (República de Bonn)–, no aluden a la continuación del Estado criminal nacionalsocialista, único en su clase, desde la República de Weimar hasta la de Bonn;[63] esto queda descartado ya por la orientación de Estado de derecho liberal de *ambas* repúblicas, sobre todo de la más joven República de Bonn, que con el paso a la "República de Berlín" dejó atrás el "ambiente protegido de posguerra" y acreditó su carácter de Estado de derecho.[64]

La tesis de la continuidad o de la radicalización (en el sentido restringido que se le da aquí) será confirmada en lo sucesivo –o eso espero– mediante el estudio sistemático-analítico de los textos de autores relevantes. Al respecto, son los propios textos los que se hallan en el centro y no la valoración moral de sus autores, porque esta, en todo caso, solo es posible en su propia época (*ex ante*) y si el juzgador puede trasladarse a la situación de esa época. Con todo, de algunos textos tempranos surge, tal como veremos *infra*, un fuerte idealismo y en ocasiones también un afán misionero, unido a la ilusión del nuevo (y mejor) derecho penal del nuevo (y mejor) Estado alemán,[65] lo cual probablemente no

63 En este sentido, cf. *Werle* (1989), p. 6 s., 27, 733 ss., quien respecto del período nacionalsocialista supone básicamente un derecho penal "degenerado" (dominado por la lucha policial contra la delincuencia) y, en esa medida, rechaza una continuidad en sentido (amplio) jurídico-estatal ("quiebre inconfundible en el desarrollo histórico", p. 734), no obstante concede que ha habido (preocupantes) receptaciones de conceptos (p. 27), pero se abstiene de hacer una valoración concluyente, que incluya una respuesta a la cuestión de la continuidad (p. 733). Crítico respecto de Werle en este sentido, *Rückert*, KritV, 94 (2001), 240, quien, sin embargo, no apoya la tesis de la continuidad completamente (véase ya *supra*, nota 51, *in fine*).

64 Cf. *Krüper*, en: Duve/Ruppert (2018), p. 238 ss. ("Schonraum der Nachkriegszeit").

65 Aquí cabe hacer referencia ya, p. ej., al notable texto de *Gemmingen* (1933), con el cual intenta desarrollar –sin autorización oficial del partido (p. 6)– un derecho penal nacionalsocialista en el sentido de Hitler, en el que advierte contra una "barbarización del derecho penal, contraria al sentido y al fin" (p. 18) y propaga la "superación del derecho penal" como "máxima finalidad a largo plazo" (p. 18 ss).

se explique solo por la juventud de los protagonistas,[66] pero hace comprensible la euforia inicial de incluso algunos que luego se tornaron críticos.[67] Por lo demás, los textos hablan por sí mismos, de manera que cada lector podrá formarse su propio juicio sin que haga falta aquí una clasificación o definición concluyente[68] como "jurista nacionalsocialista".[69] De todas maneras, se puede constatar con cierto asombro que uno solo de los científicos del derecho penal involucrados[70] se distanció públicamente de sus antiguas teorías.[71]

66 Pero seguramente también, p. ej., *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), p. 223 ("No es casual que precisamente la generación joven se haya empeñado... en recurrir a una autoridad absoluta... En el nihilismo, que a la generación joven le parece tan infame, se refleja su propia desorientación").

67 Un ejemplo paradigmático es probablemente *Eb. Schmidt*; ver en este sentido *infra* cap. V 1. con nota 512 al final.

68 Sobre intentos de clasificación, v. *Marxen* (1975), p. 152 ss.; sobre el intento de una definición conceptual ver *Schumann*, en: BMJ (2013), p. 70 ss. (según lo cual, no obstante, cuentan entre estos los acusados en los procesos de Núremberg seguidos contra juristas y los condenados por prevaricato; la clasificación por parte de los aliados en virtud de la Directiva de Control n.° 38, del 12/10/1946, según los grupos: culpable principal, incriminado, incriminado secundario y simpatizante no sería confiable, por lo cual en general habría que hacer referencia a "procesos de nazificación y desnazificación" en el sentido de la historia de la ciencia).

69 Respecto de la diferencia entre un "nazi jurista" ("nazista jurista") (como, p. ej., Freisler) y un "jurista nacionalsocialista" ("jurista nazista") (como, p. ej., Schaffstein), *Batista*, en Zaffaroni (2017), p. 103.

70 Se trata de Friedrich *Schaffstein*, aunque respecto de la calidad de su distanciamiento se puede tener distintas opiniones, cf. *infra* cap. V 1., con nota 517. Dahm solo reconoció "equivocaciones y errores" en una carta –en realidad privada– a Eb. Schmidt, *infra* cap. V 1., con nota 512. El distanciamiento de Erik *Wolf* también fue privado, en la ya mencionada carta a Karl Barth, al respecto, *infra* cap. VI 2., con nota 767.

71 *Vogel* (2004), p. 109, quien por lo demás se abstiene de toda valoración, lo llama "grave fracaso ético-científico".

Capítulo II

Fundamentos del derecho penal nacionalsocialista

1. RACISMO, COMUNIDAD DEL PUEBLO, ESTADO DEL FÜHRER, PRINCIPIO DEL FÜHRER Y EXCLUSIÓN

Ya en el capítulo introductorio, 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,[72] 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,[73] 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.[74] 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.[75] Una perspectiva

---

72 *Zaffaroni* (2017), p. 27 ss.

73 *Zaffaroni* (2017), p. 31 ("innegable capacidad de proporcionar soluciones racionales o, por lo menos, con menores niveles de irracionalidad y arbitrariedad").

74 *Zaffaroni* (2017), p. 31 ("legitimación genocida más finamente elaborada de todos los tiempos").

75 *Zaffaroni* (2017), p. 32.

que, es necesario agregar, ya dominaba la historia colonial alemana en África del siglo XIX.[76]

Además, la influencia de la inmigración de los Estados Unidos y de las leyes raciales no tiene que ser subestimada. Como recientemente demostró Whitman, los nazis reconocieron la "misión racista histórica" de los Estados Unidos y su "liderazgo" en "la lucha aria por dominar el mundo":[77] "la supremacía blanca americana... brindó... algunos de los materiales básicos para el nazismo de la década del treinta".[78] Si bien los nazis no copiaron sin modificaciones el modelo norteamericano[79] –a fin de cuentas, se centraron principalmente en los judíos y no en los negros y tenían su propia tradición jurídica y un contexto social que, por ejemplo, no se prestaba a la segregación racial, lo que hizo lucir demasiado duras a algunas medidas norteamericanas[80]–, este último claramente sirvió de inspiración y justificación de las políticas discriminatorias y racistas del nacionalsocialismo.[81] Esto, a su vez, hace surgir in-

[76] Cf. *Grill* (2019), p. 57, 58, 63, 70, 97, 147 (con referencias a la política y a la propaganda nacionalsocialista); sobre el derecho penal (alemán) colonial como modelo, *Vormbaum* (2015), p. 140-1.

[77] *Whitman* (2017), p. 71 (traducción del original inglés); para una recensión erudita, véase *Rückert*, ZRG-GA 135 (2018), 669.

[78] *Whitman* (2017), p. 145.

[79] Ídem, p. 70 (no se produjo un "préstamo sin modificaciones" ["unmodified borrowing"]).

[80] Ídem, p. 131 ("Lo central es que los nazis consideraron que los programas de clasificación eran demasiado duros y que el problema racial norteamericano era demasiado diferente como para que se produjese un préstamo sin modificaciones"); sobre la "regla de una gota" ("*one-drop-rule*") – que era demasiado dura para los nazis –, véase en particular ídem, p. 77, 128, 135 (esta "regla", según la cual "una gota de sangre de un negro" era suficiente para dar lugar a una impureza racial, fue "inventada" por el senador sureño Bilbo, por medio de una referencia a "Mi Lucha" ["Mein Kampf"] de Hitler [p. 77]).

[81] *Whitman* (2017), p. 16 ("En los tempranos años treinta, los abogados nazis estaban ocupados en la tarea de crear un derecho racial basado en leyes de anti-miscegenación y de inmigración a partir de criterios raciales, de naturalización y de ciudadanía de segunda clase. Empezaron a buscar modelos extranjeros y los encontraron. En los Estados Unidos de América"), 139 ("Fueron las leyes de inmigración, ciudadanía y anti-miscegenación nortamericanas lo que los nazis citaron una y otra vez"), 160 ("Norteamérica tenía cosas que enseñale a Alemania: ... una ciencia del derecho racista y con una admirable falta de inhibiciones... que no se molestaba en presentar términos jurídicos embellecidos y que, por tanto, les encajaría 'perfectamente' [Freisler]... los Estados Unidos... era el país que produjo las innovaciones realmente 'interesantes' [Freisler]... para cualquiera que estuviese interesado en planificar un 'Estado racial'").

terrogantes fundamentales sobre el papel de los Estados Unidos "en la historia mundial más general del racismo" y sobre "las características de la cultura jurídica norteamericana"[82], lo que resulta particularmente pertinente en la presidencia de Trump. Más allá de eso, la influencia del "modelo norteamericano" hace lucir un tanto irónico el hecho de que el gobierno de los Estados Unidos de ese momento, como parte del Consejo de Control Aliado y fuerza de ocupación, fue el que más presionó para que el núcleo duro (racista y discriminatorio) de la legislación nazi sea abolido.[83]

Frente a este trasfondo, Zaffaroni tiene razón al situar al nacionalsocialismo en la continuidad histórico-política de la época y luego emprender la tarea de demostrarlo específicamente respecto del pensamiento jurídico-penal. Ya esa parte le pone nombre al núcleo del pensamiento nacionalsocialista: la exaltación racista de la comunidad del pueblo alemán a través del recurso, romantizante y biologicista, a la idea de los arios germánicos.[84] Luego se centra en el **racismo** nazi es-

[82] Ídem, p. 137.

[83] Para una investigación fundamental al respecto, véase *Etzel* (1992), en especial p. 80 ss.; *Waibel* (1996), p. 37 ss. (sobre los fundamentos de la política norteamericana), 166 ss. (sobre la desnazificación); una síntesis en *Kroeschell* (1992), p. 123 ss.; *Rückert*, KritV 94 (2001), 245 ss.; *Stolleis* (2016), p. 250 ss.

[84] *Zaffaroni* (2017), p. 37. Respecto del recurso al derecho penal germánico, p. ej., *Dahm* (1935a), p. 6; en general respecto de la importancia del pensa-

pecífico de los juristas, Zaffaroni le dedica el segundo capítulo,[85] y aquí también pone de relieve la continuidad histórica. Él considera el racismo específico del nacionalsocialismo como una continuación de la romantización jurídica que halló su apogeo cuando se puso el foco en la comunidad del pueblo alemán y en el *Führer* alemán, lo que enriqueció el racismo con un componente específicamente antisemita.[86] Él ubica el racismo nazi en el contexto de los genocidios europeos neocoloniales[87] (pasando por alto la mencionada influencia de los Estados Unidos[88]), pero lo diferencia del racismo evolutivo inglés de Herbert Spencer, en el cual –y aquí hay que completar la explicación insuficiente de Zaffaroni–[89] 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.[90] En cambio, en el racismo nacionalsocialista se trataría de un racismo "involutivo" al modo de Arthur de Gobineau,[91] 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)–.[92]

Roland Freisler,[93] quien también se inspiró fuertemente en el modelo norteamericano,[94] hizo del concepto de la

miento jurídico germánico en el nacionalsocialismo, *Klippel*, en Rückert/Willoweit (1995), p. 39 ss. (en especial sobre la supuesta oposición con el derecho romano individualista). No obstante, crítico respecto del recurso al derecho germánico como "retroceso irresponsable", *Gemmingen* (1933), p. 16 s., porque su fundamento de la pena basado en la desobediencia infringiría el principio de culpabilidad.

85 *Zaffaroni* (2017), p. 41 ss.

86 *Zaffaroni* (2017), p. 42 ss., 61 ss.

87 *Zaffaroni* (2017), p. 43.

88 *Zaffaroni* (2017), p. 151 solo se refiere a un artículo en la revista ZStW que comentaba de manera positiva una ley de esterilización sancionada en el estado norteamericano de Indiana en 1907 ("artículo elogioso"). Este artículo supuestamente recibió considerables críticas ("reacción sumamente negativa"), lo que forzó a von Liszt a distanciarse. Sin embargo, Zaffaroni no cita ninguna fuente precisa; esta fuente tampoco se encuentra en la obra que cita de *Wetzell* (2000), p. 163. Una lectura del número 27 de ZStW de 1907 tampoco ofrece resultados satisfactorios.

89 *Zaffaroni* no cita los trabajos de Spencer, ni el texto, ni el índice bibliográfico.

90 Cf. especialmente *Spencer* (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* (1851) y The Westminister Review 17 (1860), 90).

91 *De Gobineau* (1853-1855).

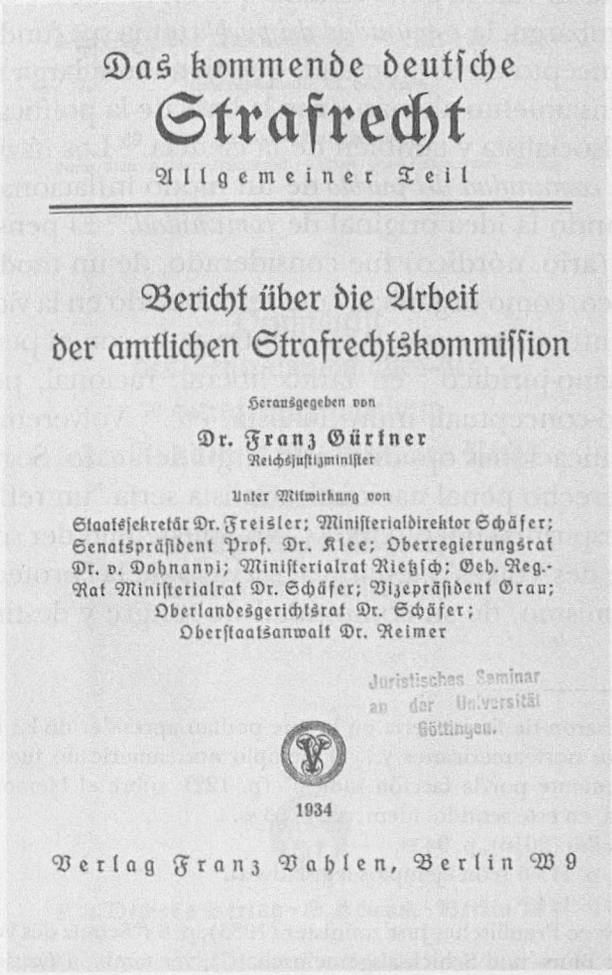
92 Zaffaroni (2017), p. 45 s., pero aquí también sus explicaciones necesitan un complemento. Por lo demás, está discutida la influencia de Gobineau sobre el racismo nacionalsocialista, cf. solo *Kale*, MIH 7 (2010), p. 33, 59 ss. (quien afirma que Gobineau fue el primero "en teorizar que la raza era el factor decisivo en la historia y que los precursores del nazismo repetían algunas de sus ideas, pero sus argumentos de principios fueron o bien ignorados, o deformados, o sacados de contexto en el pensamiento racial alemán", de manera que "la influencia de Gobineau para el racismo alemán fue sobrevalorada en repetidas oportunidades...").

93 Respecto de la recepción en el extranjero, ver, p. ej., *Arnedo*, en Zaffaroni (2017), p. 9 ss. (con exposición del currículum de Freisler y su teoría del derecho penal).

94 Esto se desprende particularmente de los debates dentro de la Comisión de Reforma del Derecho Penal, presidida por el Ministro de Justicia del Reich, Franz Gürtner (véase *Gürtner*, 1934 y 1935), tal como fue documentado en la transcripción reproducida en *Regge y Schubert* (1989), p. 223 ss. (sesión 37, 5 de junio de 1934) (versión sin editar, p. 277 ss.). En esta reunión, Gürtner, Freisler y otros, al discutir la cuestión de la "protección de la raza" se refirieron con detalles considerables a la legislación y práctica norteamericana; también se refirieron, en gran parte de forma aprobatoria, a las propuestas de delitos del Memorándum de Prusia, respecto de las "agresiones a la raza" (*Preußischer Justizminister* (1933), p. 47-9), que también hacían referencia en varios lugares a la legislación racial norteamericana (ídem, por ej., p. 48, 62, 143). Véase también *Whitman* (2017), p. 1-2, 93 ss., quien concluye, respecto de la sesión del 5 de junio, que "los participantes claramente se



Imagen 4: Roland Freisler



Das kommende deutsche

Strafrecht

Allgemeiner Teil

Bericht über die Arbeit
der amtlichen Strafrechtskommission

Herausgegeben von

Dr. Franz Gürtner
Reichsjustizminister

Unter Mitwirkung von

Staatssekretär Dr. Freisler; Ministerialdirektor Schäfer; Senatspräsident Prof. Dr. Klee; Oberregierungsrat Dr. v. Dohnanyi; Ministerialrat Nießsch; Geh. Reg.-Rat Ministerialrat Dr. Schäfer; Vizepräsident Grau; Oberlandesgerichtsrat Dr. Schäfer; Oberstaatsanwalt Dr. Reimer

Juristisches Seminar
an der Universität
Göttingen.

1934

Verlag Franz Vahlen, Berlin W 9

Imagen 5: El Informe sobre el trabajo de la Comisión oficial de derecho penal, presidida por el Ministrio de Justicia del Reich, Gürtner, tomo I, sobre la parte general del derecho penal (Gürtner, 1934; el tomo II sobre la parte especial fue publicado en 1935)

comunidad del pueblo ("Volksgemeinschaft") *entendida como raza y sangre* el fundamento central del derecho penal nacionalsocialista. Vale la pena resaltar que en lo que a esto respecta, sin embargo, la *comunidad del pueblo* tenía sus fundamentos en el concepto de comunidad, que tiene una larga tradición en el pensamiento alemán y fue la base de la política jurídica nacionalsocialista y también de la ciencia.[95] Los nazis invocaron a la *comunidad del pueblo* de un modo inflacionario y fue desplazando la idea original de *comunidad*.[96] El pensamiento alemán (ario, nórdico) fue considerado, de un modo propagandístico, como orgánico, concreto, basado en la vida y en la gente, entre otras cosas, y fue contrastado con el pensamiento "romano-jurídico", en tanto liberal, racional, positivista, abstracto-conceptual, individualista, etc.[97] Volveremos sobre estas calificaciones opuestas a lo largo del texto. Según Freisler, el derecho penal nacionalsocialista sería "un reflejo de la actitud espiritual del pueblo" ("ein Spiegelbild der seelischen Haltung des Volkes"), estaría al servicio de la "protección del pueblo mismo, de su comunidad de sangre y destino",[98] de

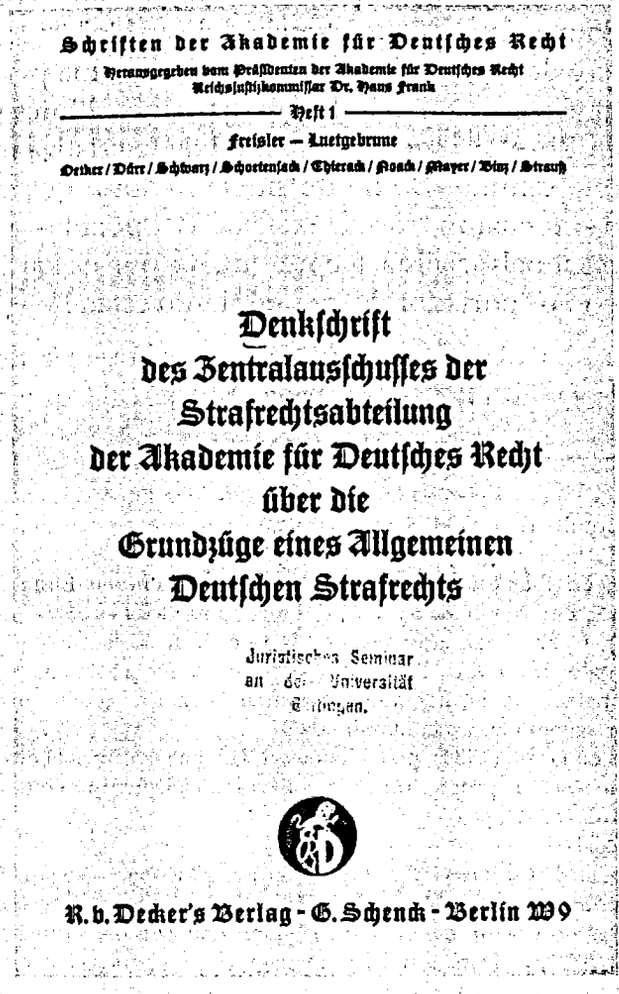
interesaron de forma seria en lo que podían aprender de las leyes de los estados norteamericanos y... el ejemplo norteamericano fue perseguido fuertemente por la facción radical" (p. 122); sobre el Memorándum de Prusia, en este sentido, ídem, p. 76, 83 ss.

95 Cf. *Stolleis* (2016), p. 94 ss.

96 Ídem, p. 115-6 (con ejemplos legislativos).

97 Ídem, p. 114.

98 *Freisler*, en Preußischer Justizminister (1933), p. 6 ("Schutz des Volkes selbst, seiner Bluts- und Schicksalsgemeinschaft"); ver también *Freisler*, en Frank (1934), p. 7 s. ("ideas orientadoras amoldadas según la sangre" en cuanto "condición previa para ascender o descender en la vida del pueblo") y p. 8 (protección de "la sangre y el suelo"); *Thierack*, en Frank (1934), p. 25 s. ("sangre y suelo como bienes sagrados del pueblo alemán", "sangre" como "fuente de vida" que crea una "comunidad de sangre"); respecto de la ley en cuanto "expresión del pensamiento de la comunidad de la sangre" ("Ausdruck eines bluthaften Gemeinschaftsdenkens"), ver *Dahm* (1935a), p. 17.


Schriften der Akademie für Deutsches Recht

Herausgegeben vom Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht Reichsjustizkommissar Dr. Hans Frank

Heft 1

Freisler – Luetgebrune

Oetker / Dürr / Schwarz / Schoetensack / Thierack / Noack / Mayer / Binz / Strauß

Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts

Juristisches Seminar an der Universität Erlangen.

R. v. Decker's Verlag - G. Schenck - Berlin W 9

Imagen 6: Memorándum del Comité Central de la Sección de derecho penal de la Academia (nacionalsocialista) de Derecho Alemán sobre las principales características del derecho penal alemán (Frank, 1934)

su "honor de la raza",[99] razón por la cual "mantener alejada la sangre extranjera y eliminar la degenerada [sería] el más alto mandato"[100] y habría que "tomar las medidas correspondientes para asegurar la existencia del pueblo".[101] La Ley de Núremberg de "Protección de la sangre alemana y del honor alemán" ("Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre")[102] fue quizá la medida legislativa más drástica en este sentido. De modo similar, habría que proteger al Estado –en cuanto "forma externa" del pueblo– y al movimiento nacionalsocialista (representado por el Partido "NSDAP") –como "portador del pensamiento estatal"–.[103]

Helmut Nicolai intentó fundamentar la teoría de la raza nacionalsocialista con la filosofía vulgar[104], lo que sorpren-

99 *Thierack*, en Frank (1934), p. 26 ("la pureza de la raza exige consciencia de raza, orgullo de raza" ["Rassestolz"] y, justamente, protección jurídico-penal).

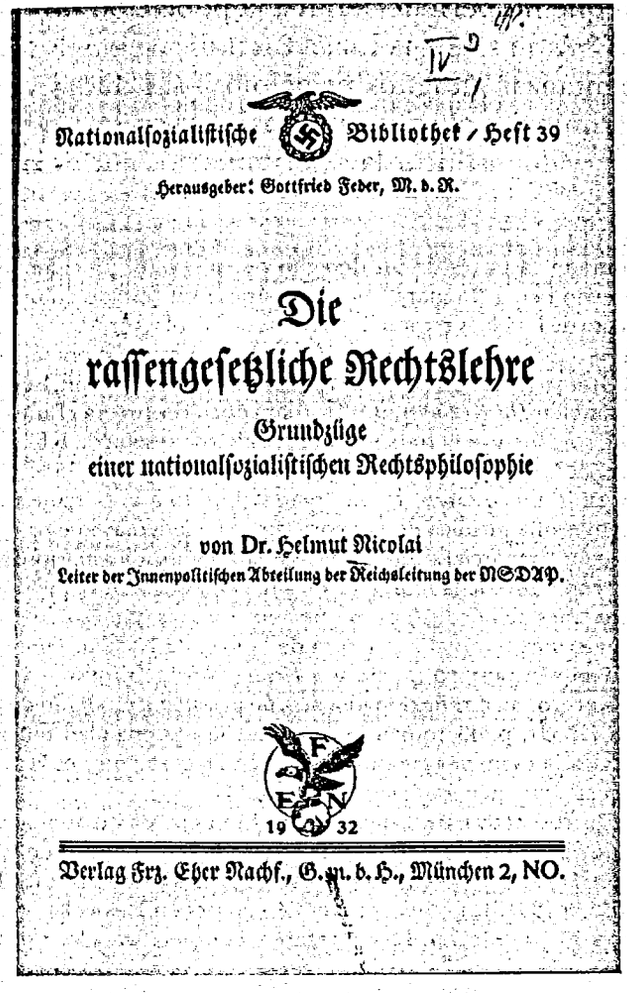
100 *Freisler*, en Frank (1934), p. 8 ("Fernhalten fremden Blutes und Ausschaltung entarteten *Blutes* ..."); del mismo modo, *Preußischer Justizminister* (1933), p. 22 ("mantenimiento de la pureza de la comunidad de sangre alemana"); *Thierack*, en Frank (1934), p. 26 ("la sangre de otra especie debe mantenerse alejada, hay que exterminar la sangre genéticamente enferma..., degenerada... o contaminada").

101 *Freisler*, en Frank (1934), p. 8. Menciona "la lucha contra el aborto, contra la trata de niñas, la protección de la maternidad". Del mismo modo, *Thierack*, en Frank (1934), p. 26.

102 RBGI I 1146.

103 *Freisler*, en Frank (1934), p. 8 s. El Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán estaría "indisolublemente unido con el Estado", pero "de ningún modo es un órgano del Estado". El memorándum del *Preußischer Justizminister* (1933), p. 13 ss. tomó en consideración la protección reforzada del Estado mediante la acentuación de los delitos contra la protección del Estado. Esta era, a su vez, una de las exigencias principales del movimiento antiliberal, cf. *Marxen* (1975), p. 124 s.

104 *Nicolai* (1932), p. 42 ss. (el delito como predisposición, con la consecuencia de la "proscripción", es decir, "excluir al delincuente de la comunidad jurídica del pueblo y, así, imposibilitar que se multiplique". "Justamente, titular de derechos, compatriota jurídico, compatriota del pueblo solo puede ser aquel cuya conciencia jurídica sea pura". "Erradicación del delincuente


Nationalſozialiſtiſche Bibliothek / Heft 39

Herausgeber: Gottfried Feder, M. d. R.

Die
raſſengeſetzliche Rechtslehre

Grundzüge
einer nationalſozialiſtiſchen Rechtsphiloſophie

von Dr. Helmut Nicolai
Leiter der Innenpolitiſchen Abteilung der Reichsleitung der NSDAP.

1932

Verlag Frz. Eher Nachf., G. m. b. H., München 2, NO.

Imagen 7: La teoría del derecho racista de Nicolai, 1932

dentemente se ganó el aplauso de Erik Wolf.[105] Él consideraba que la tasa de criminalidad dependía de la pertenencia étnica y, por tanto, quería dirigir el derecho penal contra aquellos que no pertenecieran a la población nórdica y germánica.[106] Aquí sale a la luz el intento nacionalsocialista de instrumentalizar antiguos principios –sin dudas ya existentes–[107] criminal-biológicos y social-darwinistas de la criminología[108] y de justificar la discriminación jurídico-penal de

deshonrado" a través de un derecho penal severo, precisamente porque el derecho penal "humano" no demostraría un "estado cultural elevado". Respecto de las ideas nacionalsocialistas de Nicolai ver *Marxen* (1975), p. 90 s., 147 ss., 153; sobre su persecución en 1935 por una supuesta homosexualidad, *Whitman* (2017), p. 74. Respecto de la teoría nacionalsocialista de la raza, también *Hartl* (2000), p. 42 s. (para él, su centro era el antisemitismo).

105 *Wolf* no solo incluyó el trabajo en la prestigiosa reseña de bibliografía de la revista ZStW, "Rechts- und Staatsphilosophie" (ZStW 53 (1934), p. 560, 572 ss.), y así lo ubicó en un mismo pedestal junto a importantes publicaciones de filosofía jurídica de la época, sino que además lo elogió en cuanto exposición "imparcial e intrépida" de la idea jurídica nacionalsocialista y como "comienzo de la teoría jurídica nacionalsocialista" que solo presenta algunas "inestabilidades", pero que "no son más que eso" (p. 573 s.) (sobre una crítica puntual a la teoría de la raza de Nicolai, *infra* nota 111 *in fine*). También positivo, p. ej., *von Hentig*, MSchrKrimPsych 24 (1933), p. 633 ("sincero, bien reflexionado, acorde al sistema y... digno de lectura").

106 *Nicolai* (1932), p. 43 (quien afirma que "la criminalidad muestra que la delincuencia es menor cuanto más nórdica y germánica es la población"); al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 147.

107 Sobre la respectiva investigación de biología y antropología criminal durante el cambio de siglo y en la época de la República de Weimar, *Dölling*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 195 s., 222 s.; *Vormbaum* (2015), p. 155 ss.; *Hilliger* (2018), p. 293 ss.; también *Ambos* en Dessecker *et al.* (2019); antes ya *Wolf* (1933), p. 13 ss. (referencia específica a los positivistas italianos).

108 Cf., p. ej., *Exner* (1939), p. 149 ss. (importancia de la "herencia" y la "inclinación a la delincuencia"); también ídem (1949), p. 272 ss. (reconocimiento de la influencia del entorno, pero con el acento en la importancia especial de la "inclinación" y la "herencia"); *Mezger* (1934), p. 18 (si bien rechaza la teoría de Lombroso del "delincuente nato", reconoce que es "innegable que hay personas que por su inclinación innata están determinadas a ser delincuentes"), p. 54 ("predisposición especialmente enfermiza"

los "ajenos a la especie"[109] con fundamentos biológico-racistas;[110] empero, la investigación criminológica prestó el apoyo exigido solo de manera condicional.[111]

del "delincuente psicópata", quien, por tanto, se convierte en delincuente especialmente peligroso), p. 104 ss. (con el acento en la "herencia de los antepasados", en el sentido de una concepción biologicista del delito); respecto del punto de vista biologicista y de la (consecuente) prevención de la descendencia con enfermedades hereditarias, también *Mezger* (1942), p. 79 ss., 269 ss.; ver también *Dölling*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 198, 202, 209. Desde luego que no se puede soslayar que Exner y, también, Mezger reconocían básicamente una interacción diferenciada entre inclinación y entorno y, por tanto, rechazaban el crudo determinismo genético-racista de ideólogos nacionalsocialistas, como p. ej. Robert Ritter; ver *infra* nota 111; para un análisis más detallado, véase *Ambos*, en Dessecker *et al.* (2019). Sobre el impacto de la eugenesia norteamericana en este sentido, véase *Whitman* (2017), p. 8-9 (con referencias en particular a *Kühl*, The Nazi Connection, 1994).

109 Respecto de los "derechos penales para extranjeros" (p. ej., derecho penal de polacos) y del derecho penal especial para los judíos, detalladamente, *Werle* (1989), p. 351 ss., 449 ss., 603 ss., 698 ss., 723 s., 725 s.

110 Acentuación unilateral de la inclinación, p. ej., en *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), p. 162, 172 ss., 176; *Schaffstein* (1934), p. 19 ("superioridad" de la "idea de raza" nacionalsocialista basada en la "desigualdad genética"); *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), p. 276, 282 ss. (ambos critican darle demasiada importancia a la idea de la educación y exigen inocuizar a los "no educables". Ver también *Werle* (1989), p. 698, 700; *Zaffaroni*, en Zaffaroni (2009a), p. 15 (perfeccionamiento del biologismo racista por parte del nacionalsocialismo).

111 Cf. más detalladamente *Wetzell* (2000), p. 179 ss., quien, a través de un análisis de los escritos de autores relevantes, demuestra que si bien el nacionalsocialismo utilizó la investigación de biología criminal para apoyar su punto de vista eugenésico-biologicista, el apoyo que recibió de los criminólogos *mainstream*, como Mezger y Exner (ídem, p. 209 ss.) fue solo condicional, porque "las explicaciones deterministas en términos genéticos y racistas no predominaban en la biología criminal y en la criminología" ("genetically deterministic and racist explanations of crime did not predominate in criminal biology and criminology"), sino que "la criminología dominante... se caracterizaba por un proceso en el que se iba incrementando la sofisticación metodológica" ("mainstream criminology ... was characterized by a continuing process of increasing methodological sophistication", p. 230). Por otro lado, la política de selección nacionalsocialista, de fundamento criminal-biológico halló un patrocinador en Gustav *Aschaffenburg*, fundador y editor de la Revista Men-

KRIMINALPOLITIK

AUF KRIMINOLOGISCHER GRUNDLAGE

VON

DR. EDMUND MEZGER
O. PROFESSOR DES STRAFRECHTS AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN
MITGLIED DER AKADEMIE FÜR DEUTSCHES RECHT

Juristisches Seminar
an der Universität
Göttingen.



1·9·3·4

FERDINAND ENKE VERLAG STUTTGART

Imagen 8: El importante manual de Mezger sobre "política criminal", publicado primero en 1934 (ver imagen), la segunda edición se publicó en 1942; en 1931 Mezger también publicó su realmente importante manual de derecho penal, cuyas ediciones posteriores fueron apareciendo con el correr de los años

En todo caso, no se puede acentuar suficientemente la importancia reflejada aquí de la *comunidad del pueblo* –entendida en el sentido racista y de sangre recién mencionado–: es el punto de partida y la finalidad del derecho (penal) nacionalsocialista[112] y su objeto de protección prioritario[113] (cuya pureza ha de ser preservada),[114] en especial por medio de las tristemente célebres "Leyes de Núremberg".[115] El concepto

---

sual de Psicología Criminal y Reforma del Derecho Penal [*Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*] (hoy MSchrKrim), quien fue, él mismo, expulsado por los nazis por su religión judía (p. 186 ss.); además, juristas como Hellmuth Mayer criticaron la investigación criminal-biológica (p. 202 ss.), razón por la cual no se podría suponer una vinculación entre la "biología criminal y el racismo (lo que incluye el antisemitismo)" (p. 187) ni tampoco "una afinidad natural entre los juristas nazis y la biología criminal" (p. 209); crítico de Ritter y de su investigación sobre los "asociales", en especial sobre los gitanos, p. 219 ss. ("el carácter simplista y el retroceso cualitativo en términos metodológicos de la investigación de Ritter que aceleró su carrera en el Tercer Reich", p. 229). No obstante, la opinión de Wetzell sobre *Mezger* es demasiado generosa, más detalladamente sobre él *infra* cap. IV 1., con notas 291 ss. y texto principal; para un tratamiento mas diferenciado del papel de la criminología durante el NS véanse *Ambos*, en Dessecker *et al.* (2019). Sobre la interacción inclinación-entorno, p. ej., *Wolf*, ZStW 53 (1934), p. 573 s. (en esta medida, crítico de la teoría pura de la inclinación, basada en la raza, de Nicolai); también traza una diferencia, sorprendentemente, *Gemmingen* (1933), p. 14 ss., según él, el propio Hitler puso de relieve el "factor del entorno" y, por tanto, seguramente estaría en contra de poner el acento unilateralmente en la inclinación.

112 *Zaffaroni* (2017), p. 72 ss. Cf. también, p. ej., *Gemmingen* (1933), p. 14, según él, la "finalidad amplia" de Hitler habría sido "la educación de la sociedad (entendida de modo liberal y atomista) para que sea comunidad (entendida de modo orgánico-popular), es decir, para que sea 'pueblo'". En tiempos más modernos, resumidamente, *Hartl* (2000), p. 43 ss.

113 Cf. *Preußischer Justizminister* (1933), p. 13 (en donde la protección de la comunidad del pueblo es puesta en la cima de un posible nuevo código penal); sobre los respectivos decretos y leyes nacionalsocialistas relativos a la protección del pueblo alemán, del Estado alemán, etc., *Werle* (1989), p. 64 ss., 700 ss.

114 Cf. *supra* nota 100 y apartado siguiente (2.), con nota 232.

115 En sentido estricto, las "Leyes de Núremberg" incluyen las dos leyes adoptadas en el "Día del Partido del Reich de la Libertad" ["Reichsparteitag

de la *comunidad del pueblo* además hace las veces de punto fijo normativo,[116] incluso de fuente de derecho a través del notorio "gesunde Volksempfinden" ("sano sentir del pueblo").[117] Tanto el particular como el Estado son puestos al servicio de la comunidad del pueblo, con lo cual el particular pierde su

der Freiheit"] del 15 de septiembre de 1935, esto es, la mencionada ley de protección de la sangre y el honor (*supra* nota 102) y la Ley de Ciudadanía del Reich (RGBI I 1146); sobre esto y sobre la influencia de la legislación norteamericana sobre inmigración, naturalización y raza, *Whitman* (2017), p. 1-2, 29 ss., 73 ss. (no se produjo un "préstamo sin modificaciones", pero obtuvo el apoyo de los nazis más radicales [véase ya la cita en la nota 94) y "ejemplo preeminente del 'Estado racial'" [p. 113]).

116 Cf., p. ej., *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 603, 624 ("Para la concepción nacionalsocialista de Estado y derecho, el pueblo es, en cuanto conjunto transpersonal [*transpersonale Ganzheit*], el valor más alto, único e inmediato, del cual nacen mediatamente todos los demás valores jurídicos"). *Zaffaroni* no cita este artículo.

117 Cf. *Freisler*, en Frank (1934), p. 11 ("consciencia jurídica del pueblo" como "norma jurídica"); *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251 (sano sentir del pueblo como fuente de derecho); *Schaffstein* (1934), p. 24 ("verdadera fuente de derecho", con cita del memorándum del Ministro de Justicia de Prusia (1933)); *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 605, 607 ("sentimiento jurídico del pueblo" ["völkisches Rechtsempfinden"] como fuente de derecho nacionalsocialista); *Henkel* (1934b), p. 28 s. ("valores de la comunidad del pueblo" como "fuente de conocimiento jurídico"); *Mezger*, DJZ 41 (1936), p. 602 ("sano sentir del pueblo" como "forma autónoma de expresarse del ordenamiento jurídico y moral viviente y popular", pero apoyado en la "la idea básica de una ley penal", es decir, en el primer punto de referencia del modificado § 2 StGB). Ver también *Marxen* (1975), p. 70 s.; *Rückert*, ZRG-GA 103 (1986), 222-3 (quien menciona, en 214 ss., distintas fuentes nacionalsocialistas [normas, jurisprudencia, autores] donde el concepto fue utilizado]; *Werle* (1989), p. 145; *Hartl* (2000), p. 54; *Zaffaroni* (2017), p. 78 ss. El "sano sentir del pueblo" también sirvió para determinar numerosas cuestiones particulares de la teoría del delito, cf. respecto de la omisión, p. ej., *infra* cap. V 4., con nota 579; respecto de la irrelevancia del error de derecho/de prohibición en caso de ser inconciliable con la "sana concepción popular sobre derecho e ilícito", *infra* cap. IV 1., con nota 314 y texto principal; respecto de la restricción de la legítima defensa, *Preußischer Justizminister* (1933), p. 137 y *Freisler*, en Frank (1934), p. 17 (abuso de la legítima defensa "según la sana concepción popular"; allí se hallan numerosos ejemplos).

propio fin en sí mismo[118] (e incluso también su identidad de clase[119]) y es obligado a la lealtad;[120] al mismo tiempo, el Estado se convierte en un Estado fascista y sin par –lo cual deja atrás la división tradicional entre pueblo y Estado–.[121]

118 Cf., p. ej., *Preußischer Justizminister* (1933), p. 4 s. (el individuo como parte del "organismo popular" ["Volksorganismus"], razón por la cual debería estar obligado a "tener el debido respeto, en todo su actuar, por la preservación de la existencia de la nación y de su bienestar"); *Freisler*, en Frank (1934), p. 9 ("el individuo tienen posición de fiduciario respecto del conjunto"; del mismo modo, *Thierack*, en Frank (1934), p. 28; también *Gerland*, DJZ 38 (1933), p. 860 ("frente a la comunidad, el individuo significa solo lo que significa para esta"); también *Dahm* (1935a), p. 12 (el individuo como "compatriota del pueblo, como miembro de una comunidad concreta..."); para un autor que no pertenece al derecho penal, véase *Lange* (1934), p. 34 ("No eres nada, tu pueblo es todo" ["*Du bist nichts, dein Volk ist alles*"], "el bien común antes que el bien propio" ["Gemeinnutz geht vor Eigennutz"]); al respecto, p. ej., también *Alexy*, en: Säcker (1992), p. 225 s.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 353 ("supremacía del colectivo..."); *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 98; respecto del anti-individualismo, el antiliberalismo y el pensamiento orientado a la comunidad, también *Hartl* (2000), p. 47 ss.; *Murmann* (2005), p. 126 ss. No obstante, todavía en 1933 Dahm sostenía el punto de vista de que "no se puede pensar en un derecho penal alemán, acorde a la peculiaridad de nuestra cultura diferenciada, que no le deje un espacio al individuo" (*Dahm*, MSchrKrimPsych, 24 (1933), p. 162, 174).

119 Cf. *Hartung* (1971), p. 120-1 (quien argumenta que el concepto de *comunidad del pueblo* quitó en gran medida la discriminación del "cuarto estamento" más bajo).

120 *Thierack*, en Frank (1934), p. 27 ("deber de lealtad al Führer, al pueblo y al Estado", lealtad como "la más noble herencia alemana").

121 Respecto de la diferencia entre la Alemania nacionalsocialista y la Italia fascista, cf. *Dahm* (1935a), p. 6 ss., según él, en una la comunidad del pueblo se halla en el centro y el Estado tiene que servir a su fin, mientras que en la otra la nación se realiza en el Estado total, razón por la cual reina un "marcado estatismo" (p. 6) (del mismo modo, *Grispigni* (1941a), en Zaffaroni (2009a), p. 70, con nota 12 ([sustitución de "Estado" por "pueblo"]). En cambio, en el Estado nacionalsocialista puede existir en todo caso una movilización total, en el sentido de Ernst Jünger, pero no un Estado total, porque el Estado tiene "su fundamento y justificación en el ser del pueblo" (*Dahm*, íd., p. 7). Esto significaría –junto a las demás diferencias esenciales entre alemanes e italianos– una "profunda diferencia en la esencia" (p. 7). Respecto de la diferencia, también *Guzmán D.*, en Zaffaroni (2017), p.

Esto conduce a la **institucionalización del Estado nacionalsocialista**,[122] pues 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,[123] 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 especie".[124] 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, ni aceptamos".[125] Zaffaroni observa, al respecto, que esa discriminación no se dirige contra Latinoamérica, sino contra Italia.[126] 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

89 ("visión sustancialista" [nacionalsocialismo] versus "supraindividual"); respecto de la diferencia relativa a la sustitución del "Estado" por "pueblo", también *Grispigni* (1941a), en Zaffaroni (2009a), p. 70, con nota 12; *Rückert*, ZRG-GA 103 (1986), 206; ídem, JZ 2015, 797 (un Estado menos "popular").

122 *Zaffaroni* (2017), p. 85 ss. (3.° cap.).

123 *Göring* (1935).

124 *Göring* (1935), p. 6 ("El Führer creó nuestro Estado para el pueblo... Por ello, nuestro Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para el fin"); al respecto, *Zaffaroni* (2017), p. 85 s. Asimismo, *Preußischer Justizminister* (1933), p. 4.

125 *Göring* (1935), p. 13 ("Y por ello los de la misma sangre y especie tienen su derecho y lo entienden. Tal vez en los Mares del Sur no encuentren personas que comprendan el derecho nórdico-germánico. Lo que allí es entendido por todos como concepto jurídico y que vale como derecho eterno, nosotros no lo comprendemos y no lo aceptamos").

126 *Zaffaroni* (2017), p. 86, 96.

fascismo italiano sirvió de modelo al nacionalsocialismo en muchos aspectos.[127]

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.[128] 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; los "compatriotas del pueblo" (Larenz, al respecto enseguida), étnicamente homogeneizados, habrían convivido en perfecta armonía y habrían aceptado la pretensión de liderazgo nacionalsocialista sin más ni más.[129] En el contexto del análisis que le dedica a la comunidad del pue-

127 Hitler era admirador de Mussolini (al respecto, *Nolte* (1963), p. 32 s., 50, 55, 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, ídem, p. 500; respecto de las semejanzas, pero también de las diferencias, entre el nacionalsocialismo y el fascismo italiano, ídem, p. 343 s.); sobre la punibilidad del "saludo romano", en comparación con el § 86a, StGB, recientemente *Caroli*, JJZ 19 (2019), p. 48 ss. Por lo demás, *Dahm/Schaffstein* citan el fascismo italiano –pese a que en otro lugar ponen de relieve las diferencias, *supra* nota 121– como ejemplo de la "concepción de un Estado nacionalista y total" (*infra* cap. V 2., con nota 535 y texto principal). En este sentido, también *Grispigni* (1941a), en Zaffaroni (2009a), p. 70, con nota 12 ("doctrinas... completamente análogas").

128 Ver, p. ej., *Zaffaroni* (2017), p. 128 ("no era más que un proyecto político para imponer..."), 293 ("programa político por realizar o en vías de realización...").

129 *Zaffaroni* (2017), p. 127 s. ("si la sociedad estaba tan integrada éticamente como se pretendía, no se explica por qué fueron necesarias leyes penales tan draconianas y extremas y un ejercicio de poder punitivo tan fuertemente verticalizador").

blo, Zaffaroni hace referencia en varios lugares –muy sorprendentemente– a la inherente "concepción sistemática de la sociedad",[130] pero antes bien, tal como queda claro a lo largo de la investigación, la entiende orgánicamente como "sociedad hormiguero", en el sentido de la obra del padre dominico Johannes Nider[131] y no precisamente en el sentido de la teoría sociológica del sistema. Así dice Zaffaroni –finalmente– de manera explícita: "La comunidad del pueblo era un concepto sistémico, pero no una simple sociología sistémica, de la cual se la debe distinguir cuidadosamente".[132] En última instancia, por tanto, Zaffaroni utiliza aquí "sistémico" en el sentido de una "concepción orgánica de la sociedad",[133] pero no se puede soslayar que el nacionalsocialismo consideraba al pueblo y a la comunidad del pueblo como concepto contrapuesto al de la sociedad, precisamente caracterizado por ser sistémico.[134] El concepto de pueblo era "tan constitutivo para el Estado como aniquilante para el individuo".[135]

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".[136] Al respecto, Zaffaroni remite con acierto a la creación de Karl

130 *Zaffaroni* (2017), p. 72, 78, 80 s., 214 s., 217, 290, 302.

131 *Nider* (1473); al respecto, *Zaffaroni* (2017), p. 37 ss.

132 *Zaffaroni* (2017), p. 290 ("La *comunidad del pueblo* era un concepto sistémico, pero no una simple sociología sistémica, de la cual se la debe distinguir cuidadosamente" [destacado del original]).

133 *Zaffaroni* (2017), p. 291.

134 Cf. *Freisler*, DJZ 97 (1935), p. 1247, 1248 (concepto orgánico del pueblo); ver, secundariamente, *Rüping* (1989), p. 180; *Murmann* (2005), p. 129 ss.

135 *Murmann* (2005), p. 130 ("für den Staat ebenso konstitutiv wie er für den Einzelnen vernichtend").

136 *Zaffaroni* (2017), p. 97 ss. Sobre la "de-juridificación" como una de las estrategias nacionalsocialistas, véase también recientemente *Gusy*, ZDRW 1 (2019), 8.

Larenz –en un abandono consciente del "individualismo ético-subjetivo del derecho natural tardío"[137] y con un giro hacia el "derecho como forma de vida de la comunidad del pueblo"[138]– 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.[139] Ciertamente, de

137 *Larenz*, en Dahm *et al.* (1935), p. 225, 228. Respecto de la lucha contra el derecho subjetivo, con recurso al derecho germánico (supuestamente orientado a lo social-comunal) (por oposición al derecho romano, de supuesta orientación individualista), *Klippel*, en Rückert/Willoweit (1995), p. 39 ss. (49 ss.); *Luig*, en Rückert/Willoweit (1995), p. 95 ss. Respecto del recurso al derecho penal germánico para fundar la idea de comunidad, *Dahm* (1935a), p. 6.

138 *Larenz*, en Dahm *et al.* (1935), p. 238 s. Aquí se aclara la importancia, elaborada en otro lugar, del "pensamiento jurídico del pueblo" y del pensamiento en "conceptos básicos concretos-generales" –que se apoya en el "pensamiento del orden" de Schmitt (*infra*, nota 339)– (kaB), cf. *Larenz* (1933), p. 9, 43 ss., 52. Su función consistía, nuclearmente, en la formación nacionalsocialista de la realidad social orientada a la comunidad del pueblo, definida de manera racista, en la "renovación popular del derecho" mediante el cambio conceptual; al respecto, *Rüthers* (1989), p. 58 s., 76 ss., 95 ss. con otras referencias bibliográficas; respecto del "derecho como derecho de vida" y del pensamiento concreto del ordenamiento desde una perspectiva jurídico-histórica, *Rückert*, en Rückert/Willoweit (1995), p. 177 ss. (con la conclusión de que el derecho nacionalsocialista habría dejado "el marco liberal de Estado de derecho de la antigua teoría de las fuentes de derecho" y habría propagado abiertamente "la incidencia permanente de la vida en el respectivo ordenamiento concreto", p. 234 s.); también *Rückert*, en ídem (2018a), p. 274 ss. (sobre Schmitt y Larenz).

139 *Larenz* (1935), p. 241 ("miembro jurídico es solo quien es compatriota del pueblo; compatriota del pueblo es quien es de sangre alemana" ["Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist"]). Con esto, debería ser reemplazado el § 1 BGB (Código Civil), que reconocía la capacidad jurídica de "toda persona" (íd.). Los extranjeros que se hallaban fuera de la comunidad del pueblo solo gozaban, según ello, de "capacidad jurídica limitada" en virtud de la concesión de la comunidad del pueblo y eran "respetados como huéspedes" (p. 241 s.). De ahí

ello debía seguirse que solo los "compatriotas del pueblo" podían tener los plenos deberes frente a la comunidad del pueblo y al *Führer* (lider) –en última instancia no tenían derechos, sino únicamente deberes–.[140]

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[141] –incluso si eran personalidades líderes nacionalsocialistas[142]– y, por supuesto, solo en perjuicio de los presuntos delincuentes.[143] Más concretamente, y en línea con los lineamientos formulados por Dahm *et al.*,[144] el juez, como "miembro de la comunidad vital del pueblo alemán" ("Glied in der lebendigen Gemeinschaft des deutschen Volkes") tiene que "preservar el orden concreto de la comunidad del pueblo, erradicar los parásitos y castigar la conducta contraria a la comunidad" ("die konkrete völkische Gemeinschaftsordnung zu wahren, Schädlinge auszumerzen, gemeinschaftswidriges Verhalten zu ahnden"). Y esto ha de ser realizado a partir de la "concepción del mundo ("Weltanschauung") nacionalsocialista", tal como ha sido expresada en el programa del partido (lo que en sí mismo era una fuente del derecho"[145] y las declaraciones del Führer, cuyas decisiones nunca pueden ser cuestionadas ("kein Prüfungsrecht").[146] Las normas que preceden a la "revolución nacionalsocialista" "no deben ser aplicadas" si "se oponen al sano sentir del pueblo de la actualidad".[147] Irónicamente, estos lineamientos finalizan con un llamado a la "independencia" judicial y su libertad respecto de instrucciones ("nicht an Weisungen gebunden"),[148] lo que ignora de forma notoria las múltiples interferencias del régimen

quedaba solo un pequeño paso para la supresión de derechos de los judíos, entre otros conciudadanos vistos como no-arios, más detalladamente *Rüthers* (1989), p. 88 ss. (p. 91: "instrumento para privar de derechos cívicos"); en mayor detalle sobre la carrera de Larenz y su teoría penal, *Schild*, en Asholt *et al.* (2014), p. 122 ss. (a pesar de que Larenz era miembro de varias asociaciones del nacionalsocialismo, no era un "jurista de la corona" del Tercer Reich, dado que era "ampliamente ineficaz", 126, 128 ss. (relación compleja con la filosofía de Hegel), 142 ss. (la teoría penal de Larenz está orientada hacia 'la forma de vida de los compatriotas del pueblo", como "miembros de la misma raza", y entiende al delito como "contrariedad a la comunidad jurídica", que da lugar a la exclusión de la comunidad del infractor y la pérdida de su honor; "a partir del... estilo de vida del pueblo, entendido en términos de raza y destino, en el cual aquellos que eran extraños a la raza carecen de estatus jurídico y, de hecho, no pueden tener ningún estatus jurídico", 153).

140 *Zaffaroni* (2017), p. 101.

141 Cf., p. ej., *Siegert* (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"; en el mismo sentido, *Gürtner* (1936), p. 11 s. (que los jueces "rellenen las lagunas" recurriendo a "las exigencias de la vida del pueblo" y al principio del Führer). Respecto de Hitler como "dueño de la jurisdicción" ("Gerichtsherr") y respecto de la consecuente orientación judicial hacia la voluntad del Führer ("enfeudación" ["Belehnung"]) y de su ejecución incondicional, *Werle* (1989), p. 19 ss., 151, 270 ss., 577 s., 602, 682, 690 s., 692 ss., 715; ver también *Rüping* (1989), p. 182; *Maus* (1989), p. 88 ss.; *Hartl* (2000), p. 53 ss., 262 ss.; *Rückert*, JZ 2015, 804; *Zaffaroni* (2017), p. 101 ss.; *Arnedo*, en Zaffaroni (2017), p. 63 ss.

142 Cf. *Vormbaum* (2015), p. 205 ss.

143 Cf., p. ej., *Dahm*, DStR 80 (1934), p. 88, en donde presenta reparos en contra de la "ampliación de la discrecionalidad judicial" con relación a las causas de exclusión del ilícito y de la culpabilidad, porque la discrecionalidad "tiene efectos unilaterales a favor del delincuente...".

144 Dahm *et al.*, DRWis 1 (1936), 123-4; al respecto *Rüping* (1989), p. 182.

145 Por tanto, el programa del partido figura como el texto jurídico principal, incluso por encima de la Constitución de Weimar, en la colección fundamental de textos jurídicos llamada "Schönfelder" y publicada por C.H. Beck; cf. *Rückert*, JZ 2015, 801.

146 El juez está sometido por toda decisión del Führer que haya sido emitida de modo "undubitable" con miras a "establecer el derecho" (Dahm *et al.*, DRWis 1 (1936), 124)

147 Ídem.

148 Ídem.

en la administración de justicia[149] y sus directivas detalladas, por ejemplo a partir de las tristemente célebres "cartas de los jueces", publicadas por el Ministro de Justicia del *Reich* a partir de 1942.[150] En todo caso, los jueces tenían amplias facultades para (re)interpretar el derecho o incluso para moldearlo según la concepción del mundo nacionalsocialista[151] –de hecho, sirvió como pauta de interpretación para todos los actores judiciales ("Rechtswahrer")[152]– y muchos jueces se tomaron en serio su nuevo rol activo y contribuyeron a la implementación del proyecto nacionalsocialista.[153] En ese

149 Desde una perspectiva interna, véase *Hartung* (1971), p. 107 ss. (quien recuerda, *inter alia*, el ataque directo de Hitler a la independencia judicial en su infame discurso del 26 de abril de 1942 en el "Großdeutscher Reichstag".

150 Véase *Maus* (1989), p. 90; *Kroeschell* (1992), p. 113-4; *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 105.

151 Cf. el trabajo fundamental de Rüthers sobre la "interpretación sin límites" (1968/2017, p. 175-6; además ídem, 2017, p. 47, 54), en el que instauró el concepto de "re-interpretación (subjetiva)" ["(subjektive) Einlegung"] con el fin de caracterizar las amplias facultades interpretativas del juez en miras a implementar la concepción del mundo nazi. Coincidente *Stolleis* (2016), p. 11.

152 Cf. las reglas 20, 21 y 23 del proyecto de 1942 de un "código del pueblo" ("Volksgesetzbuch"), propuesto como borrador por la Academia de Derecho Alemán, en las que se interpelaba a jueces, notarios y abogados a seguir siempre la "concepción del mundo nacionalsocialista"; citado en *Rückert*, en: Lück/Holand (2011), p. 122-3.

153 Cf., por ej., *Falk* (2017), p. 4-5 (el poder judicial no solo no se opuso a los nazis, sino que "en varias ocasiones realizó su propia contribución, de un modo sumiso, al establecimiento y a la continuidad del *Unrechtsstaat*"; la resistencia del movimiento laboral "fue eliminada casi por completo con una ayuda significativa del poder judicial"; los jueces cumplieron las expectativas de los nazis "al discriminar contra la población judía y perseguirlos, así como... a otras minorías"; el poder judicial fue un "elemento esencial" del Estado nacionalsocialista hasta su final); de modo similar, con la mirada puesta en la actitud tradicionalmente conservadora y anti-republicana del poder judicial *Braun/Falk*, en: Form *et al.* (2015), p. 21 ss. Para una perspectiva más positiva, *Graver*, GLJ 19 (2018), p. 845 ss. (según quien primero fue concedida la independencia de la justicia [p. 853], lo cual se vincula con la tradición alemana [que Graver explica con las teorías de la "dependencia del camino" y del "hábito"] [p. 871 ss.]; si bien no existía una resistencia organizada ["*resistance*"], sí había "oposiciones" y "desacuerdos" aislados [p. 864, ej. en p. 853 ss.]). Del mismo modo, *Hoefer*, JCL&Crim 35 (1945), p. 392 s., también veía en los primeros años de la dominación nacionalsocialista, todavía, "*a certain degree of independence*" que los nazis, no obstante, querían quebrar incondicionalmente; más críticamente *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 101 ss.; *Stolleis* (2016), p. 23-4.

sentido, es correcto el famoso, aunque un tanto exagerado, *dictum* del juicio de Núremberg a los juristas –"[l]a daga del asesino estaba oculta detrás de la toga del jurista"[154] – y el poder judicial no puede, en contra de lo señalado por Eberhard Schmidt,[155] ser completamente exonerado por medio de una atribución plena de responsabilidad a la legislatura. También es cierto, no obstante, que es necesario seguir investigando el tema.[156] Tal como veremos *infra* (cap. V, 3.), el importante rol de los jueces de realizar el proyecto nacionalsocialista fue precisamente reconocido y fundado por la escuela de Kiel.[157]

154 *U.S.* v. *Altstoetter* et al. ("The Justice Case"), en TWC III (2951), p. 985 ("[T]he dagger of the assassin was concealed beneath the robe of the jurist").

155 *Schmidt* (1947a), p. 231 ("no fue el poder judicial quien abandonó la bandera del derecho, sino solamente el legislador" ["nicht die Justiz, sondern ganz alleine der Gesetzgeber hatte die Fahne des Rechts verlassen"]).

156 Por ejemplo, el rol del *Reichsgericht* todavía está controvertido: mientras que *Schmidt-Leichner*, DStR 9 (1942), 14-5 muestra cómo la jurisprudencia, lo que incluye la del RG, contribuyó a la imposición del concepto de justicia material del nacionalsocialismo, *Hartung* (1971), p. 106 ss. y *Zimmer*, en: HRG IV (1990), 578-9 ofrecen una perspectiva positiva, aunque breve, p. 579).

157 Junto a los "kieleses", los "marburgueses" Schwinge y Zimmerl también subrayaron el rol de servidor de los jueces, cf. *infra* cap. IV.2., con notas 344, 373 y texto principal. Además, cabe mencionar dos textos de *Henkel* (1934a y 1934b), en donde subraya la "sujeción judicial a los principios rectores del Estado popular del Führer" (1934b, p. 21) y ve como función del juez "darle en lo posible a la ley vigente una interpretación acorde a la ideología jurídica actual" (íd., p. 28), con lo cual debería "expresar, al ejercer su discrecionalidad, los principios rectores del Estado del Führer" (íd., p. 31). Al respecto, también *Werle* (1989), p. 147 ss.; *Jeßberger*, en: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), p. 240 ss. – Respecto del **involucramiento de Henkel en el nacionalsocialismo**, críticamente, *Wolf*, JuS 1996, p. 189; más detallada y diferenciadamente, *Jeßberger*, Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), p. 236 s., 251 ss (quien distingue entre el "Henkel temprano" – "profundamen-

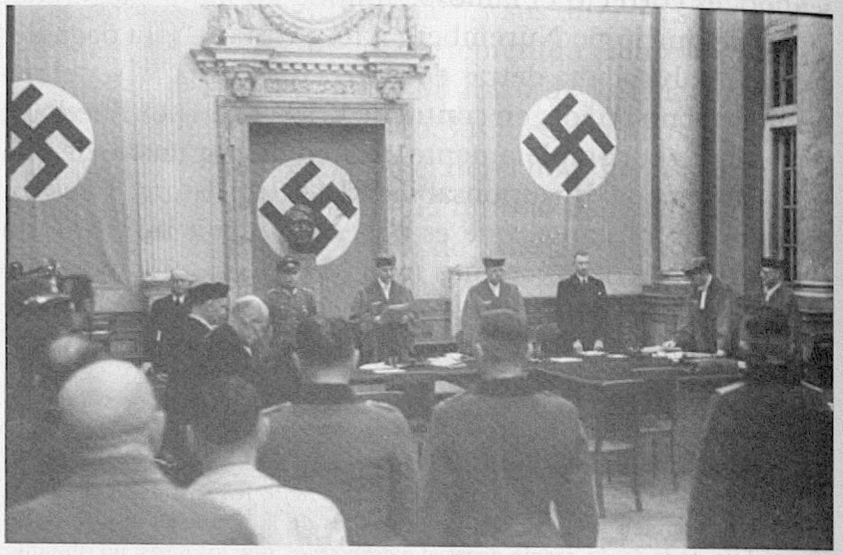


Imagen 9.1: Juicio del 20 de julio de 1944; de izquierda a derecha: Hermann Reinicke (general, juez asistente), Roland Freisler (juez principal) y Heinrich Lautz (fiscal).



Imagen 9.2: Juicio del 20 de julio de 1944; de izquierda a derecha: Hermann Reinicke (general, juez asistente), Roland Freisler (juez principal) y Heinrich Lautz (fiscal).



Imagen 9.3: Juicio del 20 de julio de 1944, Berthold von Stauffenberg, segundo desde la derecha.

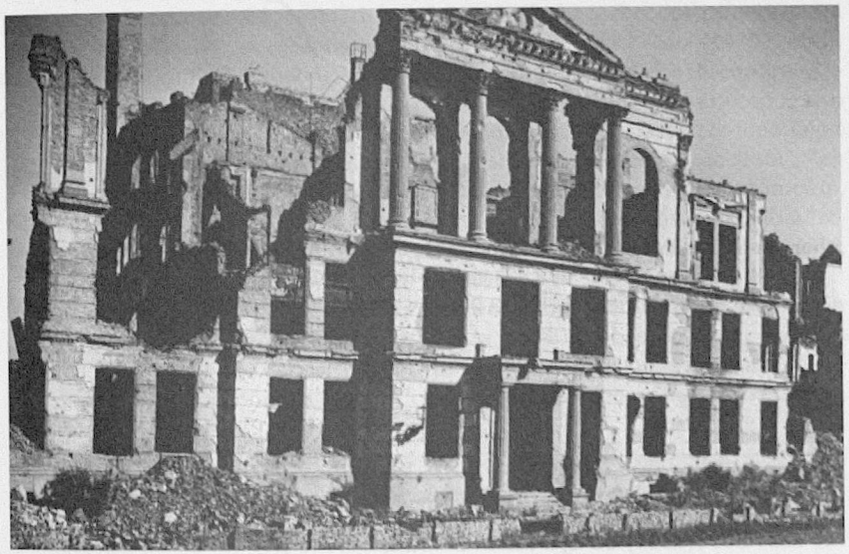


Imagen 9.4: Ruinas del Volksgerichtshof (Tribunal de Justicia del Pueblo), Berlín, 1951.

Der Oberreichsanwalt
beim Volksgerichtshof
O J 44/44

Berlin W.9, den 8. März 1945
Bellevuestraße 15
(2) Postleitstelle Potsdam

An

Herrn Rechtsanwalt Dr. Thilo von B o e h m e r
in Berlin-Nikolassee
Prinz Leopold Str. 4

Der ehemalige Oberstleutnant Hasso von B o e h m e r ist wegen Hoch- und Landesverrats vom Volksgerichtshof des Großdeutschen Reiches zum Tode verurteilt worden.

Das Urteil ist am 5. März 1945 vollstreckt worden.

Die Veröffentlichung einer Todesanzeige ist unzulässig.

Imagen 10: Notificación de una ejecución, por parte del Fiscal ante el Volksgerichtshof, respecto de Hasso von Boehmer; la ejecución fue llevada a cabo el 5 de marzo de 1945; se prohibió la publicación de un obituario.

Por último, como precursores constitucionalistas del **Estado del Führer** ("Führerstaat"), Zaffaroni ve, sobre todo, a los principales representantes de la "nueva derecha" de los publicistas alemanes del momento,[158] esto es, a Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff y Carl Schmitt.[159] A Schmitt lo acusa[160] entre otras cosas –además de antisemitismo[161]– de sustituir el principio *nulla poena sine lege* por un *nullum crimen sine poena*[162], pero sin embargo lo importante para Schmitt iba mucho más allá, a saber, sustituir el concepto liberal de Estado de derecho por uno nacionalsocialista-material, es decir, definir –más precisamente: pervertir– de manera nacionalsocialista el concepto de Estado de derecho, en lugar

te involucrado en el 'proyecto' de renovación nacionalsocialista del derecho", "partidario radical" [*Diestelkamp*] y catalogado como "simpatizante" ("Mitläufer") – y el "Henkel de Hamburgo", quien entre otras cosas abogó por la extensión de los plazos de prescripción con vistas a los crímenes del nacionalsocialismo). Respecto del "Henkel tardío" también resulta interesante que en su seminario se debatía mucho sobre los crímenes del nacionalsocialismo (cf. *Duve*, Ein Gesprāch mit Claus Roxin (15/5/2006), <www.forhistiur.de/2006-05-duve/>, n.° m. 6) y que sus dos discípulos, Roxin (GA 1963, 193) y Jäger (1967) realizaron aportes esenciales –con apoyo de Henkel– para superar el derecho penal nacionalsocialista. Si bien Jäger confirmó la "proximidad de Henkel a la ideología nacionalsocialista", "en retrospectiva" no lo creía capaz de nada "realmente malo"; ciertamente, ante su proyecto de habilitación referido al nacionalsocialismo le había "recomendado ser muy prudente", pero luego le brindó "mucho apoyo" (*Jäger*, en Horstmann/Litzinger, 2006, p. 47, 49).

158 Al respecto y sobre las diferentes (cuatro) ramas dentro de la asociación de publicistas, *Stolleis* (2016), p. 130 ss. (133); sobre Schmitt, *Cattaneo* (2001), p. 181 ss. *Priemel* (2016), p. 260 ss. ofrece un panorama informativo de estos teóricos y de la "ciencia jurídica geográfica"; al respecto, *Ambos*, ZIS 2018, 39 ss.

159 *Zaffaroni* (2017), p. 87 s.

160 *Zaffaroni* (2017), p. 92.

161 *Zaffaroni* (2017), p. 66 ss.

162 *Schmitt*, JW 63 (1934), p. 713; también ídem, DJZ 39 (1934), columna 691 (693). Al respecto, también *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 323, 337 s.; *Cattaneo* (2001), p. 206 ss.; *Vormbaum* (2015), p. 180 con nota 198.

de limitar el nacionalsocialismo a través del Estado de derecho liberal.[163] Schmitt propagaba el Estado y la cultura del Führer junto con el *principio del Führer*.[164] La contradicción

[163] *Schmitt*, JW 63 (1934), p. 715 s. ("Entonces, no definimos al nacionalsocialismo a partir de un concepto de Estado de derecho que le precede, sino, al revés, definimos al Estado de derecho a partir del nacionalsocialismo" ["Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgehenden Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her", p. 716]). Luego, el abandono del principio de igualdad es la consecuencia de la sustitución de un concepto de ley formal o positivista –así denominado por Schmitt– por uno material, *i.e.* nacionalsocialista, del cual se sigue, entre otras cosas: interpretación de todos los conceptos jurídicos y cláusulas generales indeterminados "incondicionalmente y sin reparos en sentido nacionalsocialista" (p. 717); sobre la respectiva reinterpretación o perversión de los conceptos jurídicos, véase *Rückert*, JZ 2015, 802; ídem, ZDRW 2019, 31, 35-6 ("reorientación de los conceptos jurídicos" ["Umdenken der Rechtsbegriffe"]). Por lo demás, Schmitt señala que ningún Estado "se halla en la misma medida que el vigoroso Estado nacionalsocialista en condiciones de garantizar verdaderamente la seguridad jurídica y la previsibilidad", pero no debería esperarse del Estado nacionalsocialista "que se someta a los 'cálculos y expectativas' de sus opositores" (*Schmitt*, DJZ 39 (1934), columna 695). La similitud entre la posición de Schmitt y las actuales concepciones autoritarias y dictatoriales del Estado de derecho es sorprendente, ver, p. ej., el concepto de "*rule of law*" que propaga y hace cumplir el partido comunista chino, según fue presentado por el "líder" Xi Jinping en el 19.° Congreso del Partido, el 18/10/2017 (traducción oficial al inglés de la Xinhua New Agency, hallable en http://www.xinhuanet.com/english/special/2017-11/03/c_136725942.htm) y según se encuentra en el estatuto del partido y en una reciente resolución del Comité Central (traducido al inglés por la estatal "Central Compilation and Translation Bureau", hallables respectivamente en http://book.theorychina.org/upload/2017-19D-EN-2/ y http://book.theorychina.org/upload/ae0b0b63-7c4a-4f50-b978-3ddceafabb89/); todas verificadas por última vez el 22/10/2018.

[164] *Schmitt*, DJZ 39 (1934), columna 934; también ídem, DJZ 39 (1934), columna 695 ("voluntad del Führer" como fundamento jurídico); más dramático, *Freisler*, DJ 98 (1936), p. 155 (el Führer "como órgano voluntario central", las "leyes del Führer" como "expresiones de esa voluntad y, en cuanto tales, los modos más sagrados, medios para transmitir las formas del mandato del Führer..." ["Äußerungen dieses seines Willens und als solche heiligste Arten, Formenübertragungsmittel des Führerbefehls"]), así como ídem, DJ 96 (1934), p. 850 (justificación exaltada del Golpe de Röhm). Respecto del

advertida con razón por Zaffaroni entre el debilitado sentir jurídico del pueblo, de lo cual se quejaban los ideólogos nacionalsocialistas, y su función legitimadora del Estado nacionalsocialista y del Führer[165] se resolvía, según el punto de vista nacionalsocialista, a través de la unión interna y estrecha entre el Führer y el pueblo, que convertía al Führer en mediador de la voluntad del pueblo.[166]

2. CONCEPTO MATERIAL DE JUSTICIA E ILÍCITO, ETICIZACIÓN DEL DERECHO PENAL "TOTAL" E INFORMALIZACIÓN

Comunidad del pueblo entendida en sentido racista y sanguíneo, así como Estado del Führer y principio del Führer eran también las líneas rectoras de la **ciencia del derecho penal "político"** ya mencionadas anteriormente. Así fueron propagadas también por nazis penalistas[167] como Hans Frank, (el ya mencionado) Roland Freisler y Karl Siegert[168]

Führer, el liderazgo del Führer y el principio del Führer, desde una perspectiva jurídico-histórica, *Kroeschell*, en: Rückert/Willoweit (1995), p. 55 ss.; resumidamente, *Hartl* (2000), p. 45 s.

[165] *Zaffaroni* (2017), p. 97.

[166] Cf. *Marxen* (1975), p. 65, 213, 253; respecto del rol mediador del "Führer", también *Rüping* (1989), p. 181 s. (la voluntad popular "se manifiesta continuada en la voluntad del Führer", cuya "dimensión histórica le garantiza encontrar siempre e infaliblemente la voluntad 'real' del pueblo"; *Werle* (1989), p. 146 s., 691; *Murmann* (2005), p. 134.

[167] "Nazijuristas" o "nazis juristas" (no solo "juristas nacionalsocialistas") en el sentido de *Batista*, en Zaffaroni (2017), p. 103 (ya *supra* cap. I 2., con nota 69).

[168] Siegert se había hecho un nombre, especialmente con la "arianización" de la Facultad de Gotinga; al respecto, *Schumann*, en: Schumann (2008), p. 89 s., 96 s. (a modo de ejemplo sobre su rol en la destitución del economista nacional Richard Passow), p. 100 ss. (respecto de sus "propuestas para desmontar el cuerpo docente" de la Facultad de Gotinga), p. 103 ss. (respecto del "grupo terrorista" Schürmann-Rath-Siegert, también ya en p. 95).

–este último era sucesor de Richard Honig[169] (judío), quien fue apartado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Estatales de Gotinga–.[170] En su discurso inaugural del 11.° Congreso Internacional de Derecho Penal y Cárceles de 1935[171], Franz Gürtner, Ministro de Justicia del Reich, se declaró a favor de suplantar la legalidad formal por un **concepto sustantivo o material de justicia e ilícito**, cuyo contenido les incumbía completar a los jueces con ayuda de las "exigencias de la vida del pueblo" y del "principio del Führer".[172] Unos años después, un funcionario líder en el Ministerio escribió sobre la "consagración" del concepto material de justicia, a partir de las últimas palabras del Führer en el juicio por traición de Múnich de 1924, que aludía a una justicia eterna y divina[173] y contrastaba con un concepto formal de justicia, representado por el principio *nulla poena*.[174] Freisler también propagaba un concepto material de derecho y de ilícito, libre de condicionamientos formales, "arraigado" en el "ordenamiento moral del pueblo",[175] es decir, que recibía su contenido del "sano sentir del pueblo" –reconocido "como fuente de derecho"[176]–.[177]

Según este concepto del derecho, ya no existe la separación de moral y derecho[178] y –además de otras consecuencias para la "técnica del tipo penal" ("Tatbestandstechnik")[179]– se permite la **analogía**.[180] Se debe señalar, no obstante, que la

169 Al principio, el 25/4/1933 a Honig se le dio licencia (ante lo cual el 1/11/1933 Siegert tomó su cátedra) y luego, el 31/12/1933, fue declarado cesante (de acuerdo con el § 3, ap. 1 de la "Ley para la Recomposición del Funcionariado de Carrera" del 7/4/1933, RGBl 1933 I, p. 175). Honig se exilió, primero en la Universidad de Estambul (1933-1939) y luego en los Estados Unidos, en donde escribió, entre otros, un aporte fundamental para el derecho penal estadounidense –en un compilado editado, entre otros, por Mezger (!)– (en: Mezger/Schönke/Jescheck (1962), IV, p. 7). Después de 1945 se rehusó a regresar a su antigua cátedra de Gotinga, pero a partir de 1954 dio clases como catedrático invitado. Hoy su retrato lo recuerda en la sección de derecho penal de la biblioteca de derecho de la Facultad de Gotinga. Más detalladamente, *Schumann*, en: ídem (2008), p. 65, 89, 108, 110 s.

170 *Zaffaroni* (2017), p. 93 ss. Respecto de la crítica del movimiento del derecho penal antiliberal contra la concepción liberal del Estado, más detalladamente *Marxen* (1975), p. 56 ss. con más referencias bibliográficas.

171 *Gürtner* (1936), p. 4 ss.

172 *Gürtner* (1936), p. 9 ss. Cf. también *Frank* (1935), p. 13, 16 (axiomas 9, 11, 26) (orientación hacia la idea de "justicia material").

173 De acuerdo con *Schmidt-Leichner*, DstR 9 (1942), 2, Hitler señaló, entre otras cosas que:
"No son ustedes, señores, los que nos juzgarán, sino que ese juicio será efectuado por el tribunal eterno de la historia... pero ese tribunal no nos preguntará: ¿ustedes cometieron alta traición o no?... Ustedes podrán declararnos culpables mil veces, la diosa del tribunal eterno de la historia destruirá la sentencia del tribunal riéndose; porque ella nos absolverá" ("Nicht Sie, meine Herren, sprechen das Urteil über uns, das Urteil spricht das ewige Gericht der Geschichte...Aber jenes Gericht wird uns nicht fragen: Habt Ihr Hochverrat getrieben oder nicht?...Mögen Sie uns tausendmal schuldig sprechen, die Göttin des ewigen Gerichts der Geschichte wird lächelnd...das Urteil des Gerichts zerreißen; denn sie spricht uns frei.").

174 *Schmidt-Leichner*, DstR 9 (1942), 2 ss.

175 *Freisler*, Willensstrafrecht (1935), p. 32.

176 Cf. ya *supra* cap. II.1. con nota 117.

177 *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251.

178 *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1250.

179 *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251 ("tipos penales normativos, cláusulas generales, admisión de la analogía, reconocimiento del sano sentir del pueblo como fuente de derecho y admisión del reconocimiento directo de este derecho..."). Detalladamente sobre los conceptos indeterminados en la legislación nacionalsocialista, *Werle* (1989), p. 716 ss.

180 Más detalladamente *Freisler*, en Frank (1934), p. 10 ss. (punición de toda "conducta nociva para el pueblo", mediante la permisión de la "analogía jurídica" ["*Rechtsanalogie*"], es decir, "decidir según el espíritu correctamente entendido del derecho penal nacionalsocialista"); brevemente, *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251; en sentido similar, *Preußischer Justizminister* (1933), p. 127 (punibilidad también cuando la "acción es moralmente reprochable según la sana ideología del pueblo y es exigida por la idea jurídica en la que se basa una determinada ley penal"); *Luetgebrune*, en Frank (1934), p. 42 ss. (también es ley penal aplicable la "máxima jurídico-penal nacida de la ideología del pueblo alemán nacionalsocialista y hallada [por los jueces] a través de la equiparación legal y jurídica" [p. 43]. Respecto de la **derogación de la prohibición de la analogía** (en cuanto una de las "exigencias esenciales del programa

versión de 1935 del respectivo § 2, RStGB, todavía tenía una referencia a la ley[181] y, por tanto, constituía más un *relajamiento* que una abolición completa de la prohibición de analogía. En ese sentido, la posición más radical, representada por Freisler y otras voces del núcleo duro nazi, que se centraban solo en el "santo sentir del pueblo"[182], tuvo que ceder ante un pensamiento más moderado, según el cual una referencia a la ley era indispensable, dado que "la ley forma parte del jurista profesional, del mismo modo que el arma forma parte del soldado".[183] En todo caso, precisamente este relajamiento de la prohibición de analogía sirve como un buen ejemplo de la *continuidad orientada hacia el futuro* en el derecho penal existente, ya sea en forma de autorizaciones para realizar analogías (véase, por ej., § 315b(1)(3), StGB, que requiere "una intervención similar de igual peligrosidad") o los llamados "ejemplos-regla" (que incluyen, más allá de los "casos especialmente graves" no mencionados del § 243, StGB, casos que se encuentran completamente indeterminados, por ej., el § 212(2), StGB).[184] Con independencia de estas consideraciones doctrinarias un tanto sofisticadas, es necesario también recordar que inmediatamente después de la reintroducción de la prohibición de analogía por parte de los Aliados, los autores alemanes intentaron encontrar sustitutos, abogando a favor de un castigo sobre la base de costumbre[185] o de conformidad con una interpretación amplia, "generosa".[186]

Respecto nuevamente del concepto material de justicia, en última instancia la justicia es equiparada a la voluntad del pueblo –"lo justo es lo que sirve al pueblo alemán" ("Gerecht ist, was dem deutschen Volke frommt")[187]–, pero "el contenido de esta ('sana') voluntad del pueblo tiene que satisfacer la idea de derecho nacionalsocialista",[188] que es definido por el liderazgo nazi, y, así, en última instancia queda librado al humor del Führer.[189] Por tanto, la teoría del derecho penal de

nacionalsocialista de reforma penal") a través del § 2 de la Ley de Reforma del Código Penal del 28/6/1935 (RGBl I, 839).

181 El § 2, RStGB, enmendado por la Ley para modificar el Código Penal del 28 de junio de 1935 (RGBl I 839), al cumplir una de las "demandas principales del programa de reforma del derecho penal del nacionalsocialismo", reza: "Será castigado quien cometa un hecho declarado punible por la ley, o que merezca sanción según la *idea fundamental de una ley penal* y según el *sano sentir del pueblo*" ("Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem *Grundgedanken eines Strafgesetzes* und nach *gesundem Volksempfinden* Bestrafung verdient." [énfasis agregado]).
Al respecto, también *Cavaleiro de Ferreira* (1938), p. 76 s.; *Marxen* (1975), p. 192 ss.; *Schreiber*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 160 ss.; Werle (1989), p. 16 s., 141 ss., 715 s. (subraya con acierto que en el Estado nacionalsocialista, con su supresión de la división entre ley y derecho y liderazgo político del derecho, no podría haber habido legalidad); *Hartl* (2000), p. 297 ss.

182 *Supra* nota 180.

183 *Schmidt-Leichner*, DstR 9 (1942), 10-1, 18 ("Das Gesetz gehört so sehr zum Rechtswahrer wie die Waffe zum Soldaten").

184 Cf. *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 365 s.; respecto de los ejemplos-regla, en principio crítico, *Hirsch*, FS Gössel (2002), p. 287 ss. ("construcción jurídica defectuosa" que contradice principios fundamentales, especialmente el de legalidad, que es pasado por alto al "cambiar la etiqueta" ["Umetikettierung"] de elemento típico calificado por la de reglas de medición de la pena [p. 302]; especialmente crítico del uso incrementado durante la época nazi [p. 288, 300]).

185 Cf. *Mayer*, SJZ 2 (1947), 19 ("derecho consuetudinario fundamentador de la pena" ["strafbegründendens Gewohnheitsrecht"], con una referencia, entre otras cosas, al *common law*).

186 *Meister* (1949), p. 31-2.

187 *Freisler*, DJ 98 (1936), p. 1630.

188 *Dahm*, DStR 80 (1934), p. 91 ("solo puede entenderse por 'sana' la ideología jurídica que se corresponda con la idea alemana y nacionalsocialista de derecho").

189 *Radbruch* reformuló la máxima de Freisler en el principio "derecho es lo que le sirve al pueblo" ("Recht ist, was dem Volke nützt") y lo criticó en el "Segundo minuto" de sus "Cinco minutos de filosofía del derecho" (1945), porque así se convierte en derecho "la arbitrariedad, el quebrantamiento contractual, la ilegalidad", "lo que al titular del poder estatal se le antoje de utilidad pública, ... cualquier humor del déspota, pena sin ley y sentencia, asesinato sin ley", es decir, el "Estado de derecho se transforma en Estado criminal". Por tanto, lo correcto sería: "solo lo que es derecho sirve al pue-

Freisler gira en torno de pueblo, Führer y partido (definido en sentido racista y sanguíneo).[190] Para Siegert, el derecho nacionalsocialista se basaba en una combinación entre "espíritu del pueblo y liderazgo" ("Volksgeist und Führung"), pero el ciudadano nacionalsocialista –"compatriota del pueblo", en la terminología de Larenz– siempre tenía que "seguir las leyes del liderazgo" e "interpretarlas según el espíritu del liderazgo y del pueblo".[191] Las "líneas rectoras nacionalsocialistas para un nuevo derecho penal alemán" ("Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht"), presentadas ese mismo año, ponían de relieve la conservación de la comunidad del pueblo, definida según la sangre, como meta principal del derecho penal, razón por la cual este debía ser dominado por la idea de "la comunidad del pueblo, la lealtad, el deber, el honor y la expiación justa".[192]

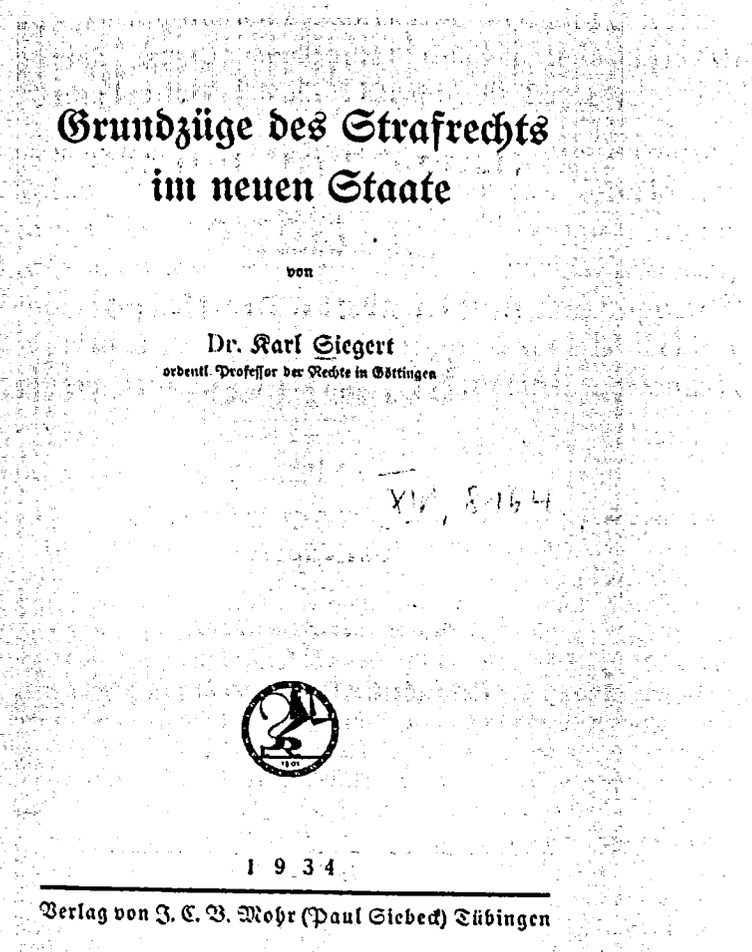
---

blo" ("nur was Recht ist, nützt dem Volke") (en Dreier/Paulson (1999), p. 209). Crítico también *Werle* (1989), p. 697 s. (la –indefinida– 'utilidad popular' remite al Führer..." [con cita de Eb. Schmidt]).

190 Cf. también *Arnedo*, en Zaffaroni (2017), p. 41 (con nota 77), 43.

191 *Siegert* (1934), p. 19. *Zaffaroni* habla aquí con razón de la falta de coherencia y de la confusión progresiva de Siegert (p. 146 s.).

192 *Frank* (1935), p. 11 ("Si se pervierte la sangre, muere el pueblo; si se extingue la lealtad, se desmorona la comunidad" ["Verdirbt das Blut, dann stirbt das Volk; erlischt die Treue, dann zerfällt die Gemeinschaft", en el original en negrita]). Las líneas rectoras siguientes (p. 12 ss.) consisten en (nueve) principios introductorios y (veintiocho) consecuencias, de las cuales cuatro son para le ley penal, trece para los delitos y once para las penas, así como una conclusión final. Esta convierte el "nuevo despertar de la idea de lealtad alemana en el corazón de todos los compatriotas del pueblo y su educación para cumplir el deber" a través del "movimiento nacionalsocialista en cuanto gran fuerza motriz del pueblo" en presupuesto de una protección jurídico-penal eficaz. La segunda parte de las líneas rectoras, 1936, se refiere a la parte especial. Cf. también *Thierack*, en Frank (1934), p. 30 ("honor, lealtad, pureza moral" como "valores éticos" y "bienes supremos del pueblo"; honor como "el bien más noble del pueblo", quebrantamiento del derecho como "conducta deshonrada" que "elimina de la comunidad" al autor, porque su permanencia "no se le puede exigir a los compatriotas honrados del pueblo").



Grundzüge des Strafrechts
im neuen Staate

von

Dr. Karl Siegert
ordentl. Professor der Rechte in Göttingen

1934

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Imagen 11. Principal contribución de Siegert al derecho penal nacionalsocialista "en el nuevo Estado".

Nationalſozialiſtiſche

Leitſätze

für ein neues deutſches

Strafrecht

1. Teil

Herausgegeben

vom

Reichsrechtsamt der NSDAP.

Reichsleiter Dr. Hans Frank

2. Auflage

1935

Imagen 12. Los lineamientos nacionalsocialistas para un nuevo derecho penal, primera parte (parte general) (Frank, 1935); la segunda parte, sobre la parte especial, fue publicada en 1936.

Como se verá abajo (cap. V 4.), todos estos conceptos siguieron siendo desarrollados teóricamente, se interrelacionaron e implicaron un mandato normativo. Un ejemplo sorprendente y paradigmático es la inscripción en los candados de las Waffen-SS (grupo de combate de élite de las SS): "Mi honor se llama lealtad" ("Meine Ehre heißt Treue").

Como consecuencia, el dualismo entre costumbre (moral) y derecho fue rechazado[193] y, en su lugar, se favoreció una **eticización** perfecta del derecho (penal).[194] Por tanto, lo determinante era, en resumen, una fundamentación (material) del derecho, anti-positivista, cargada de eticización popular[195] –esto es, a partir de un entendimiento místico de la nación y la raza alemana y una conceptualización metafísica orientada

193 Cf. solo *Frank* (1935), p. 12 (línea rectora n.° 3): "Para el pensamiento alemán existe armonía entre valoración moral, sentimiento de deber y sentir jurídico".

194 Crítico, ya *Beyer* (1947), p. 49 ("se confunde ética y política con el derecho"); desde una perspectiva actual, *Hartl* (2000), p. 50 ss.; *Vogel* (2004), p. 72 ss.; *Murmann* (2005), p. 136; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 357 s. Empero, cf. también *Marxen* (1975), p. 71 ss. (p. 73), quien considera que el dualismo se conservó "de manera velada", porque valorar la realidad como "sensata" o la ideología del pueblo como "sana" precisaría de un parámetro que necesariamente se hallaría fuera de esa realidad. Al respecto, también con miras a la escuela de Kiel, ver *infra* cap. V.2., con nota 557 ss. Respecto de tendencias eticizantes del derecho actual (como un ejemplo más de la **continuidad** orientada al futuro), críticamente, *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 366 ss. (p. ej., en los elementos del homicidio agravado, referencia moral en el § 228 StGB o cláusula de reprochabilidad ["Verwerflichkeitsklausel"] en el § 240 StGB); respecto del § 240, también críticamente, *Wolf*, JuS 1996, p. 191 s. Su cláusula de la reprochabilidad reemplazó el tristemente célebre "sano sentir del pueblo" de los nazis y el Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 5, 254 (256)) consideró que esto era solo un cambio en la terminología, desde que el juez todavía tiene "que atender al sentir jurídico del pueblo" ("das Rechtsempfinden des Volkes zu achten").

195 Respecto de este nuevo concepto material (antiliberal) del delito y respecto de los antiguos principios, cf. también *Marxen* (1975), p. 172 ss., 182 ss.; *Werle* (1989), p. 145 s.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 354 ss.

al ser y a la vida[196] (que será discutida en mayor detalle en el cap. IV 4., con respecto al rol y a la influencia del neokantianismo)–, sobre la base del sano sentir del pueblo, el cual debía ser transmitido por el Führer.[197] Frente a este trasfondo, no sorprende en absoluto que los abogados nazis se hayan visto atraídos por la cultura jurídica norteamericana (*common law*), más allá de sus implicancias racistas: ofrecía un enfoque igualmente flexible e informal respecto del derecho[198] y, además, el realismo jurídico ofrecía una teoría que se acercaba a la idea nazi de un derecho basado en la realidad de la vida popular ("völkisch"), de la intuición de las esencias concretas ("konkrete Wesensschau"),[199] esto es, una teoría que reemplaza el "derecho formal" por el "derecho vital".[200]

A esto se adhirieron también prestigiosos científicos del derecho penal. Así, en el año 1934, Mezger hizo referencia a la "concepción total del Estado" ("totale Staatsauffassung") y a la "totalidad de la comunidad jurídica" ("Totalität der Rechtsgemeinschaft") –por contraposición a la "concepción liberal" ya superada–, para poder fundar que la reacción jurídico-penal ante el "delincuente psicopático" no podía "ser derivada del individuo y su naturaleza individual", sino que justamente tenía que hallar su "punto de partida" en la mencionada "totalidad de la comunidad jurídica".[201] En tal Estado total, preservar el principio de legalidad se tornaría en una "cuestión de adecuación a fines", y la "relajación moderada" de la prohibición de analogía no encontraría "reparos considerables".[202] La "antijuridicidad material" debía ser entendida como "actuación contra la cosmovisión nacionalsocialista alemana" ("Handeln gegen die deutsche nationalsozialistische Weltanschauung").[203] Hans Welzel, el gran antagonista de Mezger en términos de la superación de la teoría (neo)clásica del delito por parte del pensamiento finalista,[204] también mostraba una simpatía considerable con la renovación eticizante de los nazis respecto del derecho penal y claramente se comprometió con la concepción del mundo nacionalsocialista en varios trabajos, como veremos en mayor detalle más adelante (cap. VII 2.). De manera similar, Erik Wolf consideraba que el "contenido material de la justicia está dado por el nacionalsocialismo", a lo que volveremos en el cap. VI.[205] Ya en 1934, en su texto fundamental sobre la "ciencia del derecho penal político", Friedrich Schaffstein exigía una confesión inequívoca de la ciencia del derecho penal respecto de los valores nacionalsocialistas y del Estado total nacionalsocialista que los ponía en práctica; también volveremos en el cap. V, 1.[206] En una disertación publicada en simultáneo, propagaba –al igual que

196 Cf. *Rückert*, JZ 2015, 801 (el pensamiento nazi como "clásico y metafísico, no crítico-racional-conceptual, sino holístico y basado en la experiencia, en las sensaciones, en la contemplación en lo sustancial" ["klassisch-metaphysisch, nicht kritisch-rational-begrifflich, sondern ganzheitlich-erlebend-erfühlend-anschauend-substantiell"]).

197 Cf. también *Murmann* (2005), p. 133 ss.; respecto del rol de mediador del Führer, ya *supra* en este cap., 1., con nota 98 y texto principal.

198 Cf. *Whitman* (2017), p. 146 ss. (con referencia a la "flexibilidad" del *common law*, su carácter "abierto" y su "pragmatismo", como contrapartida del positivismo jurídico y el formalismo del derecho alemán).

199 Al respecto, cap. IV, sección 5.

200 Cf. *Whitman* (2017), p. 115, 153 ss. (quien considera "prácticamente idéntico" el enfoque de los realistas jurídicos norteamericanos respecto del de los abogados nacionalsocialistas, en tanto ambos se centran en "restaurar el derecho en línea con la 'vida' y las 'realidades sociales'" ["[B]ringing law back in line with 'life' and 'social realities'", p. 155]).

201 *Mezger* (1934), p. 65 s.

202 *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 100 s., con referencia expresa a la recién mencionada propuesta del Ministro de Justicia de Prusia, *supra* nota 180.

203 *Mezger*, ZStW 55 (1936), p. 1, 9.

204 Véase ya *supra* nota 34, *in fine*.

205 *Wolf*, DRWis 4 (1939), p. 177.

206 *Schaffstein* (1934), p. 15 ss., 23 ss. En ese Estado totalitario lo importante solo era la "imposición del 'verdadero' nacionalsocialismo" (p. 23 s.).

Mezger– el "Estado total"[207] y nacionalsocialista-material[208], en el cual "la demanda de seguridad jurídica para el individuo retrocede ante el afán de justicia material"[209] y reina la "unidad recobrada de derecho penal y ordenamiento moral del pueblo" ("wiedergefundene Einheit von Strafrecht und völkischer Sittenordnung") –así, en una publicación del año siguiente–.[210] El concepto material de ilícito así fundado –en el sentido del *nullum crimen sine poena* de Schmitt– tendría por "consecuencia natural y a la vez de máxima importancia práctica" "eliminar la prohibición de analogía".[211]

---

207 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 607, 621 ("... en el Estado total no solo el funcionario, sino en última instancia todos aparecen de alguna manera como fiduciarios y portadores de la función de la totalidad del pueblo"). Respecto de la (discutida) relación entre Estado total y autoritario y la realización de este, *Marxen* (1975), p. 66 s., 139 s., 171 s.; también *Vogel* (2004), p. 73 ("politización o ideologización total del derecho y del derecho penal") p. 623 ("protección del Estado total").

208 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 606 ("concepción orgánica del nacionalsocialismo, que define materialmente el concepto de Estado y lo concibe como forma de vida y diseño jurídico"). Respecto de la "materialización", también *Vogel* (2004), p. 58 ss.

209 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 607; para un concepto de ilícito material de inspiración nacionalsocialista, también *Schaffstein*, DR 4 (1934), p. 349, 350 (la "revolución nacionalsocialista también ha recogido la idea de derecho y se ha esforzado por descubrir su fundamento ideológico y político bajo la superficie de los conceptos jurídicos", razón por la cual ahora habría "un poco de esperanza" en que "finalmente el mal liberal pueda ser extirpado de raíz").

210 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 110.

211 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 607; respecto del relajamiento de la prohibición de la analogía a favor de la sana ideología del pueblo, *Schaffstein*, DR 1934, p. 349, 352; ver también *infra* cap. IV.2., con nota 544 ss. y texto principal. Con todo, *Schaffstein* considera dudoso "que el destinatario de la norma ponga en peligro la seguridad jurídica", pero enseguida lo relativiza cuando agrega que esta última "ya no tiene el mismo peso que antes en el nuevo Estado" (ZStW 54, 1934, p. 608). Por lo demás, pretende sustituir el formalismo liberal por el formalismo nazi, ver *Schaffstein*, DR 4 (1934), p. 349 ss. e *infra* nota cap. IV.3., con nota 561 ss. y texto principal. Al respecto, subraya la diferencia con el Estado fascista (de Italia) *Dahm* (1935b), p. 11 ss. (quien considera que allí existe una tendencia a conservar el principio de legalidad, porque la ley es expresión de la autoridad estatal-fascista y no se reconoce una voluntad extralegal del pueblo, razón por la cual la pena reestablece la autoridad estatal lesionada).

Dicho de otro modo, se trata de superar las **restricciones formales del positivismo**[212] a través de una concepción del derecho natural[213] cargada de racismo populista y orientada a la voluntad del Führer[214] (equiparada a la ley[215]). La "redacción amplia de los tipos penales", preocupante desde el punto de vista liberal y de Estado de derecho, era según Schaffstein "un mal necesario e inevitable" del derecho penal nacionalsocialista;[216] la ley se torna así en mera pauta de interpretación;[217] una "interpretación sin límites", en línea con la concepción del mundo nacionalsocialista, es lo que se requiere,[218] terminar con la "esclavitud de los parágrafos" ("Paragraphen-Skla-

---

212 Respecto del rechazo del nacionalsocialismo al positivismo "por su esencial identidad con el liberalismo", ya *Beyer* (1947), p. 48; respecto de la lucha nacionalsocialista contra el positivismo, también *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 336 s.

213 La orientación iusnaturalista vulgar del nacionalsocialismo hacia la sangre, el pueblo y la raza ya ha sido criticada por *Beyer* (1947), p. 47 ss. (en conclusión: "derecho natural de fuerte tinte político" [p. 51]). Respecto de la lucha nacionalsocialista contra el derecho natural racional de la Ilustración, *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 337.

214 *Schaffstein* (1934), p. 24 ("Sumisión a la voluntad del Führer, corporeizada en la ley"). Respecto de la voluntad del Führer –jurídicamente vinculante– en cuanto punto de partida del derecho nacionalsocialista de lucha contra la delincuencia y en cuanto expresión de la primacía del liderazgo político, *Werle* (1989), p. 681 ss., 690, 715, 720 ("el derecho penal no es más que la 'ejecución de política interna' ['innenpolitische Exekutive']", p. 690, con cita de Naucke]).

215 Respecto de la equiparación a la ley de la (mera) voluntad del Führer y, así, de la sustitución del principio de reserva de ley (formal), *Maunz*, en: Huber (1943), p. 27 ("este sistema necesaria y consecuentemente ha sustituido el antiguo principio de legalidad, desde que la voluntad del Führer ha tomado el lugar de la antigua ley").

216 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 623.

217 *Dahm* (1935b), p. 14; también *Dahm* (1935a), p. 17 (el legislador debería conformarse con "pautas generales").

218 Cf. *Rüthers* (1986/2017), ya citado *supra* nota 151; de acuerdo *Gusy*, ZDRW 1 (2018), 9.

verei").[219] De acuerdo con Larenz, la legislatura debe ser liberada de "constreñimientos normativos" de cualquier clase y solo ha de ser guiada por la "idea de derecho del pueblo" ("völkische Rechtsidee") y por el "espíritu del pueblo" ("Volksgeist").[220] El positivismo da lugar a una "renuncia de la transformación creativa en la vida del derecho", paraliza "el afán del juez por asumir responsabilidad" y, por tanto, agrava la "brecha entre el derecho escrito y la consciencia moral".[221] Por último, Henkel aportó una fundamentación dogmática innovadora de esta informalización y materialización, a través de su teoría de la "zona de riesgo" ("Gefahrenzone") típico[222], que luego fue recogida por el Ministro de Justicia Gürtner.[223]

3. DERECHO PENAL DE LA VOLUNTAD PREVENTIVO-GENERAL Y EXPIATORIO

En lo tocante a los *fines de la pena*, entre los diversos autores nacionalsocialistas sin dudas pueden distinguirse dife-

219 Véase el respectivo escrito nazi de *Heuber* (1937(?)); al respecto *Rückert*, en: *Lück/Holand*, p. 124 ss.

220 *Larenz*, ZKph 1 (1935), 60.

221 *Larenz* (1934), p. 13.

222 *Henkel* (1934a), p. 68 ("una cierta 'zona de riesgo' que yace alrededor de los tipos penales de la ley" en cuanto expresión de una "contemplación del derecho penal orientada a la legalidad de la vida del conjunto del pueblo y del Estado..."). Henkel continuó aferrándose a esto incluso después de la guerra, cf. *Henkel* (1977), p. 439 s. ("zona de riesgo" típica "para poder incluir... de manera amplia la conducta reprobada del delincuente"; su rechazo implicaría una "exigencia utópica" a la seguridad jurídica"). Crítico, *Marxen* (1975), p. 173 s.; *Cattaneo* (2001), p. 215 s., 231 s.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 355; respecto del involucramiento de Henkel en el nacionalsocialismo, ya *supra* cap. II.1., con nota 157.

223 *Gürtner* (1936), p. 11 s. ("Cuando le indicamos al juez que decida no solo según la letra de la ley, sino también según la idea de derecho, marcamos una zona de riesgo alrededor de cada disposición penal... y quien se mueve en esa esfera... correrá el riesgo de ser penado").

rentes posiciones, pero la pena –en el sentido del proyecto mencionado *supra* de la comunidad del pueblo, que está por encima de todo–, en todo caso, tiene que orientarse según los efectos que tenga sobre la comunidad del pueblo y su cohesión; se trata de la "protección expiatoria de la comunidad del pueblo".[224] De ello surge la particular importancia de la pena infamante en cuanto decapitación de la existencia como ciudadano.[225] Siegert aboga por una "interacción" de todos los fines posibles de la pena –retribución,[226] prevención general negativa, prevención especial, integración y "expulsión de la comunidad del pueblo"[227]–, porque solo de esta manera "se le da al derecho penal nacionalsocialista la fuerza plena para luchar por Alemania".[228] Pero, en conjunto, dominan las consideraciones de prevención general.[229]

La concepción de Freisler del **derecho penal de la voluntad** ("Willensstrafrecht")[230] también tenía una tendencia

224 *Seidenstücker* (1938), p. 45 ss.

225 Cf. también *infra* cap. V.4., con nota 591, y cap. VI. 2., con nota 742, con sus respectivos textos principales. También al respecto y, por lo demás, sobre el sistema de penas, *Freisler*, en Frank (1934), p. 19 ss. (p. 21); *Hartl* (2000), p. 237 ss. (240 ss.).

226 Según *Gemmingen* (1933), p. 23, "la idea de retribución también está profundamente arraigada en el pensamiento de Adolf Hitler".

227 En este sentido, *Siegert* (1934), p. 74 ("Ausstoßung aus der Volksgemeinschaft") también aboga por "matar" al "compatriota del pueblo degenerado", por "exterminar la vida indigna de vivir...".

228 *Siegert* (1934), p. 15 s. *Zaffaroni* (2017), p. 146 s. no menciona aquí ningún número de página.

229 Cf. *infra* cap. V.2., con nota 537 ss.

230 *Freisler*, en: Gürtner (1935), p. 11 ss.; también *Gürtner* (1936), p. 14 ss. Cf. también *Zaffaroni* (2017), p. 153 ss. (p. 155 ss.), pero en parte las citas son imprecisas; traducción al español en *Zaffaroni*, comp. (2017), p. 113 ss., con comentarios críticos de *Arnedo* (esp. p. 72 ss.), *Guzmán D.* y *Batista*; en principio a favor, *Cavaleiro de Ferreira* (1938), p. 77 s. Respecto del desarrollo legislativo y de la discusión, *Hartl* (2000), p. 65 ss. (con referencia al Memorándum de Prusia [1933], citado aquí varias veces, a la *Academia de Derecho Alemán* [1934], a las líneas rectoras del nacionalsocialismo [*Frank*, 1935] y al trabajo de la

preventiva-general. Pues su fin radicaría –como "reflejo de la visión alemana y nacionalsocialista del mundo"[231]– en la permanente auto-purificación del cuerpo del pueblo[232] y en su educación según el espíritu nacionalsocialista.[233] En cuanto "derecho de combate" ("Kampfrecht"), como "armadura de la comunidad del pueblo" ("Rüstzeug der Volksgemeinschaft"),[234] tendría que "exterminar" la "figura del perturbador de la paz en el pueblo" ("Thypus des Friedensstörers im Volke"), es decir, aquel que "amenaza al pueblo desde dentro".[235] Al respecto, dado que para el nacionalsocialismo "lo que mueve al mundo es la voluntad", el "enemigo" sería la propia "voluntad del perturbador de la paz";[236] esta debe-

Comisión oficial de Derecho Penal [*Gürtner*, 1935]); respecto de las ideas básicas y los motivos, *Hartl* (2000), p. 89 ss., 96 ss.

231 *Freisler*, en: Gürtner (1935).

232 *Freisler*, en: Gürtner (1935), p. 13 s. (derecho penal como "equipamiento de auto-purificación del cuerpo del pueblo" ["*Selbstreinigungsapparatur des Volkskörpers*"]); al respecto, también *Werle* (1989), p. 705 ss. En esta medida, también es consecuente la eliminación –propuesta en el Memorándum de Prusia (1933)– de la prohibición de extraditar alemanes, porque de esta manera, las "partes del pueblo degeneradas y enfermas pueden ser expulsadas, en lo posible, para evitar esfuerzos y gastos innecesarios y la puesta en peligro de todo el cuerpo del pueblo" (*Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 614). Ver también *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), p. 285 (dado el caso, sacrificio del "miembro de la comunidad enfermo, todavía curable" "si el peligro para el organismo completo parece exceder una cierta medida mínima"), p. 286 (efecto preventivo-general de la pena para "purificar y... restaurar la comunidad"). Según *Gemmingen* (1933), p. 15 s., el propio Hitler, sin embargo, no consideraba que la pena fuera el "medio adecuado para segregar a los ajenos a la raza del cuerpo del pueblo –lo cual en sí mismo valía la pena–".

233 *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 18 ("A la voluntad antisocialista hay que quitarle el sustrato mediante la educación y el trabajo social del nacionalsocialismo"); al respecto, también *Hartl* (2000), p. 99 s.

234 *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251. Respecto del "derecho de combate", también *Hartl* (2000), p. 96 s.

235 *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 12.

236 *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 13. Al respecto, ver también *Frank* (1935), p. 14 ss. (con referencia específica a la mala voluntad delictiva en las líneas rectoras 16, 19, 28); *Gürtner* (1936), p. 15 (adecuación de la pena a la "intensidad de la voluntad delictiva"). En este sentido, subraya la diferencia con el derecho penal (de resultado) fascista (de Italia), *Dahm* (1935b), p. 17 ss. (que sería "ajeno a tal derecho penal de la voluntad" [p. 19], porque no pone en el centro a la comunidad del pueblo y al individuo como miembro de esta, ver ya *supra*, cap. II.1., con nota 121); esquemático, también *Dahm* (1935a), p. 11.

ría "ser sofocada ya en su germen".[237] Por tanto, el derecho penal nacionalsocialista de la voluntad, si bien se basa en ciertos predecesores,[238] claramente configura una radicalización de los intentos anteriores de subjetivización.[239]

La referencia de Freisler a la "*actuación* de la voluntad",[240] es decir, la manifestación externa de la voluntad, no puede ser considerada, ante este panorama, como restricción de la punibilidad (de hecho, se trata de la sustitución del resultado o de la consumación), sino solo como concesión procesal, porque ¿cómo se podría, en absoluto, identificar externamente una voluntad no actuada y perseguirla?[241] Al

237 *Freisler*, en: Frank (1934), p. 13 ("bereits im Keime erstickt werden").

238 Cf. *Hartl* (2000), p. 56 ss. (con especial referencia al § 49a RStGB, a la teoría subjetiva de la tentativa sostenida por el Tribunal del Reich ["pionero", p. 60, 184 ss.], a los trabajos preparatorios de Karl Klee sobre el *dolus indirectus* [p. 60 ss.] y a los proyectos de códigos penales de 1922/1925 [p. 64]).

239 Cf. *Hartl* (2000), quien en las conclusiones considera que el derecho penal de la voluntad es una radicalización de los esfuerzos de subjetivización precedentes, respecto de los cuales antes "no existía un equivalente comparable" (íd., p. 64 s.); en ese sentido, como *Marxen*, KritV 73 (1990), p. 294 ("punto culminante", "extremo").

240 *Freisler*, en: Frank (1934), p. 13 ("tomar como base la voluntad delictiva actuada"); *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 30 ("... en el lugar del resultado producido por la actuación de la voluntad o en el lugar de la consumación de la actuación de la voluntad solo entra la actuación de la voluntad dirigida a producir el resultado o la consumación").

241 Ver *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 31, en donde explícitamente desestima "dificultades probatorias", precisamente porque no se trataría de la "voluntad no actuada". Antes, ya *Gemmingen*, JW 62 (1933), p. 2373 ("prueba de la probabilidad de resultado dado por el resultado de la voluntad"). También *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 102 s. menciona dificultades probatorias en el derecho penal de la voluntad. *Hartl* (2000), p. 138, parece soslayar este

menos un elemento del derecho penal de acto –en el sentido de una subjetivización orientada hacia el *acto*– puede ser identificada en la referencia al acto,[242] que luego fue abandonada, no obstante, en el contexto de la teoría de las figuras de autor –en el sentido de una subjetivización orientada al *agente*–.[243] De todos modos, con la externalización de la voluntad se confirma el indicio inmanente del riesgo y, así, se vinculan las teorías aparentemente opuestas del derecho penal de la voluntad (teoría subjetiva) y del derecho penal de la puesta en peligro/de la peligrosidad (teoría objetiva).[244]

Además, Freisler vincula la idea de la expiación con su propia concepción de derecho penal de la voluntad. El sentido del derecho penal consistiría en la "**expiación**" ("Sühne"), que "para nosotros, alemanes, es tan vieja como nuestro pueblo"; esta no podría ser fundada filosóficamente, ni conforme a la razón, pues "vive dentro de nosotros".[245] Pero dado que la culpabilidad se imputa a la voluntad, la necesidad de expiación también exigiría un derecho penal de la voluntad.[246]

aspecto cuando pretende ver en la exigencia de Freisler de una "actuación de la voluntad" la confirmación de la referencia del derecho penal de la voluntad al tipo.

242 Véase también *Hartl* (2000), p. 138 (quien interpreta la demanda de Freisler de una "activación de la voluntad" como una confirmación del requisito del derecho penal de la voluntad de un elemento de conducta).

243 Cf. *Vogel* (2001), p. 84. Véase sobre este desarrollo tendente a un derecho penal de la voluntad puro o de ánimo, cap. V 5., con notas 638 ss. y el cap. VI 1.

244 Cf. *Gemmingen*, JW 62 (1933), p. 2371 ss.; *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 97 ss.; secundario, *Hartl* (2000), p. 266 ss. (extensión jurídico-penal-volitiva de la punibilidad mediante delitos preparatorios autónomos, en virtud de la mayor peligrosidad de ciertas acciones); *Vogel* (2004), p. 81.

245 *Freisler*, en Gürtner (1934), p. 15 s.; cf. ya *Frank* (1935), p. 11 ss. (con referencia específica a la expiación en los principios 6 y 10); al respecto, también *Hartl* (2000), p. 97 s.

Un derecho penal de la voluntad consecuentemente desarrollado debería tener efectos, finalmente, sobre numerosas cuestiones de la **teoría del delito**[247] –con miras a los delitos dolosos[248]–. Así, p. ej., la diferenciación entre tentativa y consumación pierde relevancia, porque la voluntad criminal se expresa ya en la tentativa.[249] Tampoco es posible

246 *Freisler*, en Gürtner (1934), p. 16 s.

247 Detalladamente, *Hartl* (2000), p. 137 ss., p. 378 (en donde analiza, junto a los ámbitos mencionados enseguida en el texto, p. ej., la omisión impropia, la superfluidad de la causalidad, la legítima defensa, la antijuridicidad [especialmente la legítima defensa], la culpabilidad [incluido el dolo y la imprudencia], la pena, la medición de la pena y los concursos). Más abajo volveremos a la mayoría de estos ámbitos.

248 *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 13 (solo podría hablarse de "derecho penal de la voluntad" en casos de perturbación de la paz realizada "conscientemente"), p. 15 (imputación de la culpabilidad a la voluntad "a excepción de los casos de falta de atención"), p. 29 ("... la punición de la negligencia en sí misma no puede estar vinculada a la voluntad"), p. 32 (derecho penal de la voluntad en la medida en que no se trate de la "punición de la negligencia"). Al respecto, ya *Hartl* (2000), p. 149, 150 s.

249 *Freisler*, en: Frank (1934), p. 13 s.; *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 32 s.; también *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 102, 103 s.; *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), p. 48 s.; secundario, *Marxen* (1975), p. 228 s.; *Werle* (1989), p. 710; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 357; *Zaffaroni* (2017), p. 158 ss.; detalladamente sobre la discusión, los intentos de reforma y las reformas, *Hartl* (2000), p. 77, 189 ss. (tentativa de participación), 197 ss. (tentativa), 322 ss. (punibilidad de la tentativa de participación mediante el § 49a RStGB), 329 ss. (extensión de la punibilidad de la tentativa mediante el art. 4 AngleichungsVO). En este contexto merece mención que la definición actualmente usual del "**emprender**" un hecho (§ 11 ap. 1 n.° 6 StGB) fue introducida con las mismas palabras por el régimen nazi en el marco de los delitos de alta traición en el § 87 (RGBl. I, 1934, p. 341 ss.; *Hartl*, 2000, p. 285 s.; *Wolters*, 2001, p. 60 s.; *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 100; respecto de las recomendaciones generales y de las demás extensiones del régimen jurídico de la protección estatal, ver también *Preußischer Justizminister* (1933), p. 133 s.; *Freisler*, en: Frank (1934), p. 13; *Freisler*, en: Gürtner (1934), p. 32; *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 102; secundario, *Hartl*, 2002, p. 200 ss., 284 ss.). Así se ayudó

mantener la diferenciación entre autoría y participación, así como la accesoriedad (estricta) de la segunda respecto de la primera, porque la culpabilidad de la voluntad debe ser determinada de manera autónoma para cada interviniente y, precisamente, con independencia del hecho principal;[250] se favorece, entonces, un concepto extensivo de autor (en el sentido del modelo de autor unitario), en principio con la misma pena para autor y partícipe.[251] En lo tocante a la parte especial, el derecho penal de la voluntad condujo, sobre todo, a una expansión del derecho penal mediante el adelantamiento de la punibilidad (subjetivizante).[252]

a que la idea renaciera y se expandiera luego de su rechazo durante la República de Weimar (*Wolters*, 2001, p. 65); al respecto, el § 87, derogado en el año 1950, fue introducido de nuevo, en idéntica versión, en el año 1951 (BGBl. I, p. 739 ss.; *Wolters*, 2001, p. 66). Si bien no se puede soslayar que el concepto de emprendimiento ya había sido usado a fines del siglo XVIII en el marco de los delitos estatales (íd., p. 48 ss.) y que la redacción actual tuvo su origen en el § 61 ap. 1 StGB Prussia (íd., p. 54 s.), para muchos juristas nacionalsocialistas significó la "realización, de impecable técnica legislativa, del derecho penal de la voluntad" (así, *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 99).

250 Cf. solo *Frank* (1935), p. 34 s. (punición únicamente según la "voluntad delictiva... sin que sea relevante la punición de los demás", porque las "cuestiones controvertidas hasta el momento sobre las formas de autoría y sus relaciones entre sí" "ya no tienen importancia", pero le quedaría "librado al juez, en el caso concreto, tomar en cuenta al medir la pena el grado de voluntad delictiva". Entraría en consideración una atenuación de pena cuando esa voluntad delictiva "solo estuviera dada en una medida completamente insignificante").

251 Cf. solo *Freisler*, en Frank (1934), p. 22 s. (lo decisivo es la colaboración, en contra de la accesoriedad); en sentido similar, *Mezger*, DJZ 39 (1934), col. 101 s. Pero esto de ningún modo estaba libre de controversia, incluso entre los juristas (nacionalsocialistas) contemporáneos; a favor de conservar la diferenciación tradicional y a la vez de subrayar el elemento de la voluntad, p. ej., *Oetker*, en Frank (1934), p. 116 ss.; también a favor de conservar la diferenciación como "propio del pueblo" (en el merecimiento de pena, reducido en general, de la participación) *Zimmerl*, ZStW 54 (1935), p. 575 ss. (579, 581, 582), quien no obstante considera que la cuestión del concepto restrictivo o extensivo de autor posee una naturaleza de jurisprudencia de conceptos, de pura "técnica jurídica" ("una cuestión de la creación de conceptos jurídico-penales", p. 577), razón por la cual el "llamado derecho penal de la voluntad" no aporta "ni siquiera lo mínimo" para contestar la cuestión ni para la pregunta de contenido jurídico acerca del monto de la pena de la participación –así como tampoco aporta nada la ideología nacionalsocialista– (p. 577 s.). Como fuente secundaria detalladamente *Hartl* (2000), p. 77 ss., 163 ss. con otras referencias (concepto extensivo de autor con un abandono total de la diferenciación o al menos una mera mención de las diferentes formas de intervención [que recuerda el modelo de autor único de acuñación austríaca], así como enfoque independiente de la accesoriedad, o de accesoriedad mínima). En esta medida, el derecho penal de la voluntad se diferencia del derecho penal de autor de Kiel, cf. *infra* cap. V.5., con nota 640 y texto principal. Esto es soslayado por *Stefanopolou*, JoJZG 2010, p. 116.

252 Cf. *Hartl* (2000), p. 136, 266 ss., 379 (delitos preparatorios autónomos, punibilidad de la tentativa de participación y relajamiento de las condiciones de punibilidad en el encubrimiento, en el favorecimiento y en la omisión de denuncia de delito). Resumidamente sobre el trabajo de la Comisión de Derecho Penal del Ministro de Justicia, *Freisler*, en Gürtner (1935), p. 9 ss. Allí se encuentran luego informes sobre grupos individuales de delitos, también sobre prominentes científicos del derecho penal, como p. ej. Dahm, Kohlrausch y Mezger.

Capítulo III

Continuidad y disputa de las escuelas (?)

Tal como ya se dijo al comienzo,[253] Zaffaroni también parte de la tesis de la continuidad con la mirada puesta en las escuelas clásica y moderna. Con la denominada "disputa de las escuelas" ("Schulenstreit") entre Binding y von Liszt se construiría una contraposición que simplemente ocultaría el conservadurismo y el autoritarismo que une a estos dos penalistas.[254] Desde el punto de vista del derecho penal liberal actual, la tesis es probablemente correcta, pero no es nueva; en particular, Marxen demostró las tendencias antiliberales de las escuelas clásica y moderna.[255] En tiempos más recientes, en particular Naucke[256] (a quien Zaffaroni hace referencia en primera línea) probó que las escuelas clásica y moderna habían sido "formas políticas complementarias y vicarias de la demanda indiscutida de seguridad y estabilidad social a través de la reducción de la delincuencia"[257] y que, entonces, en última instancia, lo importante para ambas orientaciones

---

253 Ver cap. I, nota 14.

254 *Zaffaroni* (2017), p. 137 ss.; menos inequívoco, antes, *Zaffaroni*, en Zaffaroni (2011), p. 45, 46 s. (en donde si bien acepta las mismas "consecuencias prácticas" [con referencia a Muñoz Conde y Marxen], no quiere aceptar la continuidad en sentido estricto ["demasiado duro", "beneficio de la duda" a favor de Binding y de Liszt]).

255 *Supra* cap. I.2., con nota 29 y texto principal. Cf. también *Frommel* (1987), p. 104 ss. (104: "considerables dudas sobre la imagen usual de una contraposición entre la fundamentación absoluta y relativa"; p. 113: "teoría ocultamente relativa" de la escuela clásica); *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), p. 231.

256 *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 559 (con otras referencias bibliográficas en nota 4).

257 *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 563.

había sido "la lucha efectiva contra la delincuencia"[258] y, por cierto, especialmente con miras a los "peligrosos"[259]; ambas corrientes usaron argumentos orientados a fines –"retribución adecuada a fines" ("zweckmäßige Vergeltung") vs. "prevención adecuada a fines" ("zweckmäßige Prävention")[260]– y pasaron por alto el aspecto de Estado de derecho y limitador de la pena del derecho penal.[261]

También hay que darle la razón a Zaffaroni con relación a que sobre todo el concepto de norma de Binding –observancia incondicional de normas como consecuencia de autoridad estatal[262]– le dio apoyo a una concepción autoritaria

258 *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 564; sobre von Liszt, también *Dölling*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 194, 223 ("instrumento de la protección efectiva de la sociedad"). Esto iba acompañado de la devaluación del principio de legalidad, cf. *Naucke*, en: Institut für Zeitgeschichte (1981), p. 71, 98; coincidente, *Frommel* (1987), p. 73 s.

259 *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 563 ("para ambas escuelas es obvio que se debe luchar con toda la fuerza contra los peligrosos").

260 *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 560 ss. (pues la retribución *libre* de fines, en sentido kantiano, no tenía más seguidores ya en el siglo XIX, p. 516). Cf. antes ya *Merkel* (1899), p. 687, 703 (según quien la "idea de retribución no excluye, sino que incluye relaciones de fines"). Cf. también *Frommel* (1987), p. 107 ("prevención mediante retribución".

261 Más detalladamente, *Naucke*, FS Hassemer (2010), p. 564 ss. (p. 564: "sometimiento de la teoría jurídico-estatal de limitar permanentemente al derecho penal por parte de la teoría técnica de los fines de la pena", impuesta estatalmente, como verdadero resultado de la disputa de las escuelas); también crítico *Vormbaum* (2015), p. 120, 133 (desde una perspectiva liberal, ambos representantes principales serían "todo menos 'modernos'"). Respecto de las coincidencias y diferencias de dogmática jurídico-penal entre Binding y von Liszt, también *Frommel* (1987), p. 61 ss., 113 s.

262 Cf., p. ej., *Binding* (1885), p. 183 ss. ("deber de obediencia" frente a la norma [p. 183], "reconocimiento del poder de mando de la autoridad", de manera que "el mandato vinculante" es "por todas partes" "voluntad de la autoridad" [p. 186]); ídem, (1905), p. 424, 437 (acento en la idea de lealtad en la traición a la patria y la alta traición, pero sería necesario que existiera, "con razón", una afectación al Estado y a la Constitución); ídem, (1913), p. 226 ss. (penas para conservar la "autoridad de la ley lesionada" [p. 226], respecto de la imposición del "deber de obediencia" del autor y del "derecho a la obediencia" del Estado [p. 227] en cuanto reacción estatal a través de la "sumisión forzosa [del delincuente] bajo su poder o señorío" [p. 228]; el Estado como único "sujeto del derecho penal", el "culpable" como su único "objeto" [p. 229]). Crítico de la concepción estatal autoritaria de Binding, también *Vormbaum* (2015), p. 132, 133. No obstante, el destinatario de la norma penal sería el aplicador del derecho (el juez), al autor (al ciudadano) solo se dirigirían las normas (no escritas) de prohibición (las normas de conducta), cf. *Vormbaum* (2015), p. 64, 132; *Murmann* (2005), p. 90 (acento en el "deber de obediencia" frente a la norma; sin embargo, cf. también *Hilliger* (2018), p. 159 ss., según quien Binding habría entendido la norma penal solo como "manda legal" simple, sin destinatario.

del Estado y, así, como consecuencia ulterior, también a la idea de un mandato del Führer (equiparable a la ley)[263], si se lo considera como expresión máxima de la autoridad estatal –en el sentido del ya mencionado principio del Führer–[264]. De esta manera, los autores nacionalsocialistas se apropiaron de Binding,[265] pero los autores de posguerra también

263 Respecto del mandato del Führer en cuanto fundamento jurídico vinculante, cf., p. ej., *Freisler*, DJ 97 (1935), p. 1251 (la ley como "la forma más noble del mandato del Führer"), así como *Dahm*, en: ídem et. al. (1935), p. 101 (la ley como "expresión... del mandato del Führer"); de la literatura secundaria, más detalladamente *Marxen* (1975), p. 202 ss., 212 ss.; *Werle* (1989), p. 578 s., 583 ss., 602, 681 ss. (688), 715, 720 (la voluntad/ el mandato del Führer es derecho, por tanto en lugar de sujeción a la ley, sujeción al Führer [p. 688]; crítico de completar la ley con el mandato del Führer, *Vogel* (2004), p. 67.

264 *Supra* cap. II.1., con nota 164 y texto principal.

265 *Rauch* (1936), p. 14 s. ("la actitud conservadora-autoritaria de Binding se muestra de la manera más insistente en su concepto de norma", "la acentuación del poder estatal" sería para Binding "lo más importante" de la "relación jurídico-penal" entre individuo y Estado, "el delito" como "rechazo de obediencia" frente al Estado; "más que una mera concepción autoritaria del Estado..." "con la fuerte acentuación de la idea de desobediencia" "se entremezcla todo el problema de la delincuencia y de la pena con valoraciones éticas..."), p. 36 s. (subraya la lucha de Binding contra el principio de legalidad, en particular contra la prohibición de analogía); *Dahm* (1935b), p. 15 ("Binding y la escuela clásica están vivos, precisamente, en el derecho penal fascista"). No obstante, traza una diferencia *Schaffstein* (1934), p. 8 s. (por un lado, "elemento estatal autoritario", por el otro, "necesidad de seguridad jurídica"); *Welzel*, DRWis 3 (1938), p. 116 s. ("idea del Estado poderoso" como inspiración de los historiadores liberales, lo que va

lo criticaron[266] –y, por cierto, independientemente del escrito sobre la "Aniquilación de la vida sin valor de vida"[267],

acompañado del "aspecto autoritario del concepto de norma" y pena como "acreditación del poder y el señorío estatales, de la autoconfirmación del Estado frente al infractor de la ley"; pero por otra parte, "vinculación esencial con el Estado de derecho en el aspecto garantizador de la norma..."). Cf. también la apropiación por parte de *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 28 ss. ("aumento y ampliación" [p. 28], "lucha ciega contra los 'conceptos abstractos de la parte general'" [p. 29]). Respecto de la apropiación de Binding, también *Marxen* (1975), p. 38 ss. (*Welzel*, íd., aunque la exposición es resumida).

266 Cf., p. ej., *Marxen* (1975), p. 37 ss. ("concepción de la norma como orden absolutamente ciega..." [p. 39], "violación del deber de lealtad frente al Estado" como núcleo de los delitos contra la protección del Estado [p. 40]).

267 *Binding/Hoche* (1920). El texto es visto por muchos como precursor espiritual de la política de eutanasia nacionalsocialista (*Naucke*, en: Binding/Hoche (1920), p. XXVIII s. (fundamentación de la "administración de la muerte" jurídico-administrativa para "liberar los homicidios" y la "eutanasia"); *Schumann* (2006), p. 19 ss. [quien lo caracteriza "como pionero espiritual de la promoción de la eutanasia", p. 21 s.]; *Zaffaroni*, en Zaffaroni, (2009b), p. 7 ss. [quien, si bien no considera la difusión de la versión española del texto con una condena *post mortem* de su autor [p. 7], subraya la responsabilidad histórica de Binding ["la historia no se lo perdonó", p. 12] y critica el contenido con palabras claras [p. 14 ss.], entre otras como "triste producto intelectual", que preparó el genocidio [p. 41]). El texto también fue objeto del "*prosecution case*" de los procesos de Núremberg contra los médicos (al respecto, *Priemel* (2016), p. 252). Por este texto, a Binding se lo privó de la ciudadanía de honor de la ciudad de Leipzig en la primavera de 2010 (*Vormbaum* (2015), p. 133, con nota 11). No obstante, hay que considerar que el escrito fue, en ese aspecto, producto de su época, en tanto desde 1880, en el discurso de las ciencias naturales y de la filosofía jurídica (influenciado por el darwinismo social) se propagó una destabuización de la protección de la vida "enferma" (*Hammon* (2011), p. 2 s. y *passim*, con otras referencias; al respecto, especialmente sobre el debate de la eutanasia antes de Binding/Hoche, también *Große-Vehne* (2005), p. 11 ss. [respecto del "homicidio a petición" de los particulares en el derecho alemán], p. 37 ss. [respecto del debate de la eutanasia desde 1870]; *Hilliger* (2018), p. 283 ss., 301 ss.; ver también las referencias en el Cap. II 1., incluyendo las notas 107 s.). Según *Schmitt*, FS Forsthoff, 1967, p. 37 (61) Binding/Hoche habían "pensado de manera realmente conmovedora cómo se podía impedir que sus propuestas fueran objeto de abuso", razón por la cual sería "vil" atribuirles "cualquier [!] tipo de

publicado póstumamente en 1920, cuya vinculación con su teoría de las normas de todos modos se encuentra controvertida–.[268] Ahora bien, en lo tocante a von Liszt –sin dudas contradictorio[269]–, su exigencia de "inocuizar" a los delincuentes incorregibles en el marco de su segunda vía de un

culpa o responsabilidad" en la práctica nacionalsocialista. Todavía en este sentido, *Hilliger* (2018), p. 392 ss., 400, quien –sobre la base de una detallada clasificación del texto en la discusión cientista-bioligicista del siglo XIX (p. 283 ss., 293 ss.)– lo considera simplemente "como impulsor sin novedades de contenido" (p. 392), que solo tuvo gran incidencia por la "autoridad científica de sus redactores" (p. 394, 400), pero no podría "demostrarse históricamente" una "continuidad" a la manera del programa de asesinato nacionalsocialista (p. 395 s., 400 s.).

268 Traza una diferenciación *Frommel* (1987), p. 75 s. (es "injusto juzgar a Binding por este antiguo trabajo", ficción de una disertación jurídica estricta, "tendencia a la política criminal oculta con medios dogmáticos"); establece una relación *Naucke*, en: Binding/Hoche (1920), p. XXIII ss. (punibilidad del homicidio a petición como infracción contra la norma primaria; "intención de la empresa teórico-normativa" de "liberar los homicidios"); respecto de Naucke, también *Zaffaroni* (2017), p. 139 con nota 276, según él, Naucke niega una contradicción con el normativismo de Binding y subraya su diferenciación entre ley y norma; sin embargo, explícito contra la tesis de Naucke, entre otras, de que Binding justificaba el homicidio según el derecho vigente, solo *Hilliger* (2018), p. 325 s., 328 ss. (357), 383 ss., 387 ss., 399 s., según él, Binding simplemente habría formulado (*de lege ferenda*) una exigencia de política jurídica y, por tanto, no se advertiría ninguna contradicción con su teoría de las normas.

269 Instructivo, *Frommel* (1987), p. 85 ss. (diferencia entre un aspecto liberal, favorecedor de la prevención especial y un aspecto autoritario, de "combate"; "contraste entre su retórica autoritaria y su efecto fáctico liberal"). El "aspecto de combate" fue perseguido en particular por *Exner*, cf. p. ej. ídem, ZStW 53 (1934), p. 629 (según él, von Liszt, cincuenta y un años antes había "perseguido medios legales combativos y eficaces contra la criminalidad proclive"); ídem (1939), p. 261 (los individuos de carácter criminal como "enemigos de la sociedad"), p. 358 ("medidas higiénicas de raza" en el caso de personas de carácter criminal incorregible", porque tienen "predisposición a la criminalidad"); sobre él, con otras referencias, *Frommel* (1989), p. 85 ss., 101 s.; demasiado acrítico, al respecto, *Jiménez de Asúa* (1947), p. 92. Pero Exner no era un Nazi declarado y, en conjunto, defendía un principio de inclinación-entorno, cf. *Wetzell* (2000), p. 213 ss.; para un análisis más crítico, *Ambos*, en Dessecker *et al.* (2019).

derecho penal puramente de protección y seguridad ("*Programa de Marburgo*")[270] no solo preparó la teoría nacionalsocialista (de derecho penal de la voluntad)[271] de las *figuras de autor* ("NS-Tätertypenlehre")[272] intelectualmente,[273] sino que al menos también le despejó el campo a la posterior legislación nacionalsocialista sobre inocuización de los "parásitos del pueblo" ("Volksschädlinge") a través de la Ley de Delincuentes Habituales[274] ("Gewohnheitsverbrechergesetz")[275] y también de la "Ordenanza contra los Parásitos del Pueblo" ("Volksschädlingsverordnung").[276]

Desde luego que no se puede soslayar que en toda esta continuidad el discurso jurídico-penal **antiliberal y anti-individualista** del nacionalsocialismo combatió los enfoques liberales de ambas escuelas y las consideró, de la misma manera, representantes –"vástagos de la misma raíz" ("Schößlinge derselben Wurzel")[277]– del liberalismo individualista y posi-

270 *Liszt*, ZStW 3 (1883), p. 1, 34 ss. (corrección de los delincuentes que pueden y necesitan ser corregidos, intimidación de los delincuentes que no necesitan corrección e inocuización de los delincuentes que no pueden ser corregidos [p. 36]).

271 Al respecto, ya *supra* cap. II.3., con nota 230 ss. y texto principal.

272 Respecto del derecho penal de autor, *Hartl* (2000), p. 116 ss. (quien diferencia entre derecho penal de autor "general" e "individual": el primero se refiere a las figuras de autor abstracto-normativas, basadas en el derecho penal de la voluntad, y el segundo se refiere a la figura de autor concreto/individual criminológico [p. 118 ss.]); respecto de estas figuras de autor abstractas –que surgen de la supuesta "esencia" del hecho–, más detalladamente, *infra* cap. V.5., con nota 643 ss. y cap. VI.1., con nota 669 ss., ambas con sus respectivos textos principales. Respecto de la integración del derecho penal de autor en la lucha policial contra el delito, ver Werle (1989), p. 708 ss.

273 Cf., p. ej., *Marxen* (1975), p. 160 ss. (no obstante, hace referencia, con acierto, a la orientación básicamente liberal de la pena orientada a fines de Liszt); *Marxen*, en: Reifner (1984), p. 82 s. (sin embargo, indica con acierto que von Liszt solo se refería a la medición y ejecución de la pena); más crítico, *Marxen*, KritV 73 (1990), p. 292 s. (orientación lisztiana al autor como precursora del derecho penal de la voluntad); en contra, con diferencias, *Hartl* (2000), p. 58 (pone de relieve la orientación preventivo-especial y la referencia al tipo de la escuela moderna, lo cual, con todo, es reconocido por *Marxen*, 1975, p. 160 ss.); respecto del derecho penal juvenil, en este sentido, *Höffler* (2017), p. 62 ss. (el cual, no obstante, necesariamente –también– está referido al autor, porque es de orientación preventivo-especial).

274 *Liszt*, ZStW 3 (1883), 36 ss. caracterizaba la "delincuencia habitual" ("Gewohnheitsverbrechertum"), que él veía localizada sobre todo en los delincuentes incorregibles, como "miembro enfermo" del organismo, como "lesión cancerosa" que "penetra cada vez más profundamente en nuestra vida social" (p. 36). Eb. Schmidt constataba que con la Ley de Delincuentes Habituales se realizaría la antigua exigencia de Liszt de intensificar la lucha contra la delincuencia habitual" (*Schmidt*, MschrKrim 33 (1942), p. 205, 222), razón por la cual no se trataba de "una declaración específicamente nacionalsocialista sobre la medición de la pena" (*Schmidt* (1965), p. 431). Cf. también (en su mayor parte críticos) *Marxen* (1975), p. 162 s.; *Frommel* (1987), s. 87 ss.; *Schreiber*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 167 s. (no es "una novedad específicamente nacionalsocialista"); *Werle* (1989), p. 86 ss.; *Kubink* (2002), p. 94 ("... precursor... de la limpieza biológica y del 'tratamiento especial'..."), p. 249 ("casi no hay aplicación del derecho penal con mayor sujeción jurídica" que la "línea radical de Liszt"); *Vormbaum* (2015), p. 118 ss. (121 s.), 134, 182, 188.

275 Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de corrección y aseguramiento, 24/11/1933, RGBl I 1933, p. 995. El art. 1 prevé una agravante de la pena para los delincuentes habituales; el art. 2 prevé medidas de corrección y aseguramiento. Respecto de esta ley, también *Cavaleiro de Ferreira* (1938), p. 79 ss.; *Schmidt* (1965), p. 430 ss.; *Werle* (1989), p. 86 ss.; *Arnedo*, en Zaffaroni (2017), p. 59 s.; para un análisis positivo, *Hartung* (1971), p. 99 ss.; desde la perspectiva del derecho penal de la voluntad, *Hartl* (2000), p. 233 s.; comparación con la "Baumes Law" de Nueva York, *Hoefer*, JCL&Crim 35 (1945), p. 389.

276 Ordenanza del 5/9/1939, RGBl 1939 I, p. 1679; al respecto, también *Werle* (1989), p. 233 ss.; *Vormbaum*, p. 198 ss.

277 *Schaffstein*, DStR 81 (1935), p. 97, 99; cf. también *Wolf* (1932), p. 12 (proveniente "de las mismas raíces espirituales"); también ídem (1933), p. 23 ("diferencias entre hermanos de la misma procedencia" ["*Verschiedenheit von Brüdern gleicher Stammesart*"]); *Welzel*, DRWis 3 (1938), p. 113, 119 (sobre un "piso metodológico común"); también crítico de la "construcción de Binding y Listz del "contexto del derecho penal" y del concepto, basado en aquel, de la "pretensión de pena", *Schaffstein*, DJZ 39 (1934), columna 1174 ss. (1179 s.) (este se basaría en la "ideología burguesa-liberal de Estado de derecho" del siglo XIX [columna 1176] y sería inconciliable con el derecho penal nacionalsocialista, porque "restringe la significancia de la

tivista que debía ser superado.[278] Así, el nacionalsocialismo –muy en el sentido de la tesis de la radicalización mencionada al comienzo– intensificó las posiciones autoritarias-estatales de Binding, von Liszt y sus contemporáneos a través del racismo biologicista-popular y, así, en la práctica provocó una brutalidad que para estos autores probablemente no era imaginable y tampoco previsible. Como enemigo se erigió al pensamiento liberal de la Ilustración, que también debía ser superado en el ámbito del derecho penal;[279] al respecto, el movimiento antiliberal no se esforzó por presentar el liberalismo de manera diferenciada, sino que, antes bien, lo expuso conscientemente desfigurado, para que la posición propia "brille más resplandeciente".[280] Respecto de este punto, resulta muy ilustrativa la franqueza de Forsthoff en su texto sobre el Estado total:

> "Este texto no está al servicio del conocimiento histórico, sino de la acción política. Por tanto, se sirve conscientemente de aquel proceso sumario dirigido a poner de resalto las posiciones esenciales en pugna; y la cuestión de si realmente se ingresa al campo de la arbitrariedad [¡sic!] ha de quedar aquí conscientemente sin tratar..."

punción a la 'relación jurídica' interna y unidimensional entre Estado y delincuente..." ["Bedeutung der Bestrafung auf die eindimensionale interne 'Rechtsbeziehung' von Staat und Verbrecher beschränkt", columna 1180]).

278 Cf., p. ej., *Schaffstein* (1934), p. 7 ss. (superación del positivismo de las antiguas escuelas), p. 18 (disputa de las escuelas como "discusión entre dos opiniones académicas, sin presupuestos y apolíticas..."); más detalladamente *Marxen* (1975), p. 29 ss.

279 Cf. *Henkel*, Strafrichter (1934), p. 11 ("será la misión histórica del nacionalsocialismo superar el pensamiento de la Ilustración en todas sus relaciones, y así también en el pensamiento jurídico-penal"). Respecto de la contrailustración nacionalsocialista, también *Cattaneo* (2001), p. 233 ss.

280 Cf. *Marxen* (1975), p. 25 ss. (27) (presentación ahistórica, superficial y distorsionada del liberalismo).

> "La era burguesa es liquidada... sin consideraciones y con el coraje hasta las últimas consecuencias... Solo los pedantes académicos se espantarán de que esta disputa se resuelva sumariamente y que, al hacerlo, se eche mano del bien tradicional... De esta exhortación a la 'objetividad', a la 'reverencia al pasado', detrás de la cual se esconde clara y reiteradamente la intención de sabotaje, hoy ya no puede participar nadie... que reconozca que lo importante actualmente es recuperar del pueblo las últimas reservas."[281]

Así, el antiliberalismo –junto al anti-individualismo derivado de la acentuación de la comunidad del pueblo–[282] fue el punto cristalizador del nacionalsocialismo.[283]

281 *Forsthoff* (1933), p. 8 ("Diese Schrift steht nicht im Dienste des historischen Erkennens, sondern der politischen Aktion. Sie bedient sich darum bewußt jenes summarischen, auf die Herausstellung der wesentlichen Kampfpositionen gerichteten Verfahrens; und die Frage, ob wirklich das Feld der Willkür betreten wird, soll hier bewußt unerörtert bleiben.") y 17 ("Das bürgerliche Zeitalter wird liquidiert...mit Rücksichtlosigkeit und dem Mut zur äußersten Konsequenz...Nur akademische Pedanten werden darüber erschrecken, daß diese Auseinandersetzung summarisch erfolgt und dabei auch an traditionelles Gut Hand angelegt wird...In diesen Ermahnungen zur 'Objektivität', zur 'Ehrfurcht vor der Vergangenheit', hinter denen sich vielfach deutlich die Absicht der Sabotage verbirgt, kann sich heute niemand beteiligen,...der erkennt, daß es heute darauf ankommt, die letzten Reserven aus dem Volke herauszuholen"). Ver también *Lange* (1933), p. IV ("Aquí también lo que se ha transmitido se presenta en ocasiones más oscuro de lo que se merece en una ponderación más fría; solo con este trasfondo se pudo poner de relieve lo nuevo de forma clara y nítida" ["Auch hier ist das Überlieferte mitunter schwärzer gezeichnet, als es bei kühler Abwägung verdient; nur auf diesem Untergrunde konnte das Neue klar und scharf herausgearbeitet werden"]).

282 Cf. ya *supra* cap. II.1., con nota 118.

283 *Gross* (2010), posición 3165 (con referencias al estudio de Aurel Kolnai "The war against the West" de 1938).

Capítulo IV

Derecho penal nacionalsocialista y neokantianismo

1. LA (SUPUESTA) INCIDENCIA DEL NEOKANTIANISMO

Zaffaroni le dedica un capítulo completo a la incidencia del neokantianismo en la teoría jurídico-penal nacionalsocialista.[284] 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 neokantianismo, por un lado –como si fuera en un meta-nivel–, le dio empuje a una normativización y una eticización del derecho penal[285] y, por otro lado –en el nivel dogmático jurídico-penal–, esquematizó el fundamento filosófico-jurídico de la teoría neoclásica del delito,[286] con el descubrimiento de los elementos sub-

---

284 *Zaffaroni* (2017), p. 161 ss. (cap. 5).

285 Respecto de la eticización del concepto de culpabilidad a través de los comienzos del pensamiento jurídico-penal neokantiano alrededor de 1900 (M.E. Mayer, Graf zu Dohna), así como la normativización del tipo penal a partir de 1915 (Mayer, más tarde Grünhut, Mezger, Wolf) *Ziemann* (2009), p. 120 ss., 125 ss., 137 s.

286 Cf. también *Mittasch* (1939), p. 144 ss. (pero en contra de la valoración ética de Mayer); *Marxen*, en: Rottleuthner (1983), p. 56; *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 134 ss.

jetivos del ilícito[287] y el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad.[288] Pero todos los fundadores del neokatianismo jurídico liberal –salvo Gustav Radbruch– ya habían muerto cuando los nazis llegaron al poder en el año 1933. Y el propio Radbruch y otros adeptos del neokantianismo liberal, p. ej., Max Grünhut (1893-1964) o James Goldschmidt (1874-1940), fueron apartados de sus cargos por los nacionalsocialistas relativamente rápido,[289] de manera que, según la tesis de Zaffaroni –altamente dudosa y cuyas conclusiones deben ser rechazadas (más detalladamente, *infra* 3.)–, los valores neokantianos solo podían ser cumplidos por el derecho nazi. Según Zaffaroni, si anteriormente los valores imperantes fueron tomados del pensamiento de la Ilustración, ahora la ideología nacionalsocialista se tornó en el punto normativo de referencia detrás de esta doctrina neokantiana, con su orientación a la comunidad del pueblo definida de manera racista y a la voluntad del Führer.[290]

287 *Mezger*, GerS 89 (1924), p. 207, 259 ss.; *Hegler*, ZStW 35 (1915), p. 19, 31 ss. (elementos subjetivos del tipo) (mal citados por *Zaffaroni* (2017), p. 168 y nota 325); *Mayer* (1915), p. 11 s., 185 ss. (elementos subjetivos de la antijuridicidad, en contraste con los elementos de la culpabilidad).

288 *Mayer* (1901), p. 24 s., 102 ss. (culpabilidad "como concepto del ordenamiento moral" [p. 104], "culpabilidad jurídica" como "mínimo de lo moral" [p. 105], actitud culpable como "actuación de la voluntad contraria a deber" [p. 106, 107] que es expresión de una "imputación" valorativa, a través de la cual "el valor del hecho corre por cuenta del autor" ["der Wert der That...auf Rechnung des Thäters gestellt"], de manera que "imputar un hecho a la culpabilidad" significa "calificar la acción como culpable" [p. 24 s.]); *Frank* (1907), p. 9 ss. (culpabilidad como reprochabilidad, p. 11); más tarde, también, p. ej. *Wolf* (1933), p. 38 s. (reprochabilidad ético-social).

289 Cf. *Wapler* (2008), p. 23.

290 *Zaffaroni* (2017), p. 170 ss. Para una posición similar recientemente *García Amado* (2019), sin p.; sin embargo, este autor ofrece un entendimiento del neokantianismo incluso más limitado que el de Zaffaroni, a saber, como ciencia cultural basada en valores. Su posición es, como veremos a continuación, incluso menos plausible que la de Zaffaroni. Lamentablemente, no respondió una consulta realizada por correo electrónico.

Zaffaroni ve en *Edmund Mezger* al más relevante neokantiano –de inspiración nacionalsocialista–.[291] En lo tocante a su orientación nacionalsocialista, Zaffaroni se remite en lo esencial al ya citado trabajo de Muñoz Conde[292] y a Thulfaut,[293] pero también, en una nota al pie, a su propio maestro, Jiménez de Asúa, quien si bien no lo tenía por nazi, sí lo consideraba una persona "sin valor personal suficiente";[294] pero en todo caso, Jiménez de Asúa sí le reprochaba a Mezger una orientación nacionalsocialista.[295]

El propio Mezger, tal como ya hemos visto *supra*,[296] tempranamente había puesto de relieve la orientación racista y populista y del "nuevo" derecho penal,[297] había divisado "grupos usuales de enemigos de la sociedad",[298] había exi-

291 *Zaffaroni* (2017), p. 171 ss.; antes, ya *Zaffaroni*, en Zaffaroni (2009a), p. 16.

292 Cap. I, nota 1 y texto principal.

293 *Thulfaut* (2000). También crítico de Mezger, *Vormbaum* (2015), p. 196.

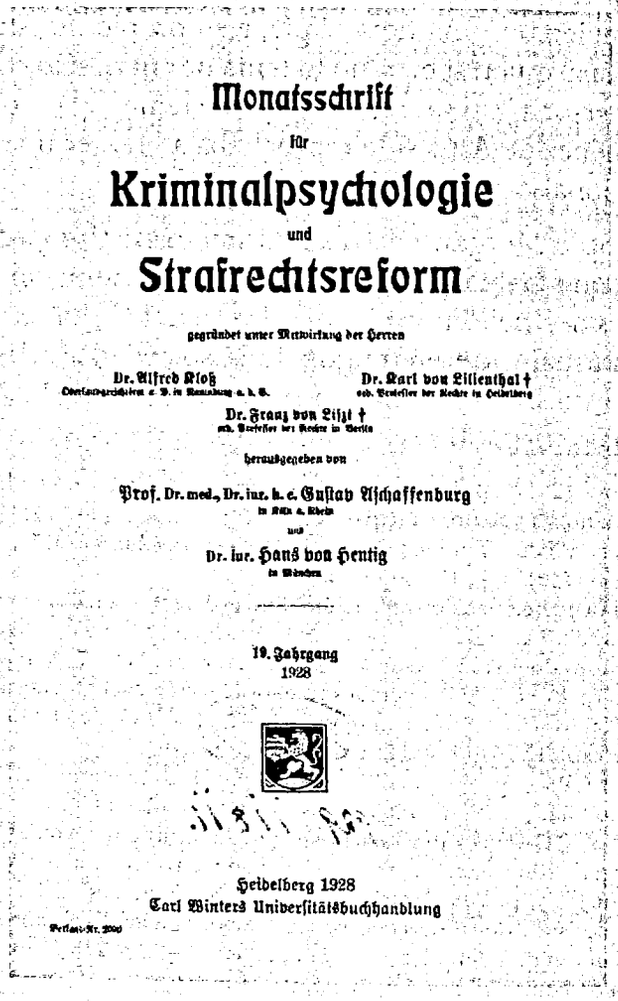
294 *Zaffaroni* (2017), p. 174 con nota 341.

295 En su ya mencionada investigación sobre el derecho penal nacionalsocialista (*supra* cap. I.2., nota 25) *Jiménez de Asúa* primero cuenta a Mezger entre los "gloriosos dogmáticos alemanes" desde *Feuerbach* ((1947) VII, p. 65), pero luego (p. 87 ss., 100 ss.) demuestra su orientación nacionalsocialista a partir de 1936 (especialmente con referencia a *Mezger* (1936) e ídem (1938)).

296 *Supra* cap. II.2, con notas 201 ss y texto principal.

297 *Mezger* (1934), p. V ("pueblo y raza" como "idea fundamental" del "nuevo Estado total", "idea de una reproducción selectiva en términos raciales del pueblo" ["Gedanke der rassenmäßigen Aufartung des Volkes"]), p. 21 s. ("exigencia inevitable de medidas de higiene racial para exterminar raíces criminales"), p. 203 ("pueblo y raza" como "puntales" del Estado nacionalsocialista y de su derecho penal; "responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo"); ídem, 2.ª ed., 1942, p. 238 ("comunidad del pueblo" como "dimensión biológico-histórico-política", "vía de la reproducción selectiva en términos raciales" ["Weg der rassischen Aufartung"], "responsabilidad frente a la comunidad del pueblo"); ver también *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), p. 109 ("responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo"), p. 110 ("ordenamiento jurídico y moral del pueblo" en cuanto fundamento de la "ética comunitaria" nacionalsocialista).

298 *Mezger* (1934), p. 3.



Monatsschrift
für
Kriminalpsychologie
und
Strafrechtsreform

gegründet unter Mitwirkung der Herren

Dr. Alfred Kloß — Dr. Karl von Lilienthal †

Dr. Franz von Liszt †

herausgegeben von

Prof. Dr. med., Dr. iur. h. c. Gustav Aschaffenburg

und

Dr. iur. Hans von Hentig

19. Jahrgang
1928

Heidelberg 1928
Carl Winters Universitätsbuchhandlung

Imagen 13. La propuesta temprana de Mezger de "eliminar" (Ausscheidung) a los "incorregibles" (Unverbesserliche) de la sociedad humana, 1928.

gido la "segregación de la comunidad del pueblo de piezas nocivas para el pueblo y la raza" ("Ausscheidung volksschädlicher Bestandteile")[299] y había caracterizado al derecho penal –al igual que Freisler[300]– como "derecho de combate para protección y desarrollo del pueblo" ("Kampfrecht zum Schutz und zur Entfaltung des Volkes").[301] Al derecho penal le tocaría la misión especial de educar jurídicamente al compatriota del pueblo y de expiar los delitos conforme a la culpabilidad de sus autores, con el fin de salvaguardar el derecho y la justica.[302] La culpabilidad misma no solo debería ser medida según el hecho (derecho penal de acto), sino también según la esencia y la personalidad del autor (derecho penal de autor)[303], más precisamente según la culpabilidad por la conducción y decisiones de vida ("Lebensführungs- und -entscheidungsschuld"),[304] con lo cual si bien Mezger no abjuraba explícitamente del concepto de culpabilidad, sí lo adelantaba infinitamente –más todavía que con la *actio libera in causa*–. En última instancia, le incumbía al juez va-

---

299 *Mezger* (1934), p. 203; ídem, 1942, p. 238 ("segregación de piezas nocivas para el pueblo" [falta aquí la referencia a la raza, pero aparece de nuevo dos páginas después, lo que es soslayado por *Wetzell* (2000), p. 212 con nota 100]), p. 240 ("erradicación de piezas de la población nocivas para el pueblo y la raza"), p. 245 ("segregación... sin consideración a la culpabilidad personal"); antes, ya *Mezger*, MSchrKrimPsych 19 (1928) p. 391, 393 (de la "concepción delictiva constitucional" surge que hay "incorregibles" que precisan de la "segregación de la sociedad humana"); más tarde, nuevamente, *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), p. 109.

300 *Supra* cap. II 3., con nota 234 y texto principal.

301 *Mezger* (1942), p. 78.

302 *Mezger* (1942), p. 247. Aquí, nuevamente, Zaffaroni no brinda una cita precisa.

303 Ver ya cap. III, con nota 273.

304 *Mezger* (1942), p. 2, 248 s.; antes, ya *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), p. 109. Crítico, en esta medida, *Grispigni* (1940), en Zaffaroni (2009a), p. 42, con nota 19 *in fine*, coincidente, *Zaffaroni*, en Zaffaroni, (2009a), p. 17 (no aplicable a adolescentes, solo reemplaza la peligrosidad).

lorar, a la luz de la ideología del pueblo, la conducción de vida del autor expresada en el hecho.[305] En tanto siguiera las reglas nacionalsocialistas, el juez podía excluir de la comunidad del pueblo, en cuanto "culpables", a aquellos que hubieran conducido una "mala vida"[306]. El reparo de la falta de discernimiento jurídico era tratado por Mezger con su teoría de la ceguera de derecho ("Rechtsblindheit"), según la cual también aquel que actuaba sin dolo ("con ceguera de derecho" ["rechtsblind"])[307] merecía una pena, porque mostraría una actitud frente al ordenamiento jurídico inconciliable con el sano sentir del pueblo;[308] por lo demás, valdría lo mismo para la "ceguera de hecho".[309] Luego, en el año 1950, Mezger reemplazó la "ceguera de derecho" por la "hostilidad al derecho" ("Rechtsfeindschaft").[310] En su debate con el penalista italiano (de orientación fascista) Filippo Grispigni[311], Mezger retoma la objetivización subya-

305 *Zaffaroni* (2017), p. 179.

306 *Zaffaroni* (2017), p. 178 (*mala vida*); más detalladamente *Zaffaroni*, en: Gómez E. (2011).

307 En cuanto seguidor de la –llamada así posteriormente– teoría del dolo ("Vorsatztheorie"), Mezger sostenía el punto de vista de que un error sobre el ilícito afectaba el dolo, cf. *Mezger* (1949) (reimpresión 2014), p. 330 ss. ("conocimiento del significado antijurídico de la acción", pero "no una valoración de la acción que haría un jurista" en el sentido de una subsunción correcta, p. 334).

308 *Mezger*, FS Kohlrausch, 1944, p. 180 (p. 184: este punto de vista no debería anclarse en la ley, sino que residiría en la "fuerza de convicción interna como derecho alemán vigente..." ["inneren Überzeugungskraft als geltendes deutsches Recht"]); respecto de excepciones por incapacidad excluyente de pena, íd., p. 184 ss. Al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 180.

309 *Mezger*, FS Kohlrausch, 1944, p. 184.

310 *Mezger* (1950), p. 43 ss.

311 Cf. *Grispigni* (1940), en Zaffaroni (2009a), p. 29 ss. y *Grispigni* (1941a), en Zaffaroni (2009a), p. 51 ss., así como (respecto del derecho penal juvenil) *Grispigni* (1941b), en Zaffaroni (2009a), p. 71 ss. Sobre todo en los dos primeros textos, Grispigni defiende el nuevo derecho penal nacionalsocialista en cuanto perfeccionamiento del derecho penal italiano fascista ("Codice Rocco" de 1930) y sigue especialmente a Hans Frank (cf., en particular, 1941a, p. 69 s.), pero también a Gürtner y Freisler. En tal derecho penal, la voluntad libre es irrelevante, porque lo importante es la defensa jurídico-penal contra autores peligrosos ("peligrosismo"), en el sentido de una retribución jurídico-social que tendría efectos sobre el "estatus jurídico" de todo ciudadano (*Grispigni*, 1941a, p. 52, 55, 65 s. y *passim*). Resumidamente, y crítico de Grispigni, también *Muñoz Conde*, NDP 2003A, p. 303 ss. (hace hincapié en las relaciones entre él y Mezger); *Codino*, en Zaffaroni (2009a), p. 116 ss.

cente de la culpabilidad como lesión (objetiva) contra el ordenamiento valorativo nacionalsocialista, cuando traza una delimitación, en ese sentido, entre el reproche personal de culpabilidad y el juicio ético objetivo referido a una conducta determinada[312] y, así, en última instancia le da prioridad a la idea de protección (protección frente a autores peligrosos, *defence social*) –tratada al comienzo de esta sección–.[313]

Ya antes, el propio Kohlrausch, a quien Mezger homenajeó en 1944, había declarado, de manera similar, que el error sobre el ilícito –concerniente al dolo (teoría del dolo)– era irrelevante porque la actitud así expresada era "inconciliable con la sana ideología del pueblo respecto del derecho y el ilícito".[314] A la vez, abandonó la diferenciación entre ética

312 *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), p. 109 (el "juicio ético 'objetivo' sobre una conducta determinada" es independiente de la voluntad libre del autor). Con este artículo, Mezger intentó contestar la pregunta formulada por Grispigni acerca de cómo serían conciliables "en el nuevo derecho penal alemán la expiación y la retribución con los puntos de vista antagónicos de la raza, del factor hereditario, de la esterilización, etc." (íd., p. 106).

313 En este sentido, también crítico (con especial referencia a Grispigni), *Muñoz Conde*, NDP 2003A, p. 306 ("... idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social"), p. 309 ("culpabilidad social"), p. 310 (culpabilidad como "responsabilidad social").

314 *Kohlrausch*, ZStW 55 (1936), p. 384, 390 ("der gesunden Volksanschauung über Recht und Unrecht unvereinbar"); anteriormente *Schäfer*, en Gürtner (1934), p. 50 ss. (con una propuesta legislativa en la p. 53); al respecto, también *Hartl* (2000), p. 155 con otras referencias; a favor de "tomar básicamente en consideración el error", no obstante, *Freisler*, en Frank (1934), p. 6. Al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 183 s.

y derecho y presentó una ética del pueblo como parámetro de actuación correcta.[315] Por último, también cabe mencionar en este contexto a Wilhelm Sauer, quien orientaba la antijuridicidad materialmente según el "bien del pueblo y el sano sentir del pueblo" y, así, propagaba la ideología nacionalsocialista.[316]

2. EN PARTICULAR: LA "ESCUELA NEOKANTIANA DE MARBURGO"

En el centro de la investigación neokantiana de Zaffaroni se hallan *Erich Schwinge* y *Leopold Zimmerl* como representantes de la llamada escuela neokantiana de Marburgo.[317] Pero la exposición es superficial, porque si bien Zaffaroni advierte con acierto que Schwinge/Zimmerl llegaron a ser los antagonistas principales de la llamada escuela de Kiel (al respecto, *infra* cap. V), solo menciona su trabajo principal[318]

315 *Kohlrausch*, ZStW 55 (1936), p. 390 s. (la ética debe ser definida de manera heterónoma como "ética del pueblo" a partir del Estado); asimismo, *Mezger*, MSchKrimBio 31 (1940), p. 110 ("ética comunitaria").

316 *Sauer* (1936), p. 28 s. (sobre la base de un concepto de derecho tripartito, que exige "nocividad para el pueblo" ["Volksschädlichkeit"], "contrariedad a la norma" ["Normwidrigkeit"] y "contrariedad a la cultura" ["Kulturwidrigkeit"]). Al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 184 ss.

317 *Zaffaroni* (2017), p. 187 ss.

318 *Schwinge/Zimmerl* (1937), (citado incorrectamente como monografía por *Zaffaroni* (2017), p. 268 y *passim*). Réplica en *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), p. 295 (también publicado en *Dahm/Schaffstein* (1938), p. 71). Mucho después, *Schaffstein* les reprochó a Schwinge y Zimmerl "un tinte político", mientras que Dahm y él se habrían "abstenido meticulosamente de toda insinuación política" (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), p. 173, 188 s.). Este reproche es sorprendente al menos por dos razones. Por un lado, el propio Schaffstein defendió una concepción política del derecho penal, ver ya *supra* cap. I.2., con nota 35. Por otro lado, en los escritos de Dahm y Schaffstein aparecen con frecuencia conceptos políticos, incluidos "nacionalsocialismo" y "Führer"; remítase aquí solo a *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), p. 603, en donde ya en el título del artículo se expresa la orientación política al nacionalsocialismo; más ejemplos en el cap. V.

en una nota al pie y, en lo sucesivo, se ocupa de dos obras individuales poco relevantes.[319] Esto es problemático no solo porque en su escrito de habilitación[320] sobre la interpretación teleológica Schwinge sigue a la escuela de Baden, en lugar de a la de Marburgo, respecto del neokantianismo,[321] sino también (y especialmente) porque en la época de su publicación fue vista incluso por los opositores del nacionalsocialismo como expresión de la resistencia, en todo caso, contra el nacionalsocialismo fanático representado por la escuela de Kiel,[322] más allá de que el propio Schwinge tenía una personalidad completamente ambivalente.[323]

319 *Schwinge* (1938); *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 173.

320 El escrito de *Habilitation* es necesario para completar el procedimiento alemán de calificación post doctoral conocido como "habilitación" (*Habilitation*)

321 *Schwinge* (1930), p. 4 ss.; al respecto *Stuckenberg*, en: Kindhäuser *et al.* (2019), p. 135. Sobre las dos escuelas principals, véase *infra* la sección 3.

322 Así, *Grünhut*, él mismo apartado de la Facultad de Bonn por los nazis por su su origen judío, había tomado nota de la publicación y la había aprobado (*Cohn*, FS Schwinge, 1973, p. 1, 3, quien la considera "destacada" por su sinceridad crítica). *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), p. 209, 211 ss., se alegraba "junto con muchos otros por el valiente avance de los de Marburgo..." (p. 211) y le adjudicaba a la publicación una influencia moderadora sobre los de Kiel y estaba en general de acuerdo. *Radbruch*, SchwZStR 53 (1939) p. 109 s. identificó la publicación con la "lucha contra la llamada escuela de Kiel" y consideró el escrito que le siguió de Schwinge sobre el "Irracionalismo" (nota 1938) "como palabras necesarias en el momento justo" ("notwendiges Wort zu rechter Zeit"). Según Eb. *Schmidt* (1965), p. 429, la publicación fue vivida como una liberación.

323 Por un lado, Schwinge fue miembro de la "Federación de juristas nacionalsocialistas alemanes" [*Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen*], pero no fue miembro del Partido NSDAP ni de sus filiales y se mostraba crítico frente a la ideología nacionalsocialista; cf. en este sentido, esp., su colega de la Facultad de Marburgo, *Cohn* (él mismo víctima del nacionalsocialismo), 1973, p. 1 ss. (quien hace referencia a la publicación "Obediencia y responsabilidad" [*Gehorsam und Verantwortung*], en la que Schwinge aboga por poner límites a la obediencia frente al liderazgo político [p. 3 s.] y para quien las agresiones de

Wesensschau
und
konkretes Ordnungsdenken
im Strafrecht

von

E. Schwinge und L. Zimmerl

Professoren an der Universität Marburg

Juristisches Seminar
an der Universität
Göttingen.

1937

LUDWIG RÖHRSCHEID-VERLAG BONN

Imagen 14. La respuesta (más tradicional) de los de Marburgo, de 1937, al escrito "antiliberal" y autoritario de los de Kiel de 1933; sin embargo, se debe señalar que ambos textos estaban de acuerdo respecto del objetivo global de implementar la ideología nacionalsocialista.

En su obra principal, Schwinge y Zimmerl –sobre la base de una investigación histórica, sin dudas digna de lectura, sobre la relación entre derecho penal y filosofía[324]– les reprochaban a los de Kiel sobre todo haber realizado un quiebre radical con la ciencia alemana del derecho penal tradicional,[325] cuya importancia (inductiva) se debía a sólidas investigaciones individuales,[326] en favor de una orientación deductiva según el concepto difuso de la "intuición de las esencias", en el sentido de la fenomenología de Husserl –"en cuanto única posibilidad... de alinear la ciencia jurídico-penal alemana con la idea del nacionalsocialismo"[327]–, y así una "dócil entrega... a una corriente filosófica determinada" ("willfährige Auslieferung...an eine bestimmte philosophische Strömung").[328] Pero si al juez se le dan "piedras en lugar de pan" ("Steine statt Brot") con las "especulaciones filosóficas", con la remisión a la "intuición de las esencias" y con "deducciones" genéricas,[329] la consecuencia sería

los "círculos de estudiantes de extrema izquierda" de los años sesenta son "difíciles de entender" [p. 5]; v. también *Garbe* (1989), p. 30, 95 ("espacio para la contradicción", no una ideología nacionalsocialista fanática). Por otro lado, Schwinge se mostró –en cuanto defensor académico de la justicia militar del nacionalsocialismo y defensor práctico de los nazis, inclusive miembros de la SS– como revisionista hasta avanzada edad (detalladamente, *Garbe* (1989), p. 31 ss. [rol como juez militar durante los tiempos de guerra], 58 ss. [apologista de la justicia militar nacionalsocialista]; también *Görtemaker/Safferling* (2016), p. 437 ["lobbysta de la minimización de la justicia militar nacionalsocialista"]; también crítico *Vogel* (2004), p. 34, con otras referencias; ligeramente crítico, pero defensor en conjunto *Spendel*, JZ 1994, p. 720).

324 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 1 ss.

325 Cf. en especial *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 110 s., en donde se subrayan la "regla científica básica" y la importancia de Binding y de von Liszt, quienes deberían ser entendidos según su época en lugar de "ser rechazados despectivamente como 'liberalistas' o 'individualistas'".

326 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 9 ss.

327 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 9.

328 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 11.

329 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 13, 14.

la "falta de reglas" y la "arbitrariedad",[330] razón por la cual se demostraría con evidencia "la inidoneidad" del método fenomenológico "para resolver los cometidos de la ciencia jurídico-penal".[331] En lugar de ello sería necesaria una "actitud filosófica madura de experiencia y saciada de experiencia" para "acuñar los grandes pensamientos del liderazgo político y para introducirlos en la vida jurídica".[332] Entonces, aquí ya se hace claro que Schwinge y Zimmerl no se diferenciaban de los de Kiel en el *objetivo* –imponer la ideología "del poder del movimiento nacionalsocialista, que todo sacude", también en, o a través de, el nuevo derecho penal[333] y, en esa medida, el reconocimiento de la misión política mencionada al comienzo[334]–, sino *solo en la vía* (lo que la ya mencionada recepción positiva de la obra hace difícil de comprender)[335] por lo cual es justo de hablar de un "**combate aparente**" ("Scheingefecht") entre los de Kiel y los de

330 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 55.

331 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 15. En sentido similar, *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), p. 217, 224 ("'intuición de las esencias' ampliamente sentimental" ["reichlich gefühlsmäßige 'Wesensschau'"], "jurisprudencia sentimental, confusa y arbitraria" ["unklare willkürliche Gefühlsrechtsprechung"]).

332 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 13 ("an der Erfahrung gesättigte und an der Erfahrung gereifte philosophische Haltung", "die großen Gedanken der politischen Führung auszumünzen und in das Rechtsleben einzuführen").

333 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 109 y las siguientes partes citadas. Una tendencia antisemita se halla, aparte de esto, en la p. 51, cuando se habla allí de traición por parte de los judíos.

334 *Supra* cap. I.2., con nota 35 ss. y texto principal.

335 Cf. también *Wolf*, DRWis 4 (1939), p. 168, 171 s. ("un proceso por el procedimiento, una lucha por luchar, una discusión de métodos..." [p. 171] en una "posición fundamental nacionalsocialista en común y una dirección en común" [p. 172]). *Wolf* niega además una "disputa de las escuelas, porque no está dada una contradicción de política criminal entre los contrincantes" (p. 173). Tampoco "se puede descubrir en las publicaciones de los de Kiel un programa práctico de una nueva política legislativa, una nueva configuración de la medida de la pena, una nueva ejecución de la pena que no puedan ser realizados según los principios de los de Marburgo" (íd.).

Marburgo.[336] Así, Schwinge/Zimmerl también hablan de las "ataduras del positivismo", que, no obstante "ya antes de 1933" habría "retrocedido" y habría sido "superado".[337] Si bien criticaban con vehemencia la teoría de Schmitt, utilizada por los de Kiel,[338] de la "idea de ordenamiento y configuración concretos" ("konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken"),[339] entre otras razones por la exage-

336 De acuerdo, *Garbe* (1989), p. 28. En el mismo sentido, ya en los años cuarenta, *Blasco y Fernández de Moreda*, Criminalia IX (4/1943), p. 241 ("mismos resultados"); lo sigue *Jiménez de Asúa* (1947), p. 106 ss. (108). En sentido similar, *Marxen* (1975), p. 240 ss. (244-46), 250 s., quien si bien les valora altamente a Schwinge/Zimmerl la defensa de la seguridad jurídica por medio de la dogmática tradicional, en última instancia ve una identidad de fines con miras a la imposición de la ideología nacionalsocialista. Del mismo modo, en las conclusiones, *Zaffaroni*, en Zaffaroni (2011), p. 9, 11 (los de Kiel no habrían considerado "suficientemente nacionalsocialistas" a los de Marburgo [p. 25]). Crítico, no obstante, *Ziemann* (2009), p. 132 con nota 717.

337 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 23. Respecto de la lucha nacionalsocialista contra el positivismo, p. ej., *supra* cap. II 2, con nota 212 ss. y texto principal.

338 *Infra* cap. V 4., con nota 587 y texto principal, así como cap. V 5., con nota 623.

339 *Schmitt* (1934), p. 8, 13, 16 ss. (diferencia de ello la idea de reglas y leyes, así como la de decisiones, p. 8). En el pensamiento concreto de ordenamiento (p.c.o.), "la regla es solo una parte y un medio del ordenamiento... La norma o la regla no crean el ordenamiento; antes bien, tienen una cierta función regulatoria solo sobre la base y en el marco de un ordenamiento dado..." ("... Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion", p. 13). Por el contrario, la ley como "señorío de la ley" (*rule of law*), que surge del pensamiento de la regla o de la ley, "destruye" "el ordenamiento concreto del rey o del *Führer*, los señores de la *lex* someten al *rex*" (*"die Herren der Lex unterwerfen den Rex"*, p. 15). El "ordenamiento jurídico está ligado a conceptos concretos normales", que "producen normas de su propio ordenamiento y para su propio ordenamiento" ("Normen aus ihrer eigenen Ordnung heraus und für ihre eigene Ordnung hervorbringen", p. 23). En los hechos, la idea del ordenamiento concreto, que se mantuvo conscientemente indeterminada, sirvió como transformador de la ideología nacionalsocialista en el derecho vigente por medio de los "ordenamientos concretos" de la realidad de la vida (matrimonio, trabajo, fuerzas armadas, etc.), que fueron moldeados según una serie de normas y reglas de conformidad con los deseos del liderazgo nazi;

rada "tendencia de Schmitt a las contraposiciones antitéticas"[340] y por su ataque contra los conceptos abstractos (tales como el tipo penal),[341] a la vez reconocían expresamente su aporte al desarrollo de una ciencia jurídica nacionalsocialista[342] y, por cierto, sobre todo con miras a la importancia del ordenamiento (nacionalsocialista) concreto,[343] que incidiría en la interpretación de todo

más detalladamente *Rüthers* (1989), p. 62 ss. (75 s.) con otras referencias; también *Rückert*, en ídem (2018a), p. 274 s.

340 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 21. *Schmitt*, p. 11, en todo caso rechaza tal antítesis con respecto a sus tres tipos de pensamiento y subraya, antes bien, su "diversidad".

341 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 17 ss., 81 ss. (con relación al tipo penal).

342 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 23 ss. ("...así, la ciencia jurídica nacionalsocialista no puede estarle más agradecida...").

343 *Schmitt* clasifica sus clases de pensamiento según diferentes pueblos y razas (p. 9) y considera que el pensamiento germánico de la Edad Media ya era una "idea de ordenamiento completamente concreto" ["durch und durch konkretes Ordnungsdenken", p. 10], con lo cual la "idea de ordenamiento concreto y comunidad concreta" "nunca acabó" en Alemania (p. 42) y en especial en la filosofía estatal y jurídica de Hegel "nuevamente cobró vida" (p. 45), de manera que en él el Estado se habría tornado en "el ordenamiento concreto de los ordenamientos, la institución de las instituciones" (p. 47). Con el nacionalsocialismo, "la idea de ordenamiento concreto cobró vida nuevamente y el axioma jurídico de que la lealtad, la disciplina y el honor no pueden ser separados del liderazgo se tornaron más comprensibles... ["das konkrete Ordnungsdenken wieder lebendig geworden...das rechtliche Axiom, daß Treue, Disziplin und Ehre von der Führung nicht abgetrennt werden dürfen, besser verständlich...", p. 52]. Continua: "Asimismo, dado que el movimiento estatal le jura al Führer lealtad inquebrantable, hoy podemos hacerle justicia de nuevo, directamente, a la esencia jurídica de un juramento de lealtad" ["Auch können wir heute, da die staatstragende Bewegung dem Führer unverbrüchliche Treue schwört, dem rechtlichen Wesen eines Treueides wieder unmittelbar gerecht werden", p. 52]; admás, el Estado "ya no tiene el monopolio de lo político, sino que es solo un órgano del líder del movimiento" (p. 66 s.). Esta idea también se habría impuesto en la ciencia jurídica y desplazaría al positivismo a través de cláusulas generales que "se refieren al interés de la totalidad del pueblo" (p. 58 s.). En el derecho penal se reprodujeron tipos penales "indeterminados" y elementos típicos "normativos" y los conceptos abstractos de la parte general son desplazados a favor de tipos penales concretos (p. 60). Esto

derecho,[344] y con miras al rol del juez, quien "en cuanto empleado del legislador" estaría llamado a "concretizar la voluntad del Führer".[345]

Schwinge y Zimmerl reconocen que los de Kiel "unen de manera original" el "pensamiento del ordenamiento concreto" –en cuanto "clase de pensamiento nacionalsocialista por antonomasia"– y la fenomenología,[346] pero en otra parte habrían exagerado la batalla contra la abstracción y la crítica a la idea de separación ("Trennungsdenken").[347] Así, para crear un derecho penal nacionalsocialista no habría que derogar la diferenciación entre ilícito y culpabilidad,[348] ni la concepción de bien

sería asegurado institucionalmente a través de la organización estamental (nacionalsocialista) de los (nuevos) juristas (p. 65).

344 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 23 (según ellos, "todos los conceptos de la ciencia jurídica se hallan en "ordenamientos" concretos que repercuten en su interpretación e inciden en su contenido..."), p. 24 ("... reconfiguración de las ideas portantes del *ordenamiento completo*... a consecuencia del profundo cambio nacionalsocialista..."), p. 24 s. (observancia de los "*ordenamientos especiales* de la vida del pueblo" ["*Sonderordnungen* des völkischen Lebens", destacados del original]). *Marxen* (1975), p. 238 s. ve más bien "armonía" con la teoría de Schmitt, antes que "independencia".

345 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 27 (subrayan la igualdad de rango de la ley y la sentencia judicial); íd., p. 75 s. (el juez como ejecutor del legislador nacionalsocialista en el sentido de la teoría subjetiva; divergencia solo en caso de leyes anteriores al nacionalsocialismo).

346 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 27.

347 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 28 ss. ("exageración y vulgaridad" [p. 28], "lucha ciega contra los 'conceptos abstractos de la parte especial'" [p. 29]).

348 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 33 ss. (especialmente contra la subjetivización de Kiel, que precisamente no sirve "al derecho penal al servicio de la comunidad del pueblo" [p. 40 ss., 41] y que además excede el derecho penal de la voluntad de Freisler [ya *supra* cap. II 3., con nota 230 ss.], lo que, de este modo, en lo esencial solo tendría consecuencias para la punibilidad de la tentativa [p. 43 ss.]). Expresamente en contra, *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), p. 300 s., quien les reprocha a Schwinge/Zimmerl haber tergiversado a Freisler. Es sorprendente que penalistas sin dudas reconocidos le hicieran tanto caso a un nacionalsocialista fanático como Freisler. Pero según *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), p. 187, Dahm "siempre guardó distancia de Freisler

jurídico,[349] ni el concepto de Beling de tipo penal[350] y tampoco habría que modificar el derecho de la casación ("Revisionsrecht").[351] Antes bien, todas estas concepciones tradicionales podrían ser modernizadas "en su contenido jurídico" ("rechtsinhaltlich") y podrían ser rellenadas con contenido nacionalsocialista: ilícito como "nocividad para la comunidad" ("Gemeinschaftsschädlichkeit")[352] (de inspiración nacionalsocialista) que contradice el "sentimiento ético-social" del pueblo[353] –constituido como "comunidad de sangre"[354]–; culpabilidad como ánimo que contradice al nacionalsocialismo,[355] por tanto, ilícito y culpabilidad en conjunto como daño a la comunidad del pueblo causado por una personalidad delincuente determinada;[356] concepto teleológico de derecho que no solo debería orientarse según el fin del tipo penal, sino –en contra de la concepción liberal tradicional[357]– según el fin superior de la comunidad

y... muy frecuentemente se expresaba despectivamente sobre su vanidad y su patetismo hueco".

349 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 60 ss.

350 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 78 ss.

351 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 95 ss. (sobre todo contra Siegert).

352 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 33 s., 40 ("el hecho tiene carácter lesivo de los intereses sociales" [p. 40]), p. 57 s. (desarrollo ulterior de la "antijuridicidad material" sobre bases nacionalsocialistas; concretización de "derecho e ilícito" a través de la "ideología nacionalsocialista tal como es expresada... en el programa del partido y en los discursos y escritos del Führer...").

353 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 49 (lucha nacionalsocialista contra la "ética puramente individual", todavía muy difundida, y a favor del "sentimiento ético-social").

354 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 58.

355 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 58 s.

356 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 59.

357 En este sentido, también fue absorbido Binding, porque su teoría del bien jurídico habría estado orientada al valor social de los bienes y, por tanto, podía provenir "de un manual del nuevo derecho penal nacionalsocialista" (*Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 65).

nacionalsocialista y de su derecho;[358] configuración o normativización (del contenido jurídico) de los tipos penales sobre la base de la ideología nacionalsocialista;[359] creación de seguridad y unidad jurídica a través del derecho de casación en interés de la comunidad.[360]

En su publicación posterior sobre "irracionalismo", Schwinge se basa en estas reflexiones –que evidentemente contienen algo más que meras "concesiones al nacionalsocialismo"[361]– en la medida en que también le reprocha a la escuela de Kiel

358 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 62 ss. (concepto metodológico de bien jurídico, orientado al "fin de las disposiciones del StGB" y a la "interpretación teleológica de la ley" de Freisler (!) [p. 62 s.], "orientación del derecho según la idea de comunidad y de que la jurisprudencia sea atravesada por el espíritu del nacionalsocialismo" [p. 64], "superioridad de los valores de la comunidad del pueblo", "espíritu de la renovación nacionalsocialista del derecho" [p. 65], el método "teleológico y de contenido jurídico" se corresponde con el "pensamiento jurídico nacionalsocialista", "idea de bien jurídico nacionalsocialista" como expresión de un nuevo pensamiento del bien jurídico [p. 72], sustitución del concepto de bien jurídico "individualista" por el "nacionalsocialista" [p. 73, nuevamente con referencias a Freisler]; "nocividad para la comunidad" "definida a partir de la cosmovisión nacionalsocialista" [p. 74]). Ver también *Schwinge* (1930) (no citado por Zaffaroni); en cambio, en contra del método teleológico, *Schaffstein*, FS Schmidt (1936), p. 49, 59 ss.

359 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 79 (configuración del tipo penal sobre bases nacionalsocialistas), p. 88 s. (orientación del contenido jurídico según el "bienestar del Reich alemán y del pueblo alemán"), p. 92 (configuración del contenido jurídico de los tipos penales con miras a la "comunidad de sangre del pueblo alemán"), p. 94 (utilización de elementos normativos, en los que "la idea básica no puede ser expresada con claridad mediante elementos descriptivos", pero en lo posible evitar conceptos imprecisos y equívocos como "sentir del pueblo" [!]).

360 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 98 ("carácter *colectivista*" de la casación, destacado del original, "previsibilidad del derecho en el Tercer Reich" como en cualquier otro "Estado cultural"), p. 102 (examinación de la discrecionalidad judicial para asegurar la orientación uniforme según la "cosmovisión nacionalsocialista"), p. 105 (examinación de la correcta interpretación del "sano sentir del pueblo" –no obstante, contradictorio cuando antes, en p. 94, advierte de su empleo, ver nota previa).

361 Le quita importancia con estas palabras *Ziemann* (2009), p. 132 con nota 717.

que su intuición de las esencias y su contemplación total, influenciadas por la filosofía de la vida y de la intuición,[362] –que él considera opuestas a la "metodología del neokantianismo, el cual procede analíticamente"[363]– son demasiado irracionales.[364] Si bien le opone el "postulado de la investigación exacta"[365] y de la "penetración lógica del derecho" ("logische Durchdringung des Rechts"),[366] más representativo de la mentalidad del alemán –que busca lo "universalmente válido, lo firme y lo claramente comprensible"–[367], en la conclusión propone una solución intermedia entre intuición y racionalidad cuando le reconoce a aquella el rol "para el progreso del conocimiento humano" y a esta simplemente le atribuye la función de impedir que el irracionalismo sea demasiado grande.[368] Asimismo, reconoce que "la observación de conjunto y el análisis conceptual exacto tienen que trabajar mano a mano y complementarse mutuamente",[369] y que "el conjunto" tendría que ser "llenado de significado y ser concretizable".[370] Así, nos hallamos otra vez ante un relleno de contenido jurídico por parte de la ideología nacionalsocialista, lo que demuestra lo que realmente parece haberle importado a Schwinge,[371] a saber, la *imposición del pensamiento jurídico nacionalsocialista* mediante la formalización y racionalización (en esta medida, bien neokantiano), aceptando al mismo tiempo el principio del Führer.[372]

Zimmerl también puso su teoría al servicio del Estado nacionalsocialista, en la medida que rechazó a la interpretación clásica y liberal del principio de legalidad –protección contra arbitrariedad estatal– porque presuponía una contradicción entre Estado e individuo que no podía existir *per se* en el Estado nacionalsocialista del pueblo, en el cual cada "compatriota del pueblo" "tiene sentido y derecho a existir solo en cuanto miembro de la comunidad del pueblo" ("Glied der Volksgemeinschaft").[373] Además, si bien Zimmerl también reconocía la sujeción del juez –como segunda función del principio de legalidad– a la voluntad del legislador nacionalsocialista –y, de este modo, a la voluntad del Führer–,[374] lo entendía en el sentido

362 *Schwinge* (1938), p. 3 ss.

363 *Schwinge* (1938), p. 16.

364 *Schwinge* (1938), p. 16 ss., 43 ss.

365 *Schwinge* (1938), p. 31.

366 *Schwinge* (1938), p. 38. Aún más agudo, *Schwinge* (1938), p. 68: "Forma contra deformación, análisis contra observación, determinación lógico-conceptual contra lo oscuro de la inherencia, que no es comprensible racionalmente" ("Form gegen Ungeformtheit, Analyse gegen Schau, begrifflich-logische Bestimmtheit gegen das Dunkel der rational nicht zu fassenden Wesenshaftigkeit").

367 *Schwinge* (1938), p. 33 s. ("seguridad jurídica", con referencia Göring (!), p. 68 (el "alemán exige claridad, firmeza y pureza lógica en el derecho", está "dispuesto a aceptar la severidad, incluso la dureza, pero quiere tener la sensación de que el derecho mide su conducta con un parámetro protegido de riesgo de error humano y de arbitrariedad humana" y hace referencia al "sentir jurídico del pueblo").

368 *Schwinge* (1938), p. 41 s.

369 *Schwinge* (1938), p. 57 ("Ganzheitsbetrachtung und exakte begriffliche Analyse..."); también p. 59 ("relación de dependencia recíproca universal") y p. 60 ss. (en donde menciona "ejemplos sanos de ese punto de vista integral" en la ciencia jurídica alemana y luego menciona "contraejemplos").

370 *Schwinge* (1938), p. 64 ("die Ganzheiten", "inhaltserfüllt und konkretisierbar").

371 *Wolf*, DRWis 4 (1939), p. 168, considera que el mérito de este trabajo de Schwinge reside en haber subrayado "el aspecto básico, de historia del pensamiento" (p. 170) de la discusión con los de Kiel, es decir, la naturaleza "filosófica, científico-teórica" de la "cuestión" (p. 173).

372 En esa medida, con acierto *Zaffaroni* (2017), p. 188 ("darle racionalidad al nazismo"), p. 193 ("irracionalismo en la base de la decisión política", "conceptualización racional").

373 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 173 ("el nacionalsocialismo jamás podrá reconocer una oposición natural entre la comunidad del pueblo organizada como Estado y el compatriota individual del pueblo"). Al respecto, *Zaffaroni* (2017), p. 194 s.

374 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 173 s. (primacía del legislador en virtud de la "idea del Führer", legislador como el "Führer superior" [*Oberführer*]).

de una restricción legislativa a jueces demasiado punitivos;[375] por lo demás, intentó limitar el "sano sentir del pueblo",[376] que él consideraba problemático,[377] por medio de una utilización solo como recurso de segundo rango frente al merecimiento de pena según la "idea fundamental de una ley penal".[378] Estos intentos de contención, sin dudas propios del Estado de derecho, no son mencionados por Zaffaroni.

3. ¿EL NEOKANTIANISMO COMO PRECURSOR DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA?

Al lector atento no le habrá pasado inadvertida la crítica implícita contra la vinculación que construye Zaffaroni entre neokantianismo y derecho penal nacionalsocialista. Cuando, más adelante, en el marco de su análisis de la escuela de Kiel, Zaffaroni tilda a "los" (!) neokantianos de meros tecnócratas leales al régimen (en contraposición a los nazis convencidos de la escuela de Kiel),[379] demuestra una incomprensible oposición a

375 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 174 ("Puede ser de máxima importancia que el juez no castigue un hecho arbitrariamente, o en virtud de empeño excesivo, que el legislador quiso dejar impune").

376 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 175 ("ficción de haber hallado un sentir popular claramente reconocible, que juzga de modo uniforme incluso las cuestiones individuales más difíciles").

377 *Zimmerl*, FS Gleispach (1936), p. 175 s.: no hay que "disolver la sujeción del juez a la ley" porque la idea básica de la ley penal es el primer y más prioritario presupuesto de la punibilidad; el sano sentir del pueblo no es una "segunda fuente de derecho", pues "esta idea solo sería sostenible si el sano sentir jurídico del pueblo estuviera en condiciones, por sí mismo, de fundar la punibilidad". Esto contradecía la perspectiva nacionalsocialista, cf. *supra* cap. II 1. y nota 117.

378 Este era el primer presupuesto (alternativo) de la punibilidad según el modificado § 2 StGB (RGBl. 1935 I p. 839), supra nota 181.

379 *Zaffaroni* (2017), p. 232 (cuando traza una diferencia respecto de Dahm, nazi asumido, constata que: "... los neokantianos la asumían solo como *tecnócratas al servicio del régimen que fuese*" [destacado del original]). Por lo demás, considera

toda la corriente del neokantianismo, que ignora soberanamente la "variedad"[380] de aquello que es entendido por neokantianismo (lo que probablemente se deba a la recepción selectiva que tuvieron en Latinoamérica).[381] Zaffaroni cataloga a determinados pensadores en el neokantianismo (jurídico) sin definir en absoluto qué debe entenderse por tal.[382] Sin esta aclaración conceptual no se puede demostrar la proximidad de contenidos entre un autor determinado y el neokantianismo; en todo caso, se puede hacer referencia a una relación maestro-discípulo, pero categorizar a un maestro como neokantiano presupone, justamente, definir el concepto de neokantianismo.[383]

El neokantianismo "no es una escuela acabada",[384] sino un "movimiento político de múltiples ramificaciones",[385] existente desde fines del siglo XIX, que unifica las más di-

que la crítica de Dahm al neokantianismo es, en principio, justificada (*Zaffaroni* (2017), p. 235 ss. ["críticas en general coherentes", p. 237]), pero a la vez le reprocha que solo quería destruir por completo la teoría del delito neokantiana para construir sobre sus ruinas el concepto de autor unitario nacionalsocialista y para poder legitimar los espantosos crímenes del Estado nacionalsocialista (ídem, p. 237). Si bien Dahm se mostraría como "dogmático inteligente", pues revelaba las contradicciones internas del modelo neokantiano de delito, solo lo era para imponer la teoría nacionalsocialista del delito (ídem, p. 238).

380 *Wiegand* (2014), p. 93.

381 Cf. *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), p. 231, según él, en Hispanoamérica se hizo conocida por traducciones la "modalidad iliberal" del neokantianismo jurídico-penal.

382 Respecto de este frecuente error, *Wapler* (2008), p. 41.

383 Respecto de los criterios mencionados aquí (relación maestro-discípulo y proximidad de contenido con el neokantianismo), cf. *Wapler* (2008), p. 148.

384 Cf., p. ej., *Holzhey*, en: Ritter (1984), columna 749, con cita de F. Paulsen ("... no es una escuela acabada [*abgeschlossene Schule*], sino el intento de someter a prueba epistémica aquellos conceptos con los cuales operamos"); *Ziemann* (2009), p. 23 ("sin forma acabada").

385 *Wapler* (2008), p. 29 ("concepto genérico").

versas corrientes (individuales y colectivas[386]).[387] Lo común a estas corrientes era, con todo, el intento de encontrar una respuesta al concepto cientificista-materialista del mundo del siglo XIX,[388] pero el paso del materialismo al idealismo (neokantiano) se daba mediante enfoques intermedios que (al principio) no rechazaban completamente el concepto reduccionista-cientificista del mundo, sino que pretendían complementarlo.[389] Hacia fines de siglo, se habían formado dos corrientes principales:[390] la de Marburgo (logicista) y la de Baden y Alemania del Sur (criticista y teórico-valorativa),[391]

386 Esto es subrayado por *Wapler* (2008), p. 18 ss., 213 ss., para él, las diversas concepciones individuales o colectivas del valor jurídico fueron relevantes para la orientación metodológica y jurídico-filosófica –orientadas al individuo o, antes bien, a la comunidad–, con lo cual esta también pone de relieve la diversidad de cada concepción.

387 Al respecto, con más referencias, *Holzhey*, en: Ritter/Gründer (1984), columna 747 ss. (exposición de las corrientes existentes desde aprox. 1875, que difieren tanto en su contenido como geográficamente, y que según L.W. Beck tenían "*little in common*" [citado en p. 750]); también Österreich (1951), p. 416 ss. (distingue siete "corrientes del neocriticismo" [p. 417]).

388 Instructivo al respecto, *Wiegand* (2014), p. 41 ss.; también *Lepsius* (1994), p. 304 (compensación de los déficits de los métodos de las ciencias naturales); *Murmann* (2005), p. 104 s. ("giro contra el pensamiento de las ciencias naturales", "autonomía de las humanidades frente a las ciencias naturales"); *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 125.

389 Cf. *Wiegand* (2014), p. 47 ss. (se ocupa especialmente de R.H. Lotze y F.A. Lange).

390 *Zaffaroni* (2017) las menciona solo de paso, p. 166.

391 *Holzhey*, en: Ritter/Gründer (1984), columna 750 s. (fines del siglo XIX y comienzos del XX); ver también *Wapler* (2008), p. 29 ss., 38 ss.; *Lepsius* (1994), p. 305; *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 126 s. Respecto de la corriente de Marburgo, *Müller* (1994), p. 1 ss., quien, no obstante, cuestiona la existencia de una filosofía jurídica única de los de Marburgo y, con ello, de una "escuela" en sentido estricto (íd., p. 8) y quiere hablar, antes bien, de un "trabajo colectivo jurídico-filosófico" (p. 6), pero cuya existencia "a más tardar en 1913" (p. 6) ya "debía ser considerada fracasada" (p. 6) en razón del irresoluble "conflicto entre doctrinas de las ciencias jurídicas y concepciones del positivismo jurídico" (p. 3). Detalladamente sobre la corriente del sur de Alemania, *Wapler* (2008), p. 16 s. ("línea tradicional teórico-valorativa"), p. 40 s. (subraya su diversidad) y *passim*, quien distingue entre el concepto filosófico del valor (p. 29 ss.) y el concepto jurídico del valor –basado en aquel– (p. 147 ss.), así como también demuestra que solo en Lask se hallan cruces a la filosofía jurídica (colectivismo, creación de conceptos teleológicos) (p. 144 ss., 151 s.); también diferencia entre neokantianismo filosófico y jurídico *Lepsius* (1994), p. 304 ss., 318 ss.; especialmente respecto del neokantianismo jurídico-penal, *Ziemann* (2009), p. 25 ss.; también *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 132 ss.

entre cuyos representantes más significativos[392] pueden ser mencionados, por un lado, Cohen, Natorp y –de orientación jurídico-filosófica– Stammler y, por otro lado, Windelband, Rickert, Lask, así como –de orientación jurídico-filosófica– Radbruch[393] y Kelsen.[394] Pero sobre cada uno de estos autores debería investigarse por separado cómo se comportaron personalmente frente al nacionalsocialismo, al igual que si, y dado el caso cómo, sus teorías le dieron apoyo al derecho penal nazi o si le fueron útiles. Otros autores, tales como Mezger[395] y Schwinge/Zimmerl, mencionados por Zaffaroni, podrán haber estado influenciados por el neokantianismo –lo que, desde luego, en razón del significado del neokantianismo a comienzos del siglo XX, podría valer para casi todos los autores de las humanidades, de manera que sería de poco

392 *Wapler* (2008), p. 16 s., 29, 38, 39 s.; *Lepsius* (1994), p. 305; *Dreier/Paulson* (1999), p. 236 s.

393 Detalladamente sobre Radbruch, *Wiegand* (2014), p. 103 ss.; también *Kaufmann/von der Pfordten*, en: Hassemer *et al.* (2016), p. 80 ss.; *Mahlmann* (2017), p. 179 ss.

394 Respecto de la influencia neokantiana de la teoría pura del derecho de Kelsen, cf. *Paulson*, en: Alexy *et al.* (2002), p. 13 ss.; respecto del neokantianismo puramente jurídico de Kelsen, *Lepsius* (1994), p. 324 ss.

395 El propio *Muñoz-Conde* es crítico al respecto, Prólogo, en Zaffaroni (2017), p. 20 ("un tanto exageradamente"). En este sentido, *Ziemann* menciona a Mezger solo de paso (p. ej., p. 123 y nota 661) y expresamente no lo cuenta entre los penalistas neokantianos (p. 126 y nota 678). Coincide *Stuckenberg*, en: Kindhäuser *et al.* (2019), p. 132 ss. (quien menciona a Mezger solo al pasar como un antagonista respecto de Welzel en lo referente al enfoque ontológico de este último).

valor informativo–; pero, en todo caso, no pertenecían a los representantes más significativos del neokantianismo (Mezger –[más] significativo en cuanto penalista– aun menos que Schwinge). Por lo demás, la clasificación resulta difícil ya por el hecho de que en el neokantianismo jurídico-penal[396] tampoco existía una edificación teórica acabada –al igual que en el neokantianismo jurídico en general–.[397]

Los **contenidos nucleares** del neokantianismo (jurídico), pues, tampoco son fáciles de determinar.[398] Ya la vinculación con la filosofía de Kant es más complicada de lo que permite suponer el nombre "neo*kantianismo*", porque no se trataba simplemente de un "retorno a Kant",[399] sino más bien de un ulterior desarrollo neo-idealista de su teoría del conocimiento, de fuerte matiz hegeliano.[400] Así, p. ej., Windelband

396 *Ziemann* (2009), p. 119 ss. distingue, al respecto, tres fases principales: (i) comienzos del pensamiento jurídico-penal neokantiano alrededor de 1900, (ii) popularización en los años veinte y (iii) decadencia en la discusión de métodos y corrientes de los años treinta.

397 *Ziemann* (2009), p. 103 s., 106 ss. menciona como representantes principales del neokantianismo penal, junto a M.E. Mayer, E. Wolf y Grünhut, precisamente a Schwinge (más detalladamente, *Ziemann*, íd., p. 117 ss., referencias en nota 529), pero subraya lo difícil de la clasificación porque el neokantianismo del sur de Alemania no habría presentado un "sistema jurídico-penal acabado" (ídem, p. 103). *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 135 incluye a Honig en esta lista.

398 *Wapler* (2008), p. 23 ("extraordinariamente confuso").

399 Todavía así, el fundador del neokantianismo de Marburgo, *Lange* (1915), p. 3 ("volver a Kant"). Referencias en a neokantianos tempranos (Liebmann, etc.) en Österreich (1951) IV, p. 418; también *Stuckenberg*, en: Kindhäuser *et al.* (2019), p. 125.

400 *Wapler* (2008), p. 31 s. (apoyo en la teoría kantiana del conocimiento en los primeros escritos neokantianos de mediados del siglo XIX), p. 33 ss. (ulterior desarrollo neoidealista de la teoría del conocimiento de Kant); respecto de las "divergencias de teoría del conocimiento" entre Kant y la llamada escuela de Marburgo, cf. *Müller* (1994), p. 11 y nota 18. Cf. también *von der Pfordten*, JZ 2010, p. 1022 ss., quien no solo ve "poco" kantianismo y neokantianismo (continuación del desarrollo y modificación del kantianismo, pero con el cual "tiene poco que ver, si se lo entiende bien" [p. 1022]; giro hacia el neohegelianismo a comienzos del siglo XX [p. 1023]; dualismo metodológico "genuinamente neokantiano del sur de Alemania", pero no solo muy "inkantiano" [p. 1024]), sino que tampoco divisa los elementos nucleares de la filosofía jurídica radbruchiana –el derecho tiene que estar orientado a la idea de derecho, es decir, a la justicia– ni en Kant ni en los neokantianos de Heidelberg (p. 1025); cf. también *von der Pfordten* (2004), p. 333-379, quien reconduce la idea de derecho radbruchiana a Hegel y, por tanto, interpreta su neokantianismo como neohegelianismo. Ver también mas recientemente *Paulson*, JZ 2018, 1064.

y Rickert esbozan una concepción colectiva de derecho y Estado que conserva muy poco de la intención individualista y garantizadora de la libertad de Kant y que deja reconocer la influencia de Fichte y de Hegel.[401] Por otro lado, el esfuerzo por conocer el "concepto básico apriorístico del derecho"[402] a través de un rol activo del sujeto en el proceso de conocimiento[403] y de la creación apriorística de conceptos que "produce objetos" ("gegenstandserzeugend")[404] demuestra la proximidad con la teoría del conocimiento de Kant.[405] Por consiguiente, desde el punto de vista metodológico el neokantianismo es una *teoría científica del conocimiento*[406] que en su variante jurídica se convierte en una *teoría del conoci-*

401 *Wapler* (2008), p. 25.

402 *Braun* (2001), p. 6.

403 *Wapler* (2008), p. 44, 173.

404 *Lepsius* (1994), p. 333 ("concepción de la realidad que solo es producida por el método" ["Wirklichkeitsverständnis, das durch die Methode erst erzeugt wird"]); traza una diferencia con el concepto de objeto *Wapler* (2008), p. 45 s., 156 s.; respecto de la creación de conceptos por neutralización de opuestos, nacionalsocialista, ver el apartado siguiente (4.) y la nota 395.

405 Referencia explícita a Kant en *Ziemann* (2009), p. 33 ss., especialmente su forma apriorística del conocimiento (p. 36 ss.); ver también *Mittasch* (1939), p. 126 ("conocimiento de lo teóricamente correcto" como fin de la ciencia jurídica); *Murmann* (2005), p. 104 ("retorno al enfoque de teoría del conocimiento de Kant").

406 Österreich (1951), p. 416 ("subrayar la importancia del pensamiento para el conocimiento...").

miento del derecho.[407] Otra importante característica en común del pensamiento neokantiano consiste en el *dualismo metodológico*, es decir, la diferenciación entre realidad (materia, ser, *Sein*) y valor (forma, deber ser, *Sollen*).[408] Con ello, el concepto de valor en el neokantianismo del sur de Alemania (de orientación teórico-valorativa) es entendido como formal[409] pero, por lo demás, no es aplicado de manera uniforme –en el sentido de las corrientes individuales o colectivas mencionadas *supra*[410] y de la diferenciación entre absolutismo y relativismo valorativo–;[411] en el neokantianismo jurídico del sur de Alemania se impusieron posiciones valorativas relativistas, sobre todo con Radbruch.[412] De la valoración del

407 *Wiegand* (2014), p. 90 s. ("metateoría del conocimiento"); *Lepsius* (1994), p. 335 y nota 108; *Wapler* (2008), p. 148; *Ziemann* (2009), p. 32 ss. (teoría del conocimiento como método); también *Braun* (2001), p. 6.

408 *Wapler* (2008), p. 37 s., 42 s., 155 s.; *Lepsius* (1994), p. 333; *Dreier/Paulson* (1999), p. 13, 237; *von der Pfordten*, JZ 2010, p. 1024, 1026; ilustración instructiva en *Kaufmann/von der Pfordten*, p. 82; traza una diferencia *Ziemann* (2009), p. 105 s.; respecto del origen de la contraposición "ser-deber ser" en Kant, *Loos* (1970), p. 36 ss. No obstante, el propio Radbruch hizo de ello, con la categoría más amplia del derecho como "fenómeno cultural", una tricotomía metodológica y, así, hizo de su filosofía jurídica una "filosofía cultural del derecho" (cf. *Dreier/Paulson* (1999), p. 6 y nota 2, 25; p. 237 s.; *Wapler* (2008), p. 155, 194 s., 201 s.).

409 *Wapler* (2008), p. 43, 157.

410 *Supra* nota 386.

411 *Wapler* (2008), p. 26 s. (es discutido, p. ej., si la persona individual o la sociedad debe ser considerada como el fin más alto del derecho), p. 31 (concepción valorativa absoluta en Windelband, Rickert y Lask vs. concepción valorativa relativa en filósofos jurídicos neokantianos, especialmente Radbruch, ver nota siguiente), p. 41 ss. (teoría valorativa del neokantianismo del sur de Alemania, entre metafísica y relativismo); también *Ziemann* (2009), p. 71 ss. (pretensión objetiva y absoluta de valoraciones que en realidad parecen subjetivas y relativas); se diferencia de Windelband y Rickert respecto de la contraposición "ser-deber ser" *Loos* (1970), p. 39 ss.; en general, *Braun* (2001), p. 6 (reconocimiento de una referencia valorativa y de la justicia como fin del derecho).

412 *Wapler* (2008), p. 160 s. (Radbruch y Kelsen como representantes de un relativismo valorativo estricto frente a la mayoría predominante de

sujeto activo nacen valores –independientes–, de los cuales surge la diferenciación entre valoraciones (definidas individualmente) y valores (accesibles al conocimiento científico).[413] A la filosofía valorativa (*Wertphilosophie*)[414] le cabe una función de legitimación;[415] lleva a refutar la facticidad científico-natural del derecho.[416] Al fin y al cabo, el neokantianismo es *filosofía cultural* en la medida en que la cultura constituye el concepto (normativo) opuesto a naturaleza y establece la referencia valorativa (*Wertbeziehung*) del neokantianismo ("ciencia cultural de referencia valorativa" o "wertbeziehende Kulturwissenschaft").[417] La referencia valorativa fue también característica del neokantianismo jurídico-penal, pues este intentaba sustituir el pensamiento penal po-

filósofos jurídicos influenciados por la teoría absoluta de Windelband y Rickert, tales como Stammler y también M.E. Mayer); respecto de Radbruch, en este sentido, también *Ziemann* (2009), p. 86, con otras referencias; respecto del relativismo valorativo de Jellinek, *Wapler* (2008), p. 165 ss.

413 *Wapler* (2008), p. 47 s.; también *Wiegand* (2014), p. 224.

414 Respecto de la "ciencia valorativa" ("Wertwissenschaft") del neokantianismo del sur de Alemania, *Ziemann* (2009), p. 82 ss.

415 Detalladamente, *Ziemann* (2009), p. 70 ss.; respecto de la creación jurídico-penal de conceptos, orientada al valor (y a la realidad), *Mittasch* (1939), p. 3 s.

416 Cf. *Wolf* (1933), p. 27 (redescubrimiento del derecho "como valor... y... no solo como hecho"); respecto del neokantianismo (rickertiano) en cuanto teoría complementaria del positivismo (empirismo), *Welzel* (1962), p. 190 (con cita de Jaensch); *Loos* (1970), p. 4.

417 Cf. *Mittasch* (1939), p. 3, 18 s., 22 s. (referencia valorativa como expresión del "carácter específico de ciencia cultural de la ciencia jurídica" [3]); *Ziemann* (2009), p. 56 ss. (cultura como instrucción y cometido). La "ciencia cultural de referencia valorativa" es trasladada al derecho por Lask (ídem, p. 63 ss.) y desempeña también en Radbruch (tricotomía metodológica, *supra* nota 408) un papel importante (ídem, p. 65 ss., 101 s.). Respecto del pensamiento científico-cultural, orientado al valor, en el marco de la teoría del bien jurídico, *Amelung*, en: Alexy (2002), p. 363, 365 ss.; sobre la respectiva distinción entre ciencia natural y cultural *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 128 s.

sitivista-naturalista por uno orientado a valores y fines,[418] lo que, por lo demás, juega un rol dominante hasta hoy bajo la forma del sistema jurídico-penal racional-final ("zweckrational") o funcional.[419]

En lo tocante a *Schwinge*, receptado por Zaffaroni de manera más precisa (ya tratado anteriormente),[420] al principio su creación de conceptos teleológica, desarrollada en su tesis de habilitación de 1930, tuvo influencia (teórico-valorativa) neokantiana (de Baden) en cuanto discípulo del penalista de estampa neokantiana Max Grünhut[421] (quien, según se mencionó arriba, fue separado del cargo por los nazis).[422] Sin embargo, a más tardar en 1934 con su escrito publicado en conjunto con Zimmerl,[423] Schwinge inclinó hacia el pensamiento concreto del orden en el sentido de Schmitt,[424] cargó de nacionalsocialismo su concepto de bien jurídico[425] y rechazó el dualismo metodológico neokantiano.[426] En esa medida, coincidía con la escuela de Kiel, contra la que él luchaba, y, por cierto, no solo respecto de la oposición al neokantianismo,[427] sino también de la "posición fundamental sin dudas claramente nacionalsocialista",[428] razón por la cual se confirma el mencionado carácter ficticio o aparente de la "disputa" (metodológica) entre Schwinge y los de Kiel.[429] Frente a ello, la decadencia del neokantianismo en los años treinta ante la fuerza creciente del movimiento nacionalsocialista se explica, muy por el contrario de lo que insinúa Zaffaroni, por su neutralidad ideológica,[430] para la cual ya no había lugar precisamente en tiempos de prepotencia populista y racista.

En lo tocante a la *creación teleológica de conceptos*, como se sabe, no solo fue defendida por los neokantianos de orientación nacionalsocialista, sino también, ya antes, por las

418 Y, por cierto, desde Liszt, cf. *Mittasch* (1939), p. 20 ss., 84 ss.; también *Ziemann* (2009), p. 143.

419 Resumidamente y con otras referencias, *Roxin* (2006) § 7, n.° m. 26 ss.; *Jakobs* (1993), p. VII s. ("(Re-)normativización de los conceptos"), p. 5 s. (definición de contenido de los conceptos jurídico-penales por parte de los cometidos del derecho penal, especialmente de la confirmación preventivo-general de la norma); también *Schünemann*, en: ídem (1984), p. 45 ss. (clasificación roxiniana de los niveles sistemáticos de la estructura del delito "en cuanto valor unitario conductor" como "continuación del desarrollo fructífero del neokantianismo remitido al relativismo valorativo" [p. 47], el "pensamiento sistemático racional-final" como "continuación del desarrollo del neokantianismo" [p. 51]; "sorprendente renacimiento" de la teoría de la creación de conceptos del neokantiano Lask por parte de Jakobs [p. 54]); ver también *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 146 (los enfoques funcionalistas actuales "difícilmente puedan ser concebidos" sin el neokantianismo).

420 *Supra* 2., con nota 323 y texto principal.

421 Respecto de su impronta neokantiana, *Ziemann* (2009), p. 115 ss.

422 Cf. *Cohn* (1973), p. 2 (influencia de Windelband y Rickert); *Wapler* (2008), p. 151 s., 211 (influencia de Lask); *Stuckenberg*, en: Kindhäuser et al (2019), p. 135; respecto del concepto teleológico de bien jurídico de Schwinge, *Amelung* (1972), p. 133 s., 134 ss. (crítico).

423 *Supra* 2., con nota 324 ss. y texto principal.

424 *Supra* 2., con nota 342 ss.

425 *Supra* 2., con nota 358 y texto principal. Críticamente, también *Amelung* (1972), p. 139, 229.

426 *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 47 *in fine*, 58 (a favor de la coincidencia entre derecho y ética, "no son opuestos"); no obstante, ver también ídem, p. 50 (en contra de la coincidencia total). Respecto de él, también *Wapler* (2008), p. 254.

427 P. ej., *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), p. 105 ("... el más nuevo desarrollo signado por el distanciamiento de" la filosofía valorativa de la escuela del sur de Alemania), p. 106 ("desde el neokantianismo hasta una teoría de la creación de conceptos de influencia en parte fenomenológica, en parte hegeliana...", dogmática neokantiana con creación teleológica de conceptos, teoría abstracta del tipo, antijuridicidad material y culpabilidad normativa como "estadio de paso ya superado").

428 *Wolf*, DRWis 4 (1939), p. 172.

429 *Garbe* (1989), p. 28; ver ya *supra* 2., con nota 335.

430 *Ziemann* (2009), p. 130 ss. (130); *Stuckenberg*, en Kindhäuser et al (2019), p. 145.

víctimas (judías) (Grünhut,[431] Honig[432]) de la persecución nacionalsocialista.[433] Esto no sorprende de ninguna manera, pues la creación teleológica de conceptos no es otra cosa que la consecuencia de la preformación y transformación neokantiana, de orientación valorativa, de los conceptos jurídico-penales.[434] Hasta hoy sigue existiendo en el sistema jurídico-penal racional-final[435] y es un método de interpretación reconocido.[436] En lo que hace a la "escuela de Marburgo", a la que Zaffaroni hace referencia, por lo visto él la identifica con Schwinge. Pero de sus representantes principales, mencionados *supra*, los nacionalsocialistas solo captaron a Stammler[437] y, en cambio, combatieron a Cohen por su ascendencia judía;[438] por su parte, está discutida la pertenencia de Stammler a la escuela –no en última instancia por su oposición a Cohen–.[439] Los neokantianos liberales de izquierda, de orientación jurídico-filosófica,[440] son mencionados finalmente por Zaffaroni solo de paso y de forma incompleta.[441] La mayoría de ellos fueron los perdedores y las víctimas en la toma de poder nacionalsocialista,[442] mientras que otros neokantianos se alinearon con el régimen o lo apoyaron activamente.[443] De estos forman parte Dahm (discípulo de Radbruch) y Erik Wolf (discípulo de Lask),[444] a quienes Zaffaroni menciona, pero en otro contexto; volveremos a ellos en los cap. V y VI. En resumen, el reproche de Zaffaroni al neokantianismo es demasiado general; falta una necesaria investigación profunda sobre los autores mencionados por él (o de otros "neokantianos") respecto de eventuales aportes al nacionalsocialismo.

4. ¿COLECTIVISMO Y TEORÍAS VALORATIVAS MATERIALES COMO PRECURSORES DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA?

En realidad, las cosas son mucho más complicadas. Si bien se deja divisar una cierta proximidad de las concepcio-

431 Respecto de Grünhut, en este sentido, *Ziemann* (2009), p. 116 s.

432 Cf. *Honig* (1919). Respecto de él, en este aspecto, también *Ziemann* (2009), p. 118 y nota 625 ("el verdadero fundador de la 'creación teleológica de conceptos'"); respecto de su concepto de bien jurídico, *Amelung* (1972), p. 130 ss., 134 ss. (crítico).

433 Respecto del punto de vista teleológico de Stammler, *Ziemann* (2009), p. 101.

434 Respecto de esta, *Mittasch* (1939), p. 30 s.; *Ziemann* (2009), p. 135 ss.; *Stuckenberg*, en Kindhäuser et al (2019), p. 129 ss. (146).

435 *Supra* nota 419.

436 Cf., p. ej., *Zippelius* (2012), § 10 II.

437 Cf. *Müller* (1994), p. 9 s. con otras referencias.

438 Cf., p. ej., *Riecke* (1935), p. 11 ss., quien considera que la distancia entre el neokantianismo (de Marburgo) y el racismo nacionalsocialista está fundada ya por el hecho de que Cohen, en cuanto "representante principal de esta corriente", era judío y "en su sistemática" buscaba una filosofía "originada en la posición fundamental psicológica del judaísmo y que fuera proclamada por la ética misma del judaísmo como apogeo de la vida espiritual" (íd., p. 11). Pero en realidad la teoría del conocimiento de Cohen –ser como "el ser del pensamiento" ("das Sein des Denkens")– es inconciliable con el racismo nacionalsocialista ya por el hecho de que este no puede considerar al "ser del pensamiento" como completo, sino que tiene que agregarle valor y verdadera vida (al respecto, íd., p. 13 s.).

439 Cf. *Müller* (1994), p. 3 ("se niega... su pertenencia a la escuela"), p. 8 ss. ("supuesto alejamiento"), con otras referencias.

440 La proximidad con el socialismo democrático, especialmente de la corriente de Marburgo, es subrayada por *Lepsius* (1994), p. 305 s.

441 *Zaffaroni* (2017), p. 169, en donde nombra a Radbruch, M.E. Mayer, Grünhut, Freudenthal, Goldschmidt y H. von Weber, pero no, p. ej., a Kelsen.

442 *Ziemann* (2009), p. 131 menciona como neokantianos jurídico-penales, en este sentido, a Grünhut, Radbruch y Honig.

443 *Ziemann* (2009), p. 132 menciona como neokantianos jurídico-penales, en este sentido, a E. Wolf, Schwinge y Mezger (a pesar de que este no es considerado por él mismo como neokantiano, *supra* nota 395).

444 Según *Amelung*, en: Alexy (2002), p. 369 Wolf era la "'*shooting star*' de la ciencia jurídico-penal neokantiana".

nes valorativas absolutistas y los enfoques colectivistas de la escuela del sur de Alemania con ideologías totalitarias,[445] dado que con Rickert se sumó al nacionalsocialismo uno de sus más significativos representantes,[446] de ello no se puede derivar un desarrollo lineal desde el neokantianismo hasta el régimen nacionalsocialista y, por cierto, al menos por dos razones. Por un lado, la forma de la concepción valorativa no prejuzga sobre el contenido de los valores propagados, y tanto el absolutismo valorativo como el colectivismo fueron rechazados por numerosos representantes del neokantianismo jurídico. Así, en particular, Radbruch, por una parte, sostuvo un relativismo o pluralismo valorativo[447] y, por otra parte, declaró a la justicia, en cuanto expresión

445 Cf., p. ej., respecto de la "idea estatal" popular ("völkisch") como producto final del concepto jurídico-penal de orientación valorativa, *Mittasch* (1939), p. 4, 25 s., quien, por lo demás, pisaba firme en el suelo del derecho nacionalsocialista (ver, p. ej., su referencia a "judío" en la Ley de protección de sangre ["Blutschutzgesetz"] de Núremberg como concepto descriptivo [p. 50] y su reconocimiento de los esfuerzos de reforma nacionalsocialista [p. 100]); *Riecke* (1935), p. 11 considera que la escuela del sur de Alemania es incluso comparable, al contrario del neokantianismo de Marburgo, "sin más ni más con la problemática del pensamiento racista", porque está determinada "por elementos irracionales del ser"; también crítico, *Cattaneo* (2001), p. 222, 225 (concepción valorativa neokantiana del bien jurídico como abandono de la concepción liberal del bien jurídico). Respecto de la proximidad entre el transpersonalismo de Radbruch (1932, p. 54 ss. [*Dreier/Paulson* (1999), p. 58 ss.]) y la ideología nacionalsocialista, ver *Wiegand* (2014), p. 187 ss.; críticamente *Wapler* (2008), p. 229 s. En todo caso, el relativismo/pluralismo valorativo de Radbruch (*infra* nota 447) y su concepto de la idea de derecho (*infra* nota 448) hablan en contra de tendencias totalitarias.

446 *Wapler* (2008), p. 32, 140 ss.

447 En su filosofía jurídica, *Radbruch* (1932) subraya ya en el prólogo (p. VI [cita de *Dreier/Paulson*, 1999, p. 3 s.]) que contra el creciente irracionalismo hay que sujetarse al racionalismo y al relativismo ("como presupuesto intelectual de la democracia"); más detalladamente sobre el relativismo, luego, íd., p. 10 ss. [17 ss.].

de la idea jurídica, como el más alto fin del derecho.[448] Por otro lado, las suposiciones (metodológicas) básicas del neokantianismo, en especial el dualismo metodológico, no son conciliables con el nacionalsocialismo.[449] Así, ya en 1933 Radbruch constataba que para el nacionalsocialismo la distinción entre derecho y moral era "un mero prejuicio liberal".[450] Lepsius expresó en 1994 que el neokantianismo "no puede ser responsabilizado por el surgimiento del nacionalsocialismo",[451] porque quien "era kantiano no podía volverse nacionalsocialista".[452] Si bien esto resulta un tanto exagerado, en la medida en que el giro nacionalsocialista de significativos neokantianos (como Rickert y Stammler) demuestra que se precisa de algo más que una confesión metodológica,[453] sigue siendo correcta la afirmación esencial de que la suposición básica del neokantianismo –rela-

448 *Radbruch* (1932), p. 30 [cita de *Dreier/Paulson*, 1999, p. 34] ("La idea de derecho no puede ser otra que la justicia"), p. 32 [37] ("El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia" ["Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen"]); al respecto, "justicia en ese sentido significa igualdad" (p. 30 [35]) y, en general, la idea de derecho debería ser entendida como triásico de justicia, adecuación a fines y seguridad jurídica (§§ 7-10); sobre esto, también *Dreier/Paulson* (1999), p. 239, con respecto a Kantorowicz *Paulson*, JZ 2018, 1067.

449 Contra el dualismo metodológico y la idea de separación se opusieron explícitamente autores nacionalsocialistas y, en lugar de ello, exigieron una eticización, cf. ya *supra* cap. II 2. y nota 194, así como *infra* cap. V 3. y nota 557. Con todo, también existía continuidad respecto de concepciones previas, ver, p. ej., ya *Liszt*, ZStW 27 (1907), p. 91 (a favor de una "síntesis entre el ser y el deber ser" como núcleo de una "ciencia normativa", en contra, entre otros, de neokantianos tan diversos como Windelband, Rickert, Radbruch y Stammler).

450 *Radbruch* (1933/1957), p. 74 ("ein bloßes liberalistisches Vorurteil").

451 *Lepsius* (1994), p. 304.

452 Así, *Lepsius* (1994), p. 341.

453 Respecto de Rickert, en este sentido, *Wapler* (2008), p. 258, quien, entre otros, deriva de ello que una "determinada concepción de teoría del conocimiento claramente todavía no ofrece inmunidad contra una ideología totalitaria"; para más contra-ejemplos, *von der Pfordten*, ARSP 82 (1996), p. 593.

tivismo valorativo y dualismo metodológico– no es conciliable con el nacionalsocialismo.[454] Desde el punto de vista nazi, la normativización originaria neokantiana (relativista) quedó atascada en el positivismo de los valores existentes; por tanto, era necesaria una orientación (absolutista) según las nuevas valoraciones nacionalsocialistas, que se apartaran de aquellos.[455] En efecto, por un lado, el giro de Schwinge desde una posición originaria neokantiana y, por otro lado, la oposición general de Radbruch al nacionalsocialismo confirman la suposición de que una posición valorativa-relativista, ideológicamente neutral (tal como la que tuvo siempre Radbruch)[456] es más afín a la democracia, o

454 Cf. en este aspecto *Lepsius*, Untersuchung (1994, p. 335 ss. [341]), en donde investiga el concepto de pueblo (*Volk*) de Laun, quien si bien no se diferenciaba en contenido y función del concepto nacionalsocialista de pueblo, se ceñía al dualismo metodológico y, así, no tomaba la concepción ontológica de realidad nacionalsocialista, con la consecuencia de creación de conceptos por neutralización de los opuestos. En este sentido, coincidente en principio con Lepsius, *Wapler* (2008), p. 258; *von der Pfordten*, ARSP 82 (1996), p. 593. Cf. también respecto del neokantianismo de Marburgo *Müller* (1994), p. 9, quien señala que, por la aversión nacionalsocialista "contra el pensamiento de espíritu crítico de Kant", los de Marburgo en conjunto "fueron aislados por los nacionalsocialistas". Respecto de la oposición entre el pensamiento antiliberal y el neokantianismo del sur de Alemania por el relativismo apolítico de este, *Marxen* (1975), p. 170 s.

455 Cf., en profundidad, *Schaffstein* (1934), p. 11 ss. (crítico del método teleológico-valorativo del neokantianismo del sur de Alemania [p. 11], que no con su "relativismo ético" no lograba penetrar en los "valores correctos" [p. 12] y que omitía "una verdadera valoración consciente y política" [p. 13]; en lugar de ello, orientación según las nuevas valoraciones populares y racistas del Estado totalitario nacionalsocialista y del principio del Führer [p. 18 ss., 23 ss.]).

456 Esto tampoco se ve modificado por la valoración crítica-diferenciadora ("relativización") del llamado "Proyecto Radbruch" de un Código Penal Alemán General de 1922 por parte de *Goltsche* (2010), p. 367 ss. (396) (ver críticamente también *Vormbaum* (2011), p. 17 ss.). Su crítica completamente acertada, específicamente contra la subjetivización (lisztiana) de derecho penal de autor del Proyecto con tendencia de derecho penal de ánimo y el trato especialmente severo del llamado delincuente habitual (*Goltsche*, íd., p. 370 ss., 385, 391, 395 s.) se reconduce a la influencia que su maestro Liszt tuvo sobre Radbruch, pero también a factores de política real (cf. también ídem, p. 7 s., 387 ss.), que no cambian nada de la posición de Radbruch, valorativo-relativista, ideológicamente neutral y, por tanto, profundamente liberal.

bien más hostil a la dictadura, que una posición valorativa-absoluta y eticizante (como la que adoptó Schwinge).[457]

Así, pues, también hay que diferenciar[458] –algo que no hacen quienes vinculan al neokantianismo con el derecho penal nacionalsocialista[459]–, en el posterior desarrollo, entre el neokantianismo formal (originario), orientado a la teoría del conocimiento, y las *teorías* –dominantes a partir de los años treinta[460]– *del valor y del ser*, en el sentido de Max Scheler[461] y Nicolai Hartmann[462], materiales y de orientación fenomenológica, que se desprendieron de aquel.[463] Sin dudas, estas pue-

457 Como es sabido, Welzel lo veía de otra manera y criticó el relativismo de Radbruch precisamente porque "ineludiblemente conduce a entregarle el derecho al poder" ("zur Auslieferung des Rechts an die Macht"; *Welzel*, 1962, p. 188, 252).

458 Esta diferenciación también es subrayada por *Schmitt*, FS Forsthoff, 1967, p. 37 (44, 49); del mismo modo, *Wiegand* (2014), p. 79 s. (el neokantianismo del sur de Alemania "no es una ética valorativa" ["Wertethik"] ("eticización no permitida"], sino "una filosofía de la *vigencia teórica*" ["Philosophie der *theoretischen Geltung*"] [destacado en el original]); con respecto a la posición básica, crítica de la metafísica, del neokantianismo (escandinavo) *Lindner* (2017), p. 29 (pero solo referido a Hagestrõm).

459 Ni *Zaffaroni* (2017), ni *García Amado* (2019) realizan esta distinción. El último cita a *Ferrajoli* (1995), p. 186, puntualmente un segmento en el que coloca a ambas teorías en el mismo nivel, con referencias a "sugerencias neokantianas y de la filosofía de los valores" (en la edición de 2005, que aquí se cita, la referencia está en la p. 486).

460 *Wapler* (2008), p. 162.

461 *Scheler* (1916); *Scheler* (1919).

462 *Hartmann* (1926).

463 *Amelung* (1972), p. 226 y *passim* habla, en este sentido, de teorías post-neokantianas o bien de teorías "que se despegaron del neokantianismo" (p. 224); *Wapler* (2008), p. 24, 27, 243 habla de un giro o un paso a las teorías ontológicas materiales; de modo similar *Paulson*, JZ 2018, 1064; *Stuckenberg*, en Kindhäuser et al (2019), p. 145 (desplazado por teorías de valor).

den ser consideradas como punto de partida o fundamento filosófico-jurídico del nacionalsocialismo,[464] pues precisamente lucharon contra el formalismo neokantiano y su neutralidad ideológica[465] y, en lugar de ello, propagaron la fusión (nacionalsocialista) del ser ("Sein") con el deber ser ("Sollen") –con la consecuencia de que el deber ser fuera penetrado por, o se orientase según, la realidad (el ordenamiento concreto del pueblo y de la vida)[466] y con la consecuencia de la creación de conceptos por neutralización de los opuestos ("gegensatzaufhebende Begriffsbildung")[467]– así como la eticización y la

464 Respecto de la tendencia nacionalsocialista de las teorías valorativas, p. ej., *Amelung* (1972), p. 141 ("hipostasia del juicio de valor que constituye bienes" ["Hypostasierung des güterkonstituierenden Werturteils"]), p. 224 (más peligroso para la democracia que "el relativismo neokantiano"), p. 226 ss. ("lucha en común contra el dogma naturalista y liberal (formal) del delito como violación causal del bien jurídico" [p. 226], legitimación "a través de valores culturales populares..." [p. 227]); *Wapler* (2008), p. 243 ss.; también *Frommel*, JZ 2016, p. 913 (favorecimiento y facilitación del nacionalsocialismo, pero sin pruebas); respecto del irracionalismo de las filosofías de la vida (Bergson, Nietsche, Dilthey) como presupuesto de la ciencia jurídico-penal antiliberal, *Marxen* (1975), p. 18, 47 ss. Ver también la discusión sobre el fundamento fenomenológico de las teorías de Kiel en *Schwinge/Zimmerl* (1937), *supra* 2., con nota 327 ss. y texto principal; en contra, *Dahm* ZStW 57 (1938) p. 225, 285, y cap. V 2., con nota 549 ss. y texto principal.

465 Cf. *Ziemann* (2009) p. 133 ("crítica del formalismo neokantiano y... giro hacia un material ontológicamente preexistente", con referencia a Welzel); también *Marxen* (1975), p. 55, 170 s. ("relativismo débil" del neokantianismo).

466 *Wapler* (2008), p. 243; respecto de la lucha nacionalsocialista contra el dualismo metodológico, también ídem, p. 32, 249 s., 258.

467 *Lepsius* (1994), p. 146 ss. y *passim* (supresión dialéctica de los elementos naturales y espirituales de un concepto; del ser y el deber ser, realidad y valor, a un nivel conceptual más alto, así como de los opuestos reales, como individuo y pueblo, a un nivel real más alto, p. ej., la voluntad del Führer en cuanto expresión de la voluntad del pueblo [E.R. Huber], de manera que los conceptos aparecen "como corporeización de una realidad valorativa" ["als Verkörperung einer werthaften Wirklichkeit", p. 149, 153], es decir, el

espiritualización metafísica del derecho[468] (penal). Contra su irracionalismo, por su parte, se levantó precisamente Schwinge –mencionado por Zaffaroni como representante principal de un neokantianismo nacionalsocialista–.[469]

No obstante, se podrá seguir diciendo que el concepto valorativo *absolutista-colectivista* del neokantianismo del sur de Alemania llevaba el germen de la teoría valorativa material[470] y que el colectivismo, en cuanto fundamento central, les dio apoyo a tendencias totalitarias como las del nacionalsocialismo, pues un enfoque colectivista implica, justamente, la solución de conflictos entre individuo y colectivo en el nivel más alto de la unidad colectiva, en perjuicio del indivi-

"valor" normativo ["Werthaftigkeit"] se torna en "valor" real como nueva realidad [p. 153 s.]).

468 En este sentido, respecto de la transformación de contenido del concepto valorativo (originariamente formal), *Ziemann* (2009), p. 138 ss. ("transformación del concepto valorativo formal y de referencia valorativa... en un concepto valorativo material y realizador del valor" [p. 141]); también *Vogel* (2004), p. 72 (carga ético-social de los bienes culturales en el pensamiento de referencia valorativa). Ver, no obstante, también *Cattaneo* (2001), p. 237 s., quien considera que la concepción ética de Hartmann es abruptamente opuesta a la concepción nacionalsocialista.

469 *Supra* 2., con notas 324 ss., 364 ss. y texto principal, respectivamente. También crítico *Mittasch* (1939), p. 17 s.

470 Ver también *Wapler* (2008), p. 245 ("el paso a filosofías materiales del ser ya estaba preparado en el neokantianismo del sudoeste de Alemania"), quien luego (p. 246 ss.) presenta "notables ejemplos" de este traspaso, a saber, el giro al neohegelianismo en Erich Kaufmann y en Binder, así como la teoría de Sauer sobre las mónadas de valor. Además, se puede nombrar aquí a Erik Wolf, quien en el año 1933 creó la "visión de valores y de la realidad" ("Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung") del nuevo sistema jurídico-penal, entre otros con carácter neokantiano del sudoeste alemán, y así se remitió sin transición a la fenomenología de Husserl y de Heidegger, por medio de la cual se habría impuesto el "punto de vista [de la independencia del derecho respecto de las ciencias naturales] más allá de lo metodológico" (*Wolf* (1933), p. 27 s., 32; respecto de este texto, más detalladamente *infra* cap. VI 1., con notas 704 ss. y texto principal).

duo.[471] Por otro lado, hay que tomar en cuenta que el paso del concepto valorativo neokantiano a las teorías valorativas materiales y de estas al nacionalsocialismo de ningún modo fue ineludible o lineal.[472] Esto se demuestra con innumerables ejemplos, no en última instancia con los pensadores que fueron perseguidos por su origen judío,[473] pero sobre todo surge de la diferencia metodológica ya tratada entre estas teorías y el neokantianismo (jurídico), en especial en su variante pluralista y valorativa-relativista (de Radbruch), que se opone diametralmente a la absolutización autoritaria de determinados valores o de determinada ideología.[474]

La crítica clásica a la fundamentación valorativa del derecho,[475] a saber, en cuanto crítica contra la fundamentación de valores puramente intuitiva, intersubjetivamente incomprensible, que en última instancia conduciría a una "tiranía irracional de valores"[476] por sobre el derecho,[477] o bien más

471 Cf. también *Wapler* (2008), p. 259.

472 Cf. también *Wapler* (2008), p. 249 ("no fue ineludible" ["nicht zwangsläufig"], pero "desde el punto de vista de un colectivismo nacional-conservador... sin dudas era de esperar... el giro al nacionalsocialismo...").

473 En este sentido, *Wapler* (2008), p. 249 menciona al neohegeliano Erich Kaufmann. En el caso de otros, p. ej. Binder y Sauer, el apoyo al nacionalsocialismo no fue incondicional; Binder, p. ej., se ceñía al respeto al individuo, cf. *Wapler* (2008), p. 250 ss.; no obstante, críticamente sobre Sauer, *Jiménez de Asúa* (1947), p. 92 ss. Por otra parte, Dahm (¡discípulo de Radbruch!) se opuso al neokantianismo en general y a la creación teleológica de conceptos en particular, cf. ya *supra* 3., con nota 427 y *Wapler* (2008), p. 253 s.

474 La contracara del relativismo es su falta de limitación, basada en derechos humanos/constitucionales, del "derecho incorrecto" ("unrichtiges Recht"), lo que, como es sabido, condujo al "giro" de Radbruch hacia el derecho natural, al respecto *infra* nota 499 ss. y texto principal.

475 *Bockenförde*, en: Dreier (1990), p. 33 ss.

476 El concepto proviene de *Hartmann* (1926), p. 524 ("Tyrannei der Werte"). No obstante, fue utilizado en su contra por sus críticos, cf. p. ej. *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), p. 59.

477 Cf. *Bockenförde*, en: Dreier (1990), p. 41 ss. (al pensamiento valorativo le falta "un fundamento racional, basado en una mediación discursiva...", de

recientemente en cuanto crítica contra una ciencia jurídica metafísica que le da la palabra a verdades de sustancia ontológica y a juicios sobre lo que es correcto,[478] en realidad se dirige también, y sobre todo, contra las teorías valorativas materiales. Al respecto, no obstante, no se debe soslayar que de ninguna manera se puede cuestionar la importancia de los valores y las valoraciones para un ordenamiento jurídico, lo que, en esencia, es ineludible.[479] Centralmente se trata de una crítica metodológica que puede ser tratada si se hacen públicos y se explican los fundamentos de las valoraciones;[480] estos surgen, en un Estado de derecho democrático, de su constitución liberal, concretizada por la jurisprudencia (¡derecho penal constitucional!). Así, la crítica dirigida contra las teorías valorativas materiales no afecta la fundamentación de valores racional, intersubjetiva, realizada discursivamente y con anclaje constitucional.[481] Además,

manera que "la esclusa de ingreso de opiniones e ideas subjetivas metodológicamente incontrolables de jueces y juristas, así como valores y valoraciones diarios, tempranos y predominantes de la sociedad" conduzca hacia el derecho ["die Schleuse für das Einströmen methodisch nicht kontrollierbarer subjektiver Meinungen und Anschauungen der Richter und Rechtslehrer sowie der vorherrschenden zeitigen Tageswerte und -wertungen der Gesellschaft", p. 41]); en este sentido, p. ej., *Mittasch* (1939), p. 32 s. ("... la ciencia jurídica de referencia valorativa [wertbeziehende Rechtswissenschaft] no solo es racional, sino también, al mismo tiempo, 'intuitiva y casuística'...", porque "los valores y su vigencia relativa... no son racionalmente comprensibles hasta el último detalle").

478 *Lindner* (2017), p. 4 ss., 181 (tentación metafísica como consecución de ideas valorativas, morales y de justicia mediante estructuras organizadas de poder, p. ej. en la época nacionalsocialista, razón por la cual sería necesaria una autolimitación metafísica).

479 Con acierto, *Starck*, en: Dreier (1990), p. 47 ss.

480 Cf., p. ej., *Starck*, en: Dreier (1990), p. 51 ss., quien a modo de criterios para definir lo que es correcto propone el reconocimiento intersubjetivo desde una perspectiva histórico-empírica y de derecho comparado, así como premisas básicas antropológicas.

481 Cf. también *Starck*, en: Dreier (1990), p. 49.

no deja de ser algo irónico que precisamente Carl Schmitt[482] y Ernst Forsthoff[483] aparecen o son presentados como críticos de una fundamentación valorativa del derecho,[484] pese a que se trata de autores que fueron, mediante el aseguramiento teórico-jurídico, responsables de la tiranía y absolutización nacionalsocialista de los valores.[485]

Pero se condenaría por igual a justos y pecadores si se rechazara *a limine* toda fundamentación valorativa del derecho en razón de la "tiranía de los valores"[486] nacionalsocialista.[487] 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 de-

482 *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), p. 37 ss. (49, 59 ss.). No obstante, Schmitt guarda silencio respecto de su propio rol; si bien se refiere críticamente a la absolutización nacionalsocialista-racista del pueblo alemán como "valor supremo" ["Höchstwert"] (Hitler), lo hace como si no le incumbiera (p. 42).

483 *Forsthoff*, Festgabe Schmitt (1968), p. 185 (190, 209 s.), quien advierte contra la liviana "revalorización, devaluación y trasformación" ("Auf-, Um- und Abwertung") de valores y, con ello, contra los derechos fundamentales así concebidos ("Si en 1933 el nacionalsocialismo se hubiera encontrado con los derechos fundamentales como valores, no habría intentado derogarlos" [p. 190]) y precisamente por ello rechaza (con remisión a la "devaluación y transformación de valores" ["Ab- und Umwertungen"] del siglo [ídem, p. 209]) la "carga material del derecho" ("materiale Aufladung des Rechts", p. 209); en contra, *Starck*, en: Dreier (1990), p. 50.

484 En *Bockenförde*, en: Dreier (1990), p. 34, 46.

485 Con acierto, en este aspecto, *Robbers*, en: Dreier (1990), p. 162, 167 s. (con referencia a la absolutización de Schmitt de valores particulares y a su pensamiento amigo-enemigo).

486 *Schmitt*, FS Forsthoff (1967), p. 37 ss.

487 Del mismo modo, *Starck*, en: Dreier (1990), p. 50 ("Por el hecho de que los valores que fueron fundamento del régimen nacionalsocialista, en última instancia conocidos por todos, hayan resultado lesivos de la dignidad humana, no tenemos que pasar a una crítica fundamental de todo valor como fundamento del derecho").

rechos humanos de un programa normativo.[488] Tal programa representa una necesaria complementación del positivismo, porque este por sí solo no dejó indefensos a los juristas alemanes frente a los crímenes del nacionalsocialismo –en contra del conocido mito que fue puesto en circulación por ex nazis y nuevos nazis en el período de posguerra[489]–. Esta **tesis del positivismo o de la indefensión** de Radbruch[490] es, de hecho, un *mito positivista*, dado que el propio nacionalsocialismo, como ya se explicó anteriormente,[491] combatió al positivismo por sus efectos restrictivos, alistando principalmente a los jueces como operadores "del pensamiento del derecho natural", pervertidos por el racismo y la ideología popular;[492] el derecho solo habría de ser estrictamente obligatorio en cuanto legislación nacionalsocialista, en especial los mandatos del Führer.[493] Por tanto, hoy en día se reconoce que el cumplimiento de los juristas alemanes con los mandatos del nacionalsocialismo se originó a partir de

488 Sobre la respectiva orientación valorativa de los derechos humanos en el derecho comparado, ver *Ambos*, RW 8 (2017), 247, 271 s.; en español en RP 41 (enero 2018), 5 ss. (23).

489 Respecto de Schwinge, ver p. ej. *Garbe* (1989), p. 76 con otras referencias; ver también *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), p. 279 s., según él, "hace veinte años [es decir, ¡1933!] el positivismo era indiscutido y completamente dominante", el "tercer Reich le tomó la palabra al positivismo jurídico" ("den Rechtspositivismus beim Wort genommen"), "realmente puso en práctica la teoría positivista", razón por la cual "incluso una orden de matar a todos los niños de ojos azules [habría] sido válida si hubiera provenido del titular del máximo poder estatal..."; *Dahm* (1956), p. 15, según él, "también" [!] en el derecho internacional "el desarrollo pasa del derecho natural al positivismo y del positivismo al derecho natural"; más detalladamente, con otras referencias, *Foljanty* (2013), p. 23 ss. (diferencia entre tres corrientes).

490 *Radbruch*, SJZ 1 [1946], 105, 107.

491 Cf. Cap. II 2., con las notas 209 ss y la sección 2. de este capítulo, con la nota 337 y el texto principal.

492 Cf. Cap. II 1., con la nota 141 y la sección 2. de este capítulo, con las notas 345, 374 y el texto principal.

493 Cap. III, con nota 263 y el texto principal.

una combinación de "un positivismo jurídico pervertido... y un 'derecho natural pervertido'".[494] Más allá de eso, en el período de posguerra muchos jurista (con orientaciones nacionalsocialista) retrospectivamente libraron una batalla contra el "hombre de paja" del positivismo, como si fuese una batalla contra el pensamiento jurídico nacionalsocialista, y después de 1945 se dedicaron a renovar el derecho con un enfoque tendente al derecho natural, con el fin de tercerizar su responsabilidad y desplazar su propia culpa.[495] En consecuencia, la "tesis de la indefensión" convirtió a las víctimas de la persecución nacionalsocialista, como Kelsen o Radbruch, en autores de la persecución[496] y sirvió como argumento en contra del castigo de la perversión del desarrollo de la administración de justicia y para la rehabilitación del poder judicial nacionalsocialista en su conjunto.[497]

En todo caso, sí es necesario colocarle límites, normativos y de derechos humanos, al "derecho incorrecto" ("unrichtiges Recht"). Esta, precisamente, es la teoría que surge a partir de la relativización de Radbruch de su teoría autoritaria de la vigencia del derecho,[498] que le daba primacía

494 Así, hoy también se reconoce que la obsecuencia nacionalsocialista de los juristas judíos se debió a la combinación de "un positivismo pervertido... y un 'pensamiento iusnaturalista' pervertido" (*Dreier/Paulson* (1999), p. 248; coincidente, *Braun*, JZ 2017, p. 454); cf. también *Marxen* (1975), p. 251 s. (rechazo de la legalidad estricta por el concepto material de delito y únicamente sujeción estricta a la legislación nacionalsocialista/al mandato del Führer); *Maus* (1989), p. 81 ss. (dos presupuestos falsos de la tesis del positivismo, a saber, subestimación del carácter legal de las normas nacionalsocialistas y del carácter de mandato suficientemente determinado de las normas nacionalsocialistas [p. 82 ss.] y subestimación de las tendencias antipositivistas ya antes de 1933 [p. 84 ss.], en efecto, "sujeción al valor" en vez de sujeción a la ley [p. 92]); *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 325 ss., 335 ss. (ni positivismo legal ni positivismo vigente ["Geltungspositivismus"] en la República de Weimar, ni el nacionalsocialismo se sirvió del argumento de vigencia positivista); *Wapler* (2008), p. 255 ss. (ningún positivista se volcó al nacionalsocialismo, la teoría nacionalsocialista era "radicalmente antipositivista" [p. 257]; no fue el positivismo, sino la incapacidad o bien la falta de voluntad de los juristas alemanes de defender el derecho escrito lo que los hizo indefensos [p. 257 s.]); *Foljanty* (2013), p. 19 ss. ("corriente" antipositivista desde la Primera Guerra Mundial que continuó en el nacionalsocialismo); *Ott* (2016), p. 25 ss. ("se ha demostrado que es falsa" la tesis de la indefensión [p. 27], porque el antipositivismo ya existía en la época de la República de Weimar y el propio derecho nacionalsocialista era antipositivista; la mayoría de los juristas eran antiliberales y partidarios de un Estado autoritario); *Lindner* (2017), p. 181 (la ideología nacionalsocialista aborrecía el positivismo y el derecho nacionalsocialista era "derecho metafísico, cargado de ideologías sustanciales extrajurídicas que, con ayuda de conceptos como sangre, pueblo, raza, falta de valor de vida, etc., transitaron su camino de desprecio y exterminio de la vida humana"); *Frommel*, JZ 2016, p. 913, 916, 919 s. (con referencia correcta al positivismo como enemigo del nacionalsocialismo); *Whitman* (2017), p. 148 ("para nada... positivismo jurídico... más cerca del pragmatismo del *common law*); en contra del mito también *Rückert*, ZRG-GA 103 (1986), 207-8; ídem, JZ 2015, 804; *Rüping/Jerouschek* (2011), p. 111 (con énfasis en el apoyo general al régimen); *Stolleis* (2016), p. 11, 23 ("refutado").

495 *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 350 con nota 42 *in fine*, detalladamente respecto de este "giro doctrinario" ("Wendeliteratur") iusnaturalista, del positivismo como "hombre de paja" y de la externalización y el traslado de la culpa, *Foljanty* (2013), p. 4s ss., 35 s., 37 ss.; críticamente respecto del silencio generalizado, de las "redes" y del "giro doctrinario", *Frommel*, JZ 2016, p. 917 ss., 2017, 462 (en especial respecto de Welzel) así como *Rüthers*, JZ 2017, p. 457 ss.; respecto de la función exculpatoria del mito positivista, también *Gross* (2010), posición 214

496 *Foljanty* (2013), p. 38 s.

497 Ídem, p. 76 ss., con referencias adicionales.

498 *Radbruch* (1932), p. 81 [*Dreier/Paulson*, 1999, p. 82] ("Si nadie es capaz de constatar qué es lo justo, alguien tiene que definir qué debería ser lo legal y... terminar... el conflicto entre ideologías jurídicas opuestas mediante una *decisión autoritativa de poder*... Quien está en condiciones de imponer el derecho demuestra que ha sido llamado a fijar el derecho" ["Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was Rechtens sein soll, und...den Widerstreit entgegengesetzter Rechtanschauungen durch einen *autoritativen Machtspruch*...beenden...Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist", destacado agregado]) y p. 83 [84] ("Para el juez, es un deber del oficio hacer valer la voluntad de vigencia de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico en pos de la orden jurídica autoritativa, preguntarse únicamente qué es legal y nunca qué es justo" ["Für den Richter ist es Berufspflicht, den Gel-

a la seguridad jurídica, mediante la conocida fórmula radbruchiana,[499] aunque se trata de la limitación del "derecho incorrecto" a través de un giro hacia el individualismo[500] –que refuerza el elemento democrático y valorativo-relativista de la teoría radbruchiana– y a través del reconocimiento

tungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei"]). Al respecto, *Dreier/Paulson* (1999), p. 245 s.; crítico (¡justamente!) *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), p. 279 ("formados en esas teorías, los juristas alemanes se volcaron al 'tercer Reich'"), así como *Bockenförde*, en Dreier (1990), p. 43 (según él, Radbruch, con esta "orientación" "libró a los juristas alemanes al régimen nacionalsocialista"); también crítico, *Walther*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 339 s. (razón por la cual la tesis del positivismo de Radbruch se tornó "autoincriminante"). No obstante, de debe tomar en consideración que Radbruch se ciñó al racionalismo y al relativismo (*supra* nota 447) y ya antes de 1933, con su orientación según la idea de derecho y la justicia (*supra* nota 447), no defendió un concepto de derecho puramente positivista (al respecto, *Wapler* (2008), p. 202 ss.; del mismo modo, *Frommel* JZ 2017, p. 460, quien subraya los "fundamentos relativistas" de Radbruch).

499 *Radbruch*, SJZ 1 (1946), p. 105 (107) (el límite de la prevalencia básica del derecho positivo está dado cuando "la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcanza medidas tan insoportables que la ley tiene que ceder ante la justicia en cuanto 'derecho incorrecto'" ["der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat"]). Al respecto, con otras referencias, *Dreier/Paulson* (1999), p. 247 ss.; *Wapler* (2008), p. 261 ss. (quienes, por lo demás, parten de una continuidad del enfoque de Radbruch); en contra de un giro iusnaturalista de Radbruch, también *Frommel*, JZ 2016, p. 916 s.; no obstante, a favor (en réplica a Frommel), *Braun*, JZ 2017, p. 452 ss. (con confrontación de citas de Radbruch de antes y después de 1945) y *Rüthers*, JZ 2017, p. 459; (a su vez, dúplica de *Frommel* JZ 2017, p. 460, 462, quien solo reconoce un "giro *personal*" (destacado del original) en el mantenimiento de la posición relativista previa (antipositivista y anti-iusnaturalista). Resulta interesante que el propio Erik Wolf, a quien Frommel responsabiliza por la interpretación iusnaturalista, divisó una "continuidad" y "ausencia de quiebres" en la obra de Radbruch (así, *Hollerbach*, JZ 2017, p. 455, 456 s.)

500 *Wapler* (2008), p. 264.; del mismo modo, *Frommel* JZ 2017, p. 460 (pone de relieve la "importancia de una posición individualista" después de 1945).

de derechos humanos inalienables.[501] Así, tampoco resulta sorprendente que en la república de la Ley Fundamental (Bonn y Berlín) haya persistido la ciencia del derecho valorativa ("Wertungsjurisprudenz"), en diferentes variantes dentro del discurso jurídico,[502] así como en el derecho penal, con orientaciones valorativas neokantianas.[503]

501 Cf. *Wiegand* (2014), p. 194 ss. (concretización de la igualdad mediante el recurso a los derechos humanos). Desde luego que el recurso a los derechos humanos de fundamento iusnaturalista era, en cierto modo, la contracara del mito positivista mencionado *supra*, nota 494, razón por la cual no sorprende que aparezca en autores más bien involucrados con el nacionalsocialismo; cf. especialmente *Dahm* (1956), p. 15, en donde aboga por "una mayor importancia" de los derechos humanos en el marco de un "derecho cultural y natural histórico y culturalmente relativizado, de contenido cambiante"; también *Welzel*, FS Niedermeyer (1953), p. 290 ss. (293 s.), en donde junto a "estructuras lógicas" (que, no obstante, ciñen al legislador "solo relativamente" [p. 293]) reconoce parámetros iusnaturalistas de derechos humanos (fórmula kantiana del objeto, dignidad humana) como "límites inmanentes del derecho positivo", "como principios materiales inmanentes que ninguna orden estatal puede violar" ("als immanente materiale Prinzipien, die kein staatlicher Befehl verletzen darf") (sin embargo, en su crítica al relativismo radbruchiano, *supra* nota 457, Welzel no menciona el giro de Radbruch); en cuanto autor insospechado (póstumo), *Amelung* (1972), p. 258 (reconocimiento de la teoría del valor cultural como restricción al terrorismo nacionalsocialista). Respecto del enaltecimiento de declaraciones nacionalsocialistas mediante una "filosofía iusnaturalista aparentemente sana", *Eser*, en: Hilgendorf (2010), p. 77, 80 (con referencia al iuspublicista Günter Küchenhoff).

502 *Rückert*, en ídem (2018a), p. 278 ss. (quien distingue tres variantes); sobre la continuidad metodológica del discurso posterior a 1945, que todavía se aferra a las tradiciones del idealismo alemán, *Stolleis* (2016), p. 36 ss.

503 Cf. solo *Roxin* (2006), § 7 n.° m. 27 (elaboración y continuación de los "enfoques... neokantianos del período de entreguerras que... fueron sepultados en la época de los nazis..."); al respecto, también *Ziemann* (2009), p. 19; respecto del "descubrimiento" permanente *Vormbaum* (2015) p. 151 ss.

Capítulo V

Derecho penal nacionalsocialista autónomo en la escuela de Kiel

1. ORIENTACIÓN BÁSICA Y REPRESENTANTES

La escuela de Kiel pretendía fundamentar un derecho penal nacionalsocialista autónomo: una superación de todo vestigio del liberalismo ilustrado y una diferenciación clara respecto del neokantianismo cargado de nacionalsocialismo de la escuela de Marburgo.[504] 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.[505] Por eso Zaffaroni le dedica, con razón, tres capítulos, en los que presenta, en lo esencial, la teoría central de la lesión al deber ("Pflichtverletzung"),[506] 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[507] y de la culpabilidad.[508]

En lo que concierne a la Escuela de Kiel, Zaffaroni la describe –en coincidencia con las investigaciones alemanas[509]–

---

504 Cf. también *Zaffaroni* (2017), p. 231.

505 *Zaffaroni* (2017), p. 171.

506 *Zaffaroni* (2017), p. 197 ss. (Cap. 6).

507 *Zaffaroni* (2017), p. 231 ss. (Cap. 7).

508 *Zaffaroni* (2017), p. 255 ss. (Cap. 8).

509 Cf. solo *Eckert*, en: Säcker (1992), p. 37 ss. (37: "experimento de poner una facultad entera exclusivamente al servicio de ideologizar y politizar la ciencia"). Sin embargo, la Escuela de Kiel existió solo entre 1933 y 1937/38 –a causa de los nombramientos de sus miembros en otras universidades–, íd., p. 68.

como una "facultad pelotón de asalto".[510] Él ve en Georg Dahm (1904-1963) y Friedrich Schaffstein (1905-2005) a sus protagonistas. *Dahm*,[511] quien terminó su *Habilitation* en 1927 en Heidelberg con Radbruch, fue miembro desde 1933 del Partido NSDAP y realizó una carrera universitaria considerable –probablemente no en última instancia en virtud de sus tendencias nacionalsocialistas[512]–, primero como

510 *Zaffaroni* (2017), p. 198.

511 Cf. *Lepsius*, FS Dilcher, 2003, p. 389, 413 ss.; *Telp* (1992), p. 49 (quien afirma que Dahm recién terminó su *Habilitation* en 1930); *Eckert*, en: Säcker (1992), p. 48 s., 55, 69; también *Zaffaroni* (2017), p. 199 ss., aunque en parte impreciso.

512 *Lepsius*, FS Dilcher, 2003, p. 413, 417 s. (quien afirma que le debió su carrera "por sobre todo a su movilización sostenida a favor del nacionalsocialismo" y que "sin su estrecha conexión" con sus "representaciones políticas" habría sido "inimaginable"); similar *Zaffaroni* (2017), p. 232 ("Dahm asumía su condición de nazi..."). Dahm también estaba registrado como único jurista con la rúbrica del "estado mayor" de la federación de docentes nacionalsocialistas (*NS-Dozentenbund*), íd., p. 418, y ya con treinta y un años fue rector en Kiel. Según *Telp* (1992), p. 49, Dahm antes de 1933 "probablemente no era conocido" como científico. *Hattenhauer* (JJZG 7 (2005), 173), empero, lo considera como uno de los "últimos juristas de importancia de la facultad de Kiel" y también *Zaffaroni* (2017), p. 238 lo ve como un "inteligente dogmático" (sobre la postura de Zaffaroni, ya *supra* nota 379). – Schaffstein atribuye la rápida carrera de Dahm en la jerarquía universitaria a su "impresionante personalidad" y "carisma", y afirma que "no ocupó un cargo político de importancia, ni... aspiraba a eso" (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 182). A pesar de su afiliación al partido, se habría manejado "con una gran distancia y cierto escepticismo hacia el NSADP y las personas que lo dirigían", pero "sin embargo no lo vociferaba... externamente" (íd., 183). En todo caso, se les podría reprochar un "oportunismo" a Dahm y a los otros jóvenes *Privatdozenten* que entretanto fueron convocados para ocupar cátedras, "al haberse abierto con la toma del poder... inesperados campos de actividades en la legislación y en los establecimientos de educación superior" (íd.). Nótese el carácter apologético de este trabajo, como por ejemplo cuando Schaffstein explica el hecho de que Dahm no tuvo un cargo alto en el Estado nazien virtud de que "los altos funcionarios sospechaban su distancia interna respecto de ellos o, en cierto modo, la sentían" (184), cuando señala su rol atenuado como persona a cargo del Tribunal Especial de Estrasburgo ("ninguna pena de muerte") (193 s.) y su popularidad entre los estudiantes, quienes empero eran "simpatizantes entusiastas

profesor titular (*Ordinarius*) en Kiel (1933-1939, y rector entre 1935 y 1937) y Leipzig (1939-1941), y luego desde 1941 como profesor y vice-rector de la "Reichsuniversität" (!) de Estrasburgo (según la opinión nacionalsocialista, una "uni-

del partido, de modo claramente preponderante" (íd., 184). Completamente distinto suena lo señalado por Heinz Weil, el judío que estudió en Kiel en 1933, quien recuerda "el atronador sonido de aplausos y zapateo de los compañeros de milicia con sus botas de servicio", en referencia a la siguiente exclamación de Dahm en su clase: "En lugar del falaz '*entender todo y perdonar todo*', nosotros nos regimos por '*entender todo y no perdonar absolutamente nada*'" ("Statt des verlogenen '*Alles verstehen, alles verzeihen*', gilt für uns '*Alles verstehen, gar nichts verzeihen*'"; *Weil* (1986), p. 31, resaltado en el original). Empero, Schaffstein también rechaza el reproche de antisemitismo (y racismo) contra Dahm y también contra sí mismo (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 188: "reproche... que en todo caso se justifica solo ["allenfalls insofern"] por habernos callado en ese entonces y posteriormente [!]); pero Dahm, al menos, se pronunció en términos antisemitas (*infra*, nota 550 y texto principal). Por lo demás, Dahm solo se pronunció sobre su posición durante el tiempo nazi en una carta –publicada de forma póstuma en JJZG 7 (2005), 199– a Eb. Schmidt del 4/2/1948. Allí manifestó su opinión sobre las afirmaciones de *Schmidt* (1947), p. 396-98, 413 s., no obstante Schmidt solo emitió reproches contra Dahm (y Schaffstein) explícitamente en las páginas 397 s. en relación con su presentación en la sesión del grupo estadual de la asociación *Internationalen Kriminalistischen Vereinigung* (IKV) en Fráncfort del Meno en septiembre de 1932 (al respecto, *Marxen* (1975), p. 92 ss.) y su escrito de lucha contra al derecho penal liberal, que será tratado inmediatamente (*infra* nota 521), con los que, en líneas generales, se encomendaron al "poder venidero" y trazaron "preventivamente las líneas divisorias necesarias" (*Schmidt* (1947), p. 398). Si bien *Dahm* protestó contra estos reproches, también mostró una cierta autocrítica al señalar: "No niego las equivocaciones y errores, de los que nosotros hemos sido víctimas en mayor o menor medida. Tampoco pude prever el desarrollo externo e interno del Estado nacionalsocialista y albergaba esperanzas que fueron amargamente decepcionadas" ("Ich leugne nicht die Irrtümer und Fehler, denen wir mehr oder weniger alle zum Opfer gefallen sind. Auch ich habe die äussere und innere Entwicklung des nationalsozialistischen Staates nicht vorhergesehen und Hoffnungen gehegt, die bitter enttäuscht worden sind"; JJZG 7 (2005), 201). Por lo demás, es cierto que en las ediciones siguientes Schmidt mantuvo las críticas contra Dahm y Schaffstein, pero omitió las afirmaciones citadas anteriormente (*Schmidt*, 1951, p. 420 s. y 1965, p. 426 s.); esto probablemente se debió a que Dahm le recordó, con toda

versidad del frente" en la Francia ocupada).[513] Después del final de la guerra, en un primer momento no estuvo en condiciones de ocupar un puesto universitario como consecuencia de la desnazificación, pero luego consiguió uno en la Universidad de Daca (en aquel momento Pakistán, hoy en día, Bangladés) (1951), donde, entre otros temas,[514] enseñó derecho internacional en inglés. En el año 1955 pudo entonces regresar a Kiel a partir de una cátedra de dere-

razón, su discurso de rectorado del 7/11/1933, en el cual Schmidt colocó a la Universidad (de Hamburgo) –por medio de la "tríada del servicio social, el servicio de la sección de asalto y el servicio de la ciencia" ("Trias des Arbeitsdienstes, des SA.-Dienstes und des Wissenschaftsdienstes")– al servicio del régimen nazi y se declaró a favor del Estado nazi, así como de Hitler (*Schmidt*, en: Hamburgerische Universität (1933), p. 27-49 [46]; en detalle al respecto y sobre la actividad de Schmidt durante el nacionalsocialismo M. *Vormbaum*, en: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), p. 399 ss.; también *Görtemaker/Safferling* (2016), p. 437). En uno de sus escritos de posguerra, *Dahm* (1963), p. 268-9, le escapa al juzgamiento del nacionalsocialismo dado que "todavía no es el momento"; en todo caso, el nacionalsocialismo "no es solamente la obra de individuos", sino una "obra de la historia", razón por la cual "el liderazgo político y los autores en siento sentido fueron conducidos" ("erweist sich der politische Führer und Täter irgendwie als der Geführte"), y la "parte individual disminuye y la parte impuesta por el destino se eleva" ("Anteil des Persönlichen sinkt, und es steigt der des vom Schicksal Verhängten"). ¡Una interesante forma de librarse de cualquier clase de responsabilidad *personal*!

513 Sobre la marcha de Schaffstein hacia Estrasburgo, él mismo se pronunció así: "La convocatoria hacia Estrasburgo nos encontró a Dahm y a mí en un momento en el que era posible confiar en que la guerra sería ganada, o al menos que finalizaría con un empate, y que Alsacia sería recuperada por Alemania. Incluso la población de Alsacia tenía esta opinión de modo completamente predominante y al principio tenía intenciones absolutamente pro-alemanas, lo que por cierto era aplicable principalmente a nuestros estudiantes de Alsacia. Por eso no tuve ninguna clase de objeciones en acepar la convocatoria..." (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 191).

514 Según el catálogo de profesores de la Universidad de Leipzig, entre 1951 y 1955 Dahm fue Profesor de Derecho penal y procesal penal de la India en la Universidad de Dhaka, <http://research.uni-leipzig.de/catalogus-professorum-lipsiensium/leipzig/Dahm_598/> (última verificación el 21/9/2018); sobre esta época, también *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 195 ss.

cho internacional,[515] en la que se ocupó, entre otros temas, del derecho penal penal internacional (de Núremberg).[516] *Schaffstein*,[517] discípulo de Robert von Hippel y docente *Pri-*

515 Según *Zaffaroni* (2017), p. 211, en principio Dahm tenía que enseñar alguna clase de introducción a la ciencia jurídica ("explicar *enciclopedia del derecho*", resaltado en el original). Esta información probablemente proviene de *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 196 ("una plaza de profesor en enciclopedia del derecho"), quien explica que esta restricción se debió al penalista Mayer y al internacionalista Menzel, quienes "no querían aceptar... la competencia de un orador y docente tan brillante". Un ejemplo más de la ya mencionada tendencia apologética (*supra* nota 512) de este artículo de Schaffstein.

516 *Dahm* (1956). Por lo demás, sobre el derecho internacional, también *Siegert* (1953) (en la colección del *Göttinger Institut für Völkerrecht*, críticamente *Halfmann*, en: Becker (1998), p. 130) y *Henkel*, FG Kraft (1955), p. 122 s. (expectativas respecto de responsabilidad individual por crímenes internacionales).

517 En general sobre su currículum, *Stefanopolou*, JoJZG 2013, 111, 112, 117. Una valoración extremadamente positiva puede encontrarse en el discípulo de Schaffstein, *Beulke*, MSchrKrim 85 (2002), 81 (quien, por un lado, arremete contra su actuación durante el régimen nazi, en el sentido de que para Beulke "parece enigmático", que en esa época "haya enseñado y escrito cosas tan problemáticas"; por otro lado, él era "probablemente ya en esa división de su trayectoria, característica de la época, un ejemplo típico de la generación de nuestros padres" y, sin embargo, abordaba "abiertamente y con nombres propios los errores del pasado..."; de modo similarmente positivo, *Maiwald*, NJW 2002, 1250 (quien afirma que la "experiencia" de Schaffstein en la época nazi habría sido "extraordinariamente dolorosa" y que "cayó en las cercanías de la ideología de quien detentaba el poder en ese tiempo", la que escuchó de un modo demasiado pasivo –del mismo modo que *Beulke*, ídem, 82, en cuanto a la determinación de que Schaffstein siempre habría acentuado el hecho de que "de joven no tuvo una fuerza de voluntad lo suficientemente enérgica"–, y al mismo tiempo es acentuada por Maiwald la importancia extraordinaria de su escrito de habilitación, que habría sido "poco común para un científico de veinticuatro años"). *El propio Schaffstein* admitió "equivocaciones" por primera vez en 1965, respecto de las cuales aclaró que el nacionalsocialismo parecía "ofrecerles a los jóvenes de aquel entonces... metas que iban por encima de ellos mismos" ["...über sie selbst hinausweisende Ziele zu bieten"] (MSchrKrim 48 (1965), 67; véase también su toma de posición en *infra* 3, con la nota 570, en relación con el principio de legalidad). Posteriormente concedió que a él (y a Dahm) no le llamaron la atención las injerencias del nacionalsocialismo en la administración de justicia ("los peores casos"), de las que le

vatdozent – después de haber terminado su *Habilitation* – en Gotinga, recibió en 1933 una propuesta para ser profesor

advirtió Hans von Dohnanyi (al margen del trabajo de la Comisión oficial de derecho penal dirigida por Gürtner), porque las consideraron "anomalías de niños en la fase revolucionaria de un nuevo comienzo" ["Kinderkrankheiten in der revolutionären Phase eines Neubeginns"] (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 185 s.); por lo demás, habrían estado "cegados ante los indudables resultados del régimen nacionalsocialista" (íd., 187), a lo que agregó: "las posiciones de dogmática jurídico-penal de ese tiempo me parecen, hoy en día, anticuadas" (íd., 189). En un homenaje –con tintes autobiográficos– a sus maestros, Robert von Hippel y Curty Bondy, Schaffstein habló de un "camino equivocado" (RJ 19 (2000), 647, 654) y esto es también digno de mención porque, como el mismo Schaffstein reconoce, von Hippel y Bondy eran opositores al nacionalsocialismo (RJ 19 (2000), 649, 654), pero esto evidentemente no le habría llamado la atención *en aquel entonces* (según *Schaffstein*, RJ 19 (2000), 651, en ese sentido von Hippel habría brindado "una cierta inspiración" para su trabajo "Derecho penal liberal o autoritario", porque "él también había criticado el derecho penal de Weimar... por ser demasiado 'débil'"). ¿Qué pensarían las **víctimas de la política criminal nazi** si leyeran estas valoraciones? ¿Acaso no fueron mucho más dolorosas sus experiencias en el nacionalsocialismo que las de sus protagonistas intelectuales? ¿Acaso estos últimos no tendrían que haber demostrado una fuerza de voluntad mayor? También crítica, en especial del tiempo de Schaffstein en Göttingen, *Schumann* (2008), p. 84, 89, 108, 114 s. (quien señala, entre otras cosas, que en el año 1933 Schaffstein estuvo a cargo de la cátedra de Richard Honig, expulsado por la fuerza, pero que rechazó sucederlo, en contra del deseo expreso de Siegert; este habría preferido a Schaffstein por sobre Welzel, porque no habría habido ninguna personalidad comparable que combinase la "actividad política con un desempeño científico suficiente"; íd., p. 89 con nota 94, 115); sobre el rol de Schaffstein en la "renovación jurídica" del derecho penal juvenil, cf. *Schumann*, ZJJ 28 (2017), 313, 315 ss.; sobre su actividad como miembro del Comisión de Derecho Juvenil de la Academia de Derecho Alemán, *Schumann*, en Schumann/Wapler (2017), p. 73, 87 ss. (93 s.). Crítico también *Halfmann*, en: Becker (1998), p. 119; *Görtemaker/Safferling* (2016), p. 393, quienes no consideran convincente el "distanciamiento" de Schaffstein, "... pues Schaffstein demostró una ceguera valorativa frente a las metas político-ideológicas del nacionalsocialismo que incluso causaban asombro en las relaciones de aquel entonces". Cf. también *Zaffaroni* (2017), p. 199 ss., aunque en parte impreciso ya anteriormente *Zaffaroni*, en Zaffaroni 2011, p. 17 ss. (crítico de la ya mencionada confesión de errores de Schaffstein ["pero nada más", p. 19 s.], pero considerándolo más dogmático que Dahm [p. 32]); crítico también *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 231 ("lágrimas de cocodrilo").

de Leipzig[518] y de Kiel en 1935; en 1941 pasó –como Dahm– a Estrasburgo, donde permaneció hasta 1944. Después del final de la guerra, Schaffstein tuvo que esperar hasta 1954, como consecuencia de la desnazificación, para poder volver a la Universidad de Gotinga (como sucesor de Welzel),[519] donde enseñó hasta su jubilación en el año 1969.

2. PROGRAMA POLÍTICO-CRIMINAL: DERECHO PENAL AUTORITARIO NACIONALSOCIALISTA

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 –que lamentablemente Zaffaroni solo menciona al pasar[520]– "Liberales oder autoritäres Strafrecht" ("Derecho penal liberal o derecho penal autoritario").[521] El momento de su publicación –incluso antes de la toma del poder por parte del nacionalsocialismo[522]– y su descripción orienta-

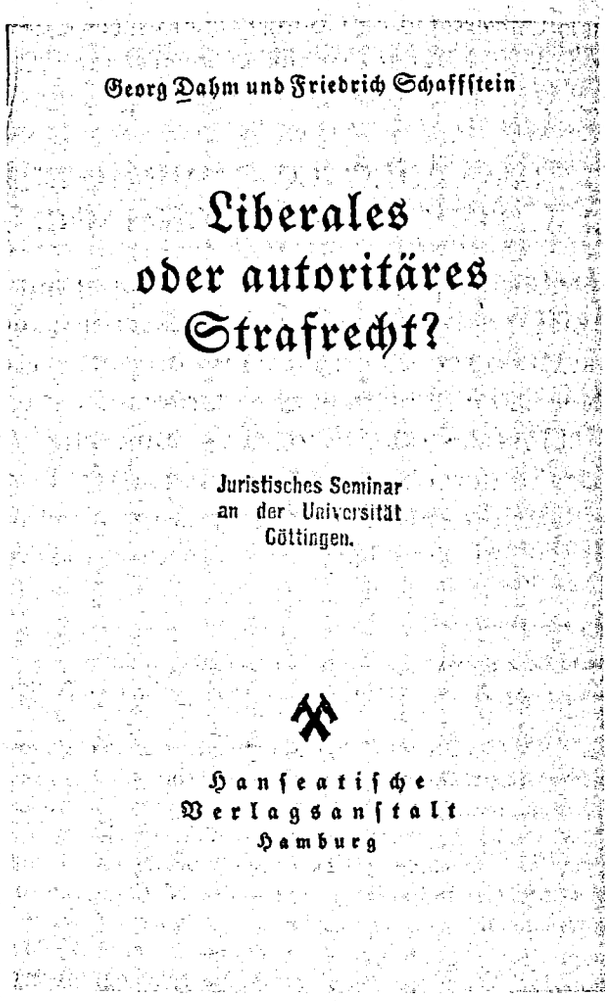
518 En contra de *Zaffaroni* (2017), p. 208, Schaffstein no fue el sucesor de Honig: solo estuvo a cargo de su cátedra, véase *Schumann* (2008), en la nota anterior.

519 *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 117, llama "digno de mención" el retorno relativamente temprano a Gotinga –absolutamente subestimado–. De hecho, esto es un ejemplo paradigmático de que existía una red de contactos (nacionalsocialistas) y confirma la tesis de la **continuidad** en al ámbito universitario; al respecto ya *Halfmann*, en: Becker (1998), p. 129 ss.

520 *Zaffaroni* (2017), p. 203; cf. empero *Zaffaroni*, ed. (2001), con una introducción completa en la que certifica las "facetas múltiples" del escrito y resalta cuatro aspectos: (1) panfleto conservador-autoritario, (2) destrucción del concepto de delito objetivo-subjetivo de Liszt/Beling, (3) destrucción del entendimiento tradicional de los fines de la pena y (4) orientación teórica según el "irracionalismo inmoral" de C. Schmitt (*Zaffaroni*, en Zaffaroni, 2011, p. 14).

521 *Dahm/Schaffstein* (1933). Citado por Zaffaroni según la traducción al español.

522 El escrito ya había sido terminado en el transcurso del año 1932 y publicado en otoño de 1932 (*Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 176 s., 178).


Georg Dahm und Friedrich Schaffstein

Liberales oder autoritäres Strafrecht?

Juristisches Seminar an der Universität Göttingen.

Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg

Imagen 15. El escrito de Dahm y Schaffstein sobre el derecho penal anti-liberal y autoritario de solo 50 páginas, 1933.

dora del nuevo derecho penal del futuro "Estado autoritario"[523] lo convirtieron rápidamente en el escrito quizá más importante –aunque de todos modos criticado[524]– del "movimiento de renovación jurídico-penal antiliberal".[525]

> Con el pequeño escrito, de apenas cincuenta páginas, Dahm y Schaffstein pretendían superar el "pensamiento racionalista e individualista" del ámbito del derecho penal y concebir al nacionalsocialismo como "expresión de un movimiento intelectual de gran amplitud y profundidad" ("Ausdruck einer weit breiteren und tieferen geistigen Bewegung"), que también en la política criminal pondría de manifiesto un mismo "sentimiento básico" ("Grundstimmung") que se vincularía con grandes tradiciones conservadoras, como las que son representadas por Savigny y Hegel (p. 4 s.). Después de exponer el significado del individualismo[526], tanto en el liberalismo como en el socialismo, es decir, en el Estado social-liberal

---

523 *Dahm/Schaffstein* (1933), p. 40 ss., véase enseguida *supra* en el texto principal.

524 Cf., p. ej., *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 222 ss. ("... a las valoraciones que aquí son propuestas en bloque les falta fundamentación que de algún modo... se base en 'conocimientos' o 'puntos de vista empíricos'" [222]; "... la ciencia es la única autoridad que ellos [Dahm/Schaffstein, K.A.] no reconocen" [222 con nota 1]; "Una expresión... que con su completo desapego respecto de finalidades fácticas, con todo su idealismo y con su rechazo de todos los problemas sociales concretos, puede tener efectos muy determinantes..." [223]; "Exigencia de una autoridad sin más ni más y de un activismo que carece de todo contenido" [223]; "... una afirmación meramente formal del concepto hipostasiado de autoridad" [224]). Véase también *Blasco y Fernández de Moreda*, Criminalia, IX (4/1943), 238 (Dahm/Schaffstein como "teóricos del más agudo extremismo").

525 *Marxen* (1975), p. 103 ("publicación que ha recibido la mayor atención"), 105 ("contribución fundamental para todos los programas autoritarios de derecho penal que aparecieron posteriormente"); *Feldmüller-Bäuerle* (2010), p. 47. También *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 225 s. también vio en esta publicación una cierta obtención de conocimiento, a pesar de que en principio seguía a *Schwinge/Zimmerl* (1937) (*supra* cap. IV 2 y nota 322).

526 *Marxen* (1975), p. 118 considera que el "aspecto central" del escrito es un ataque contra el "individualismo dentro del liberalismo".

(Cap. I, p. 7 ss.), es criticada la "preocupante humanización y atenuación del mal característico de la pena" ("bedenkliche Humanisierung und Abschwächung des Strafübels", p. 18), el "reblandecimiento" ("Erweichung", p. 22)[527] del derecho penal y de la ejecución de la pena por medio de reflexiones sobre la educación y una "excesiva insistencia en las influencias del entorno frente a la disposición heredada" ("Überbetonung der Umwelteinflüsse gegenüber der vererbten Anlage", p. 17),[528] que tendrían como consecuencia "una dimensión máxima de ventajas para el individuo, en perjuicio de los intereses estatales" ("ein Höchstmaß von Vorteilen für das Individuum zum Nachteil der Staatsinteressen", p. 23), pero que, no obstante, no podrían eliminar las ideas de retribución arraigadas "profundamente en el sentimiento jurídico del pueblo" ("tief im Rechtsgefühl des Volkes", p. 22)[529], lo que nuevamente (Cap. II, p. 13 ss.) indicaría la necesidad de la "deferencia al desarrollo jurídico orgánico por medio del espíritu del pueblo que prevalece en silencio" ("Rücksichtnahme auf die organische Rechtsentwicklung durch den still waltenden Volksgeist", p. 23). Luego se lamenta la devaluación de los intereses (estatales y colectivos) protegidos a causa del "individualismo, el racionalismo y la tendencia a la desvinculación del derecho de la ética" ("Individualismus, Rationalismus und die Tendenz der Loslösung des Rechts von der Ethik", p. 25), por ejemplo por medio de la impunidad de los delitos religiosos y el hecho de privilegiar al autor por convencimiento[530] (Cap. III, p. 24 ss.). Finalmente se denuncia un aumento del poder de los jueces a través de tipos penales indeterminados y facultades amplias –en una disolución fáctica de la división de poderes (!) y un aumento de la "politización de la justicia" (p. 33), apoyada por la "prensa liberal y democrática" (p. 34), que nuevamente contendría el poder de los jueces (p. 36)–,[531] que repercutirían igualmente en favor del individuo, de modo que también aquí se demostraría "la conexión de las líneas de pensamiento liberal y socialista con el resultado de un énfasis especial y exagerado del punto de partida individualista común ("die Verbindung liberalistischer und sozialistischer Gedankengänge mit dem Ergebnis einer besonderen und übertriebenen Hervorhebung des gemeinsamen individualistischen Ausgangspunktes", p. 31) e incluso el StGB sería una "*magna charta* del delincuente", en vez de una de los "intereses estatales" (p. 32) (Cap. IV, p. 28 ss.).

527 Sin embargo, algo similar ya había sido lamentado en el marco de la discusión sobre la doctrina de la culpabilidad, cf. *Grossmann* (1926), S. 8 ("débil" ["weichlich"], "femenino") y *Schumacher* (1927), p. 64 con la nota 85 (quien deja abierta la cuestión de si las ideas de la nueva doctrina de la culpabilidad remiten al 'feminismo'..."); con posterioridad, p. ej., también *von Gemmingen* (1933), p. 11 ss. (con referencia a la frase de Frank: "el delincuente debe volver a temblar..." [["der Verbrecher soll wieder zittern", 11]). Cf. también Eb. *Schmidt* (1965), p. 426 s. (defensa de la autoridad del Estado "contra el eventual debilitamiento de la administración de justicia penal, del supuesto espíritu de la reforma jurídico-penal...").

528 En este sentido también *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 171 s., 176 (avance de la prevención especial "a costa de la retribución y la prevención general", así como de la idea de educación en desmedro de la seguridad y de la importancia de factores suplementarios); *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 276, 277 ss. (demasiada importancia a la idea de educación y a la prevención especial frente a la prevención general; descuido de los factores suplementarios probados genéticamente). Crítico de la "pena educativa" también *von Gemmingen* (1933), p. 21 s.

529 Sobre la retribución véase ya *supra* Cap. II 2. con la nota 226 y el texto principal.

530 En contra de un "tratamiento especial", también *Dahm*, DR 4 (1934), 419 (dado que la alta traición no es solo un delito contra el Estado, sino también contra el pueblo mismo, constituye el fundamento del Estado nacionalsocialista).

531 Cf. también *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 169 ss.

Después de este análisis (unilateral y simplista)[532] de la situación existente –resumidamente, los autores, en definitiva, lamentan un "reblandecimiento de la lucha contra la delincuencia, una disminución de la administración de justicia penal y una atenuación de la autoridad del Estado" ("Erweichung der Verbrechensbekämpfung, Schwächung der Strafrechtspflege und Minderung der Staatsautorität", p. 37)– se presentan los tres capítulos programáticos (p. 37 ss.), donde especialmente en el Cap. VI (p. 40 ss.) se desarrolla el proyecto del derecho penal del futuro, respecto del cual, sin embargo, los autores no pretendían que se entendiese como un "programa" (p. 40). Ante todo, distinguen en el Cap. V una "transición" (p. 37 ss.), un "signo de un cambio" ("Anzeichen eines Wandels") y un "cambio espiritual" ("geistige Wende", p. 37), en el marco de la cual retornaría la "creencia en la validez de valores que vinculan a la generalidad" ("Glauben an die Gültigkeit allgemeinverbindlicher Werte", id.) y surgiría "un nuevo sentimiento nacional, un modo de pensar el Estado lleno de vida" ("ein neues Nationalgefühl, eine lebendige Staatsgesinnung", p. 38), del cual se derivaría también un nuevo "curso del desarrollo del derecho penal", "que no sería reaccionario, ni antisocial (!), y que se basaría en la primacía directa de la nación... frente a los intereses del individuo" (p. 38). Al mismo tiempo, sin embargo, señalan que "ciertas novedades", ya producidas por medio de decretos de emergencia, "no serían compatibles a la larga con las necesidades de un Estado de derecho ordenado" ("mit den Bedürfnissen eines geordneten Rechtsstaats auf die

[532] Cf. ya *Riemer*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 224 ("Resulta superfluo detenerse en los detalles de la imagen que caracteriza la esencia del derecho penal liberal y la del socialista"]; *Marxen* (1975), p. 111 ss. (quien indica la ausencia de fundamentos empíricos, en especial en lo que respecta al desarrollo de la criminalidad, y la "ocultación" de la expansión del derecho penal en la jurisprudencia y la legislación); crítico también *Vogel* (2004), p. 61.

Dauer nicht vereinbar sind", p. 39). En el Cap. VII (p. 53 s.), que hace las veces de cierre, los autores advierten sobre los problemas de depositar una expectativa muy alta en una reforma penal amplia, pues, por un lado, la ley vigente todavía estaría absolutamente vinculada a la opinión pública –en todo caso, muy difícil de determinar– y, por otro, aún no se habría conformado un nuevo "sentimiento jurídico unitario" para una reforma de esta clase (p. 54),[533] y por esa razón primero sería más importante crear los fundamentos espirituales –"la penetración en la administración jurídica de un nuevo espíritu y una nueva forma de pensar el derecho administrativo y el derecho penal" ("die Durchdringung der Rechtspflege mit einem neuen Geist und mit einer neuen Staats- und Strafrechtsgesinnung", p. 56)–.

Pero, ¿en qué consisten entonces los **lineamientos del nuevo derecho penal** "del Estado autoritario"? Dahm y Schaffstein –de modo poco sorprendente, después de las reflexiones preliminares– parten de una "interpretación del Estado nacionalista y *total*" ("nationalistischen und totalen Staatsauffassung")[534] que permitiría, como lo demuestra el ejemplo del fascismo italiano,[535] "desarrollar un sistema de derecho penal cerrado y comprensivo de todos los ámbitos político-criminales..." ("ein geschlos-

[533] Una reforma total de esta clase (en el sentido de un nuevo código penal) no le fue posible a los que detentaron el poder en el nacionalsocialismo (sobre el último intento en el proyecto del RStGB 1944 *Werle*, 1989, p. 53, 661 ss.), por lo que tuvieron que dedicarse a legislaciones individuales (por sobre todo, de naturaleza ejecutiva); al respecto *Schreiber*, en: Dreier/Sellert (1989), p. 151 ss. (153 ss., 167 ss.); sobre la naturaleza ejecutiva de la "legislación" nacionalsocialista *Maus* (1989), p. 84; *Werle* (1989), p. 59 ss., 203 ss.; *Vormbaum* (2011), p. 7; *Arnedo*, en Zaffaroni (2017), p. 55.

[534] Cf. ya *supra* cap. II 1. con la nota 208 y el texto principal (bastardillas agregadas).

[535] Sobre la delimitación entre el derecho penal nacionalsocialista y el derecho penal fascista, empero, ya *supra* cap II 1., con la nota 121.

senes, alle kriminalpolitischen Bereiche umspannendes Strafrechtssystem zu entwickeln", p. 40). Un derecho penal de esta clase sería un "medio para conservar y acreditar el poder estatal como tal" ("Mittel zur Erhaltung und Bewährung der Staatsgewalt schlechthin", íd.);[536] el Estado utiliza la pena "para hacer que todo el mundo pueda contemplar con sus propios ojos su poder" ("um seine Macht aller Welt sichtbar vor Augen zu führen", p. 41), en el que se haría ostensible "simbólicamente la dignidad del Estado" ("symbolisch die Würde des Staates", p. 41), ante lo cual la pena de muerte, que sería indispensable para intimidar (p. 49), haría "intensamente manifiesto" "que el individuo tiene que quedar a la merced del Estado" ("daß der einzelne dem Staate preisgegeben werden darf", p. 41). Es cierto que los autores simultáneamente reconocen que el derecho penal puede "ser solamente un medio entre tantos otros para defender la autoridad del Estado" (p. 42), pero por otro lado dejan en claro que, frente a la aplicación preventivo-especial del derecho penal, tienen prioridad las necesidades de *prevención general*:[537] el hecho de "tener en consideración al criminal" tendría que "extenderse solo hasta el punto en que la autoridad estatal sea mantenida y no se pierda la impresión de la totalidad" ("nur so weit gehen, daß die Staatsautorität gewahrt bleibt, der Eindruck auf die Gesamtheit nicht verfehlt wird", id.), y, del mismo modo,

536 Sobre la necesidad de una protección más fuerte del Estado, *supra* cap. II. 2. con nota 104, así como también *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 167 s. (donde sin embargo considera insostenible el proyecto de ley nazi "para proteger la nación" del 12/3/1930). Según *Dahm* (1935b), p. 21, el "derecho penal fascista" (italiano) estaba más adelantado que el derecho penal alemán.

537 Véase, p. ej., también la acentuación de la prevención general frente a la prevención especial en *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 280, 286, 288; del mismo modo, secundario, *Marxen* (1975), p. 147; véase, empero, también *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 179, donde rechaza una "jerarquía establecida" de los fines de la pena.

la autoridad estatal tendría que ser "tan persistente que, además del autor, también habría de intimidar a otros a futuro" ("so nachhaltig sein, daß außer dem Täter auch andere für die Zukunft abgeschreckt werden", íd.). Los autores querían aferrarse a la *idea de educación*, pero querían dirigirla a la "educación de la totalidad" (p. 41) y limitarla de modo considerable a través de un examen de la capacidad de ser educado "caso por caso", tomando en cuenta las "influencias de la predisposición" ("Anlageeinflüsse", p. 45); no obstante, la idea de educación debía retroceder frente a "las necesidades de la administración de justicia autoritaria", por ej. la punición de delitos graves "sin ninguna consideración de la capacidad de mejoramiento del autor" ("ohne jede Rücksicht auf die Besserungsfähigkeit des Täters", p. 44), así como la "satisfacción previa de necesidades estatales mínimas" ("Vor-Befriedigung staatlicher Mindestbedürfnisse", p. 49).[538] Por lo demás, la "ejecución de la pena educativa, en el estado autoritario, tendría que lucir de un modo esencialmente distinto que en un estado social-liberal" ("Erziehungsstrafvollzug im autoritären Staate wesentlich anders aussehen als im sozial-liberalen Staat", p. 46), por ej., por medio de una limitación ideológica de la autonomía pedagógica, de la educación política, para facilitar los "valores tradicionales de la cultura alemana" ("traditionellen Werte der deutschen Kultur", p. 48) y la "importancia de la rigurosidad militar y la disciplina" ("Bedeutung militärischer Straffheit und Disziplin", p. 49).[539] En el ámbito de la *medición de la pena*, los autores defienden –en contradicción con sus críticas anteriores a la abolición de la separación de poderes– una "limitación

538 Cf. también *Dahm*, MSchrKrimPsych 24 (1933), 176 (educación solo para educables).

539 Cf., de forma más concreta, *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 288 (advertencia sobre los límites de la ejecución de la pena educativa).

de la discrecionalidad judicial", un control, en materia de derecho de casación, más fuerte[540] y "la ampliación de los mínimos de las penas" ("die Heraufsetzung der Strafminima"); "en pocas palabras, una presión para que los jueces tomen medidas rigurosas" ("kurz ein Zwang für den Richter zum Durchgreifen", p. 50). Con el lema del rechazo de "influencias externas dañinas" (con lo que se refieren especialmente a la prensa liberal, no a la "honrada") y "del socavamiento de la idea estatal desde adentro" ("der Aushöhlung des Staatsgedankens von innen", p. 51) se reblandece la *división de poderes*; en especial se tendría que garantizar que "también el juez realmente aplique el derecho penal en el sentido del gobierno autoritario del Estado" ("der Richter das Strafrecht im Sinne der autoritären Staatsführung auch wirklich anwendet", íd.). Su discrecionalidad tendría que ser coartada de modo tal que nunca lo aplicase "unilateralmente a favor del autor" ("einseitig zugunsten des Täters verwendet") y con ello "sea puesta en peligro la administración de justicia penal por medio de un reblandecimiento demasiado extensivo de la ley" ("die Strafrechtspflege durch eine zu weitgehende Aufweichung des Gesetzes gefährdet wird", p. 52). Finalmente, en lo tocante a la *teoría del bien jurídico*, en principio todavía sería mantenida,[541] pero orientada fuertemente a los intereses estatales colectivos –"la dignidad del Estado y el honor de la Nación" ("Würde des Staates und Ehre der Nation", p. 50).[542] De cara al principio *nulla poena* –según Carl Schmitt[543]– es acentuada de un modo más fuerte su faceta de derecho administrativo –vinculación del juez a la ley como expresión de la "concepción autoritaria del Estado" ("der autoritären Staatsauffassung", p. 52). Posteriormente, Dahm se pronunció explícitamente a favor de derogar su componente liberal,[544] opinión que ignoró soberanamente en la posguerra, cuando analizó los procesos de Núremberg.[545]

Con ello, los fundamentos político-criminales del nuevo pensamiento jurídico-penal –en pocas palabras: la ideología nacionalsocialista,[546] el Estado del pueblo y del Führer, absolutamente racista, así como la equiparación con la ley del

540 Crítico *Vogel* (2004), p. 65.

541 Empero, a favor de una superación de la doctrina del bien jurídico, ya *Dahm*, en: ídem *et al.* (1935), p. 62, 80 (de forma imprecisa en Zaffaroni, dado que lo cita como monografía); también *Schaffstein*, ZStW 56 (1937), 106 (la determinación del contenido de ilícito no se realiza por medio del concepto de bien jurídico). Sobre la lucha anti-liberal contra el "dogma de la lesión al bien jurídico" *Marxen* (1975), p. 177 ss.; *Amelung* (1972), p. 228 ss.; crítico respecto de la argumentación de Schaffstein íd., p. 231 ss., 236 ss.; crítico también *Amelung*, en: Alexy (2002), p. 368 s.

542 Fundamental sobre la intelectualización o bien eticización del concepto de bien jurídico en el nacionalsocialismo *Mittasch* (1939), p. 86 ss.; *Amelung* (1972), p. 216 ss. (217 s.: lealtad frente al pueblo).

543 *Supra* cap. II 1. con nota 162.

544 *Dahm*, DStR 80 (1934), 87, 92 (este fundamento se extraería del principio, porque el juez estaría vinculado a la voluntad de la conducción nacionalsocialista); *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 78.

545 Cf. *Dahm* (1956), p. 55 ss., donde –sobre la base de una muy minuciosa investigación de derecho comparado y derecho internacional– relativiza el principio, en la medida en que considera que, para fundar la punibilidad en el derecho internacional, es suficiente la antijuridicidad de la conducta en el momento del hecho (p. 64 ss.), pero al mismo tiempo critica este enfoque flexible del derecho de Núremberg y de la jurisprudencia (p. 56 ss.) y solo *en passant* advierte que "la relajación ["Lockerung"] del principio en el Estado nacionalsocialista... [fue] fuertemente criticada", aunque pasa por alto soberanamente su contribución a esta "relajación". Ver también *Dahm* (1963), p. 515, donde justifica el relajamiento del principio al argumentar que el sentir del pueblo también estaba limitado por la referencia a la "idea fundamental de una determinada ley") ("Grundgedanken eines bestimmten Gesetzes") y que la nueva disposición fue aplicada con cautelar (es una "leyenda" que la disposición disparó "la arbitrariedad de los tribunales" ["die Willkür der Gerichte entfesselt"]).

546 Respecto del derecho penal internacional de Núremberg, *Dahm* posteriormente dijo (1956, p. 65): "Las adhesiones a una ideología no fundamentan ningún derecho" ("Bekenntnisse zu einer bestimmten Ideologie begründen kein Recht").

mandato del Führer ("Führerbefehl")[547]– fueron expandidos[548] y, entonces, Dahm y Schaffstein pudieron entretanto concretizar y desarrollar en mayor medida su sistema de derecho penal nacionalsocialista en numerosos trabajos individuales. Al mismo tiempo, siempre se opusieron a un *reconocimiento filosófico (de filosofía del derecho)* de sus fundamentos metodológicos. Por ese motivo, Dahm de hecho rechazó enérgicamente el reconocimiento realizado por Schwinge/Zimmerl de la "corriente de Kiel" dentro de la fenomenología husserliana,[549] porque de ese modo se estaría "reduciendo una corriente de la novel ciencia jurídica alemana a las doctrinas de un filósofo judío (!)".[550] En los hechos, las "ideas metodológicas fundamentales" de Kiel de ningún modo podrían ser reducidas a la filosofía, sino que resulta-

547 Cf. ya *supra* cap. III, con nota 263.

548 Es discutida la cuestión de si el escrito ya propagaba una concepción del derecho penal explícitamente nazi o si "solo" preparó la doctrina totalitaria del nacionalsocialismo en tanto alegato a favor del autoritarismo (y en contra el "debilitamiento" cuestionado en todas partes, *supra* nota 527) (en este sentido, probablemente *Radbruch* (1933/1957), p. 76, cuando él lo ve como una concepción autoritaria del derecho penal y alemán-nazi, en contraposición con una concepción nacionalsocialista y racista, orientada al pueblo; del mismo modo Eb. *Schmidt* (1965), p. 426 s.; sigue a este último *Cattaneo* (2001), p. 201 s.). No obstante, esta disputa es de naturaleza meramente académica, pues al momento del escrito no existía todavía ninguna posición político-criminal explícita del Partido NSDAP (de modo similar, *Schmidt*, 1965, p. 426 s.; del mismo modo *Marxen* (1975), p. 120); en todo caso, Dahm y Schaffstein contribuyeron de modo esencial a su desarrollo y elaboración.

549 *Supra* cap IV 2., nota 327 y texto principal.

550 *Dahm*, ZStW 57 (1938) 225, 285 ("eine Richtung der jüngeren deutschen Rechtswissenschaft auf die Lehren eines jüdischen Philosophen zurückgeführt"); en ese sentido, *Wolf*, DRWis 4 (1939), 173 s. coincide con Dahm, cuando señala que el concepto "intuición de las esencias" ("Wesensschau") es "tan trillado y general" ("abgegriffen und allgemein") y "fue utilizado por los autores de Kiel de manera tan popularmente indeterminada", que "solo podría derivarse... de una mera falta de familiaridad con la fenomenología de Husserl" ("eher ... Unbekanntschaft mit der Phänomenologie Husserls ...", 173).

rían de "una determinada idea fundamental del derecho y su relación con la vida del pueblo" ("Verhältnis zum völkischen Leben").[551] Así, el concepto de derecho sería "parte del ordenamiento vital del pueblo que continúa desarrollándose, fundado en la opinión pública, tal como su curso y organización lo requiere".[552] Sin embargo, con la referencia a la vida del pueblo entran en consideración ordenamientos populares concretos, etc., próximos a puntos de vista –si bien vulgarizados y simplificados– sobre filosofías de vida,[553] que son complementados de un modo neo-hegeliano por medio del reconocimiento de la pretensión de liderazgo del movimiento nacionalsocialista, del Estado del Führer y del principio del Führer.[554] La *renuncia al dualismo metodológico (neokantiano)*,[555] es decir, a la idea de separación[556], de la que se desprende la *eticización* del derecho penal[557] es, además, y

551 *Dahm*, ZStW 57 (1938) 285.

552 *Dahm*, ZStW 57 (1938) 289 ("der Rechtsbegriff Teil der sich fortentwickelnden völkischen Lebensordnung und im Volksempfinden begründet, wie dieses ständig im Fluß und der Gestaltung bedürftig").

553 Cf. *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 213 s., quien afirma que si bien Dahm y Schaffstein nunca habían citado a Husserl, "en los hechos", de todos modos, eran "defensores de una concepción en cierto modo ampliamente simplificada y dirigida fenomenológicamente". De modo similar, *Marxen* (1975), p. 236 ss. ve una cercanía fenomenológica solo en el sentido de una vulgarización y simplificación en cuanto a la filosofía de la vida.

554 Cf. *Wolf*, DRWis 4 (1939), 174 s., quien considera a los autores de Kiel – también en referencia a Larenz, entre otros– como parte de la tradición de una "metafísica estatal y del pueblo" neohegeliana; sobre la influencia neohegeliana, también *Marxen* (1975), p. 239 s.

555 Cf. *supra* cap. IV 3., con nota 408 y texto principal.

556 En ese sentido concuerda *Zaffaroni* (2017), p. 235 ("no le faltaba razón"), pero esto resulta incomprensible si se toma en consideración que la anti-eticización del derecho (penal) basada en el dualismo metodológico (según la concepción sostenida *supra* cap. IV 4. en las notas 454 ss. con texto principal), es una posible garantía de derecho (penal) liberal y democrático.

557 Cf. ya *supra* cap. II 2. con notas 193 ss. (principios del nacionalsocialismo y doctrina) y antes de la nota 530, ambas con el texto principal, así como *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 83, 89 y *passim*; *Dahm* (1940), p. 37 ("coincidencia

de todos modos, una toma de posición de filosofía del derecho, o bien metodológica, incluso aunque no se trate de una reflexión jurídico-penal propiamente nacionalsocialista.[558]

3. EL ROL DEL JUEZ EN EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA DEL FÜHRER

Antes de llevar a cabo una observación de los aspectos individuales de la doctrina jurídico-penal de la Escuela de Kiel, merece una contemplación separada el rol del juez en el Estado nazi del Führer, porque si no se hubiese llevado a cabo una intervención judicial activa, no habría sido realizable el proyecto jurídico-penal del nacionalsocialismo, como ya hemos visto anteriormente.[559] De modo que no es sorprendente que este tema también sea de gran importancia en los trabajos de Dahm/Schaffstein, a pesar de que en su escrito sobre la lucha anti-liberal solo sea mencionado de pasada.

---

entre derecho y moral"); *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 606 ("Unir el derecho y la moralidad más estrechamente que hasta ahora... en lo posible, remitir las valoraciones legales a las éticas"); *Schaffstein*, en: Dahm/Huber (1935), p. 110 ("Unidad del derecho penal y el ordenamiento moral del pueblo"); *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 101 ("idea de separación", es decir, "separación del [!] derecho y la moralidad, de valoraciones *jurídico-penales* y éticas" como "típica del individualismo científico" y responsable de la destrucción de la "unidad del ser político, sus verdaderas comunidades y sus propios ordenamientos concretos..."); *Schaffstein*, FS Schmidt, 1936, p. 12 "... eliminar la escisión entre valoraciones éticas y jurídicas ..."); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46 (en contra de la "separación del derecho penal del ordenamiento moral del pueblo"); *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 301, 314 ("fundamentación ética de la doctrina de la antijuridicidad" ["ethische Grundlegung der Rechtswidrigkeitslehre"]), 325 ("contenido ético del derecho penal...").

558 También en contra, p. ej., ya *von Liszt*, ZStW 27 (1907), 91; ya citado *supra* cap. IV 4., con nota 449.

559 *Supra* cap. II 1. con notas 153 ss., así como cap. IV 2., con notas 345, 375 con el respectivo texto principal.

Schaffstein afirmó, ya en su conferencia inaugural en Leipzig del año 1933 –es decir, en el mismo año en que se publicó el escrito de lucha–, que la interpretación judicial del derecho era "creación del derecho" ("Rechtsschöpfung") nacionalsocialista y exigió la sumisión ante la "voluntad del Führer corporizada en la ley".[560] Un año después celebró la fórmula de Schmitt del "*nullum crimen sine poena*"[561] por tratarse de un medio excelente contra el formalismo de la seguridad jurídica,[562] pero al mismo tiempo temió que una libertad judicial demasiado amplia pudiese generar un relajamiento de la sujeción al principio del Führer, al que había brindado su apoyo expreso.[563] Por ese motivo, en el "nuevo derecho penal" la aplicación judicial del derecho tendría que "estar sujeta a las formas, pero no ser formalista" ("formgebunden, aber nicht formalistisch"),[564] con lo cual no se pensaba en otra cosa que en la diferenciación entre "el principio político del liberalismo de la forma", que debía ser rechazado, y "las formas propias y necesarias del derecho nacionalsocialista".[565] El juez estaría sujeto a este último, concretamente a la "ley que representa la voluntad del Führer" ("Führerwillen repräsentierende Gesetz"),[566] al legislador nacionalsocialista en tanto "Führer",[567] y, por cierto, "tanto más fuertemente" "cuanto

---

560 Cf. *Schaffstein* (1934), p. 20, 24.

561 *Supra* cap. II 1. con nota 162.

562 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 349, 352.

563 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 351 s.

564 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 352.

565 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 349.

566 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 352.

567 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 619 así como 607 (completar la discrecionalidad judicial con el recurso "al sano sentir jurídico del pueblo"), 618 s. (sacar la decisión judicial sobre determinación de la pena "del ámbito de la arbitrariedad y colocarlo en la planificación consciente, en el sentido de la interpretación jurídico-penal nacionalsocialista" ["aus dem Bereich der

más probable" sea que "la ley realmente... represente la voluntad del Führer", como sería el caso de las leyes que estaban inspiradas en el nacionalsocialismo, como por ej., la de "traición a la raza" ("Rasseverrat").[568] Con ello, resulta claro que el relajamiento de la sujeción a la ley que conllevaba el concepto material del ilícito y la intuición de las esencias (al respecto, *infra* 5.) encuentran sus límites en la legislación nazi, en especial el mandato del Führer; esta tiene que ser observada estrictamente –siempre y cuando esté formulada de forma inequívoca–[569] y no existiría ninguna creación judicial del derecho completamente libre. Vale la pena recordar que Schaffstein se distanció de esta postura en el año 1974.[570]

Willkür in den der bewußten Planung im Sinne der nationalsozialistischen Strafrechtsauffassung"]), 628 (una posición del juez "más importante y más responsable"); ídem, FS Schmidt, 1936, p. 50 ("... proceder como el legislador nacionalsocialista..." ["wie der nationalsozialistische Gesetzgeber zu verfahren"]), 52 ("sujeción a las metas político-jurídicas y a las valoraciones de la conducción superior..."), 63 ("... sujeción ... a la voluntad del Führer..."). En oposición a *Cattaneo* (2001), p. 213 s., aquí no existe ningún "problema de interpretación" respecto de los artículos de Schaffstein citados anteriormente y en esta nota. En ambos casos él acentúa, en los hechos, la sujeción del juez a la voluntad del Führer; es decir "en última instancia" no hay, como el mismo *Cattaneo* (2001) señala, p. 214, "ninguna diferencia", que, simultáneamente, no se oriente según la supresión de la división de poderes. Pero de este modo también se echa por tierra el "contacto con la seguridad jurídica" de Schaffstein (*Cattaneo* (2001), p. 213), pues esta es representada por la "voluntad del Führer".

568 *Schaffstein*, DR 4 (1934), 352 ("umso stärker", "je wahrscheinlicher", "das Gesetz wirklich...den Führerwillen repräsentiert").

569 Cf. ya *supra* cap. III, con nota 263 y texto principal.

570 *Schaffstein*, en Ellscheid/ Hassemer (1974), p. 417: "Aquellas posiciones han demostrado ser un camino errado no solo... en sentido estrictamente político. Además, provocan un acortamiento prohibido de las cuestiones tratadas metodológicamente. La creencia en una ideología totalitaria recorta una de las preguntas más importantes ..., es decir, cómo han de ser obtenidos los estándares y criterios con los cuales el juez, en la interpretación y en la tarea de llenar lagunas, tiene que efectuar la liquidación de los

Dahm, por su lado, había considerado en un primer momento (dos años antes de la toma de poder del nacionalsocialismo, en 1931), en su conferencia inaugural en Heidelberg, que el "aumento del poder de los jueces" era relativamente inofensivo, a saber, una consecuencia del trabajo judicial dedicado a un material jurídico más y más normativizado –por medio de "la inclinación de los últimos tiempos hacia una ampliación de las formas jurídicas" y el relajamiento de los "componentes del concepto de delito"– que habría dado lugar a "valoraciones y decisiones voluntativas" no solo en el ámbito de la medición de la pena.[571] El *giro* nacionalsocialista se produjo recién en 1934, pues Dahm entonces le asignó al juez la realización de las reglas del legislador nacionalsocialista –que en cierto modo estarían equiparados– y de la conducción política a la luz de la "idea del pueblo sobre el derecho" ("völkischen Rechtsgedankens") y del "sano parecer del pueblo" ("gesunden Volksanschauung"), así como con miras al "tipo penal vital concreto" ("konkreten Lebenstatbestand").[572] En el Estado nazi del Führer el aumento del poder judicial sería, sigue Dahm, en última instancia más una apariencia que

---

intereses y valores contrapuestos...". Este distanciamiento es pasado por alto por *Zaffaroni* (2017).

571 *Dahm* (1931), p. 4 y *passim* (breve referencia a la escuela del neokantianismo del sudeste en la p. 5). *Zaffaroni* (2017, p. 245 con nota 446) citada allí de modo impreciso, a saber, como revista ("Recht und Staat"). Sobre el sistema de medición de la pena en este contextó *Hartl* (2000), p. 243 ss.

572 *Dahm*, DStR 80 (1934), 87 ss. (89: "Ley y sentencias judiciales... al mismo nivel"; "expresan las ideas jurídicas del pueblo" y el "ordenamiento del pueblo" y, al mismo tiempo, una sumisión del juez frente a la "conducción política expresada en la ley"; 90: el juez tiene que "emitir los juicios de valor que se correspondan con la concepción jurídica nacionalsocialista y con la voluntad de la conducción política"; 91: "por medio de la obediencia a la voluntad de la conducción política, el juez encuentra la decisión justa"). Aquí también Dahm es citado de forma imprecisa por *Zaffaroni* (2017, p. 245 con nota 448), a saber, como Deutsches Recht (que es otra revista).

una realidad (un "aumento aparente" ["Scheinzunahme"]) y de hecho los jueces estarían "hoy en día más sujetos a la voluntad de la dirección política y el parecer jurídico de la comunidad del pueblo que antes...".[573] Ese salto cualitativo en el trabajo de Dahm –de un análisis jurídico del problema (1931) a un descripción de la personalidad judicial inspirada en el nacionalsocialismo (1934), es decir, de un enfoque analítico a uno decididamente ideológico– con frecuencia es pasado por alto,[574] pero es absolutamente paradigmático respecto de la doctrina de la ciencia jurídica (y jurídico-penal) de ese tiempo.

4. LEALTAD, LESIÓN AL DEBER Y PENA INFAMANTE

De especial importancia es la **doctrina de la lesión al deber** ("Pflichtverletzungslehre") desarrollada por Schaffstein[575] como respuesta a la "descomposición individualista ("individualistische Strafrechtszersetzung") del derecho penal de las décadas pasadas" –representada por la teoría liberal del derecho, así como por la doctrina del bien jurídico (al

573 *Dahm*, DStR 80 (1934), 96 ("an den Willen der politischen Führung und die Rechtsanschauung der Volksgemeinschaft heute stärker gebunden als je").

574 Lo mismo sucede en *Zaffaroni* (2017), p. 245, quien menciona solo de pasada el trabajo anterior (1931) y sugiere una continuidad –de ningún modo basada en un análisis del texto– con el trabajo posterior (1934).

575 *Schaffstein*, en: Dahm/Huber (1935), p. 108-42 (de nuevo citado por Zaffaroni de forma imprecisa, esto es, como monografía). Véase también *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 39 (42 ss.: reemplazar la doctrina de la lesión al derecho/del bien jurídico liberal-individualista por una doctrina de lesión al deber del pueblo-colectivista); al respecto, también *Marxen* (1975), p. 185 s.; de forma crítica *Cattaneo* (2001), p. 222 s.

GRUNDFRAGEN DER NEUEN RECHTS-WISSENSCHAFT

Von

Georg Dahm / Ernst Rudolf Huber
Karl Larenz / Karl Michaelis / Friedrich
Schaffstein / Wolfgang Siebert

sämtlich Professoren der Rechte in Kiel

Juristisches Seminar
an der Universität
Göttingen

1935
JUNKER UND DÜNNHAUPT VERLAG / BERLIN

Imagen 16. El texto principal de Schaffstein sobre la teoría de la lesión al deber ("Pflichtverletzung"), publicado en Dahm *et al.* (1935), p. 108 ss.

respecto, inmediatamente)[576]– y las "agresiones criminales contra la comunidad del pueblo".[577] Con ello promocionó la superación de la contraposición entre individuo y comunidad: el primero decididamente solo puede existir como parte de la segunda y como "compatriota del pueblo" ("Volksgenosse") con deberes intrínsecos (incluso morales) frente a la comunidad del pueblo ("Volksgemeinschaft") – que siempre tiene prioridad–.[578] El hecho de no cumplir estos deberes –es decir, una (moralmente desaprobada)[579]

576 Crítico respecto de la doctrina liberal del bien jurídico *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 112 s., 117; asimismo, *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 97 ss. (bien jurídico como concepto cuyo "contenido ilustrado-individualista tiene que ser desenmascarado" [97], cuya "espiritualización... [luce] especialmente peligrosa", porque permite que "el veneno de la ideología de la Ilustración" ["Gift der Aufklärungsideologie"] penetre "en muchas hendiduras y grietas del derecho penal" ["in viele Ritzen und Spalten des Strafrechts", 101]).

577 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 108 s.

578 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 605 ("la protección de la comunidad del pueblo... prevalece ante la protección de cada compatriota del pueblo"); ídem en: Dahm *et al.* (1935), p. 109; ídem, DStR 81 (1935), 104 (supresión de la contraposición entre delito colectivo e individual, "tan pronto como el particular aislado se torna en miembro de la comunidad y el individuo se torna en compatriota del pueblo..."); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46 s. ("La responsabilidad del individuo, en tanto miembro del organismo total del pueblo [Gliedhaftigkeit des einzelnen im völkischen Gesamtorganismus], se manifiesta... en los deberes frente a la comunidad... la vinculación del compatriota del pueblo con la comunidad ["gliedmäßige Verbundenheit des Volksgenossen in der Gemeinschaft"] ... es la razón por la que el delito se nos presenta precisamente como una lesión al deber").

579 Cf. p. ej. *Preußischer Justizminister* (1933), p. 132 (deber moral de actuar, a causa de la sana concepción del pueblo), así como el § 13 StGB-Entwurf 1936 (castigo de la omisión contraria al deber "como un actuante... según el sano sentir del pueblo...", citado según *Hartl* (2000), p. 141); también *Mezger*, DJZ 39 (1934), columna 104 (en principio "autorizado"); *Schaffstein*, DJ 98 (1936), 767 ("cada deber resultante del ordenamiento moral del pueblo como deber jurídico" ["jede der völkischen Sittenordnung entspringende Pflicht als Rechtspflicht"]). Esto se corresponde con la supresión eticizante de la separación entre derecho y moral, al respecto ya cap. II 2., con nota 194.

omisión[580]– puede ser sancionado jurídico-penalmente (en el peor de los casos como traición, según veremos de inmediato).

Los conceptos de *deber*,[581] *honor* (del compatriota del pueblo o del derecho)[582] y *lealtad*[583] (frente al Führer, al pueblo y al Estado)[584] prepararon –a modo de "conceptos jurídi-

580 Sobre la correspondiente revalorización de los delitos (impropios) de omisión *Schaffstein*, en Dahm *et al.* (1935), p. 140 ss. ("característica del respectivo deber lesionado", no resulta decisiva la lesión a un bien jurídico; el contenido de ilícito está fundado en la lesión al deber, no en una lesión causal a un bien jurídico); ídem, FS Gleispach (1936), p. 73 ss.; ídem, DJ 98 (1936), 767 ss. (problema de las figuras de autor y la ampliación de los delitos de omisión como consecuencia de la acentuación de la "comunidad del pueblo" [767]); también *Mezger*, DJZ 39 (1934), columna 102 ("comparación de la imagen del hecho" ["*Vergleich des Tatbildes*"]); véase también, en el siguiente apartado (5.) la nota 670, así como *Hartl* (2000), p. 139 ss.; *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 358; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 114 s.

581 Sobre el deber, en especial como deber de lealtad frente a la comunidad del pueblo, véase ya *Frank* (1935), p. 11 ss. (con referencia específica al deber [de lealtad] en los principios 3, 4, 5, 20 y 38).

582 Sobre la importancia del concepto de honor, ya *supra* cap. II 2. con nota 192 y con referencia a los principios del nacionalsocialismo (*Frank*, 1935), que se refieren a esto nuevamente de forma específica en los n.° 5 y 27 y, puntualmente, como consecuencia jurídica (penal) de la pérdida del honor en una lesión al deber de lealtad. En especial sobre el honor en el derecho penal nacionalsocialista *Dahm*, DR 4 (1934), 416 ("requisito esencial para la existencia y la conservación de una verdadera comunidad en general y, en ese sentido, directamente un bien jurídico del pueblo", "más valioso que la vida" [referencia al Memorándum de Prusia (1933)]); sobre la pena infamante, *infra* nota 591 con el texto principal.

583 Sobre la importancia del concepto de lealtad, ya *supra* cap. II 2., nota 192 con referencia a los principios del nacionalsocialismo (*Frank*, 1935), que nuevamente se refieren, en los n.° 3, 4, 5 y 38 específicamente al deber de lealtad (del pueblo); también *Siegert*, DR 4 (1934), 528 ss. (lealtad sanguínea con la comunidad del pueblo); *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 104; desde un punto de vista histórico-político *Gross* (2010), posición 813 ss. (936), 1077 ss. y *passim*; desde un punto de vista de historia del derecho *Kroeschell* (1995), p. 158 ss. (162: peligro de un aumento excesivo de "un misterio jurídico alemán"); *Kroeschell*, en: Rückert/Willoweit (1995), 60 s., 66 ss.

584 *Thierack*, en Frank (1934), p. 27.

cos" vinculantes– el campo para la *eticización* o moralización del derecho penal –ya mencionada con frecuencia–;[585] los "círculos concretos de deberes" –que encontraban su orientación[586] en los "*ordenamientos concretos*" de Carl Schmitt[587]– superarían "el viejo contraste entre derecho penal de acto y derecho penal de autor".[588] La lesión del deber de lealtad frente a la comunidad del pueblo es una "traición",[589] y esto sin embargo regiría solo para los alemanes en tanto compatriotas del pueblo con deberes especiales de lealtad, mientras que los extranjeros solo lesionarían sus normas de hospitalidad (lo que se dejaba ver, por ej., en la "traición a la tierra");[590] la vinculación entre lealtad y honor explica la importancia especial de las penas infamantes,[591] por tratarse de

585 Referencias ya *supra* 3. en la nota 557.

586 Explícitamente *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 ("esencia del delito" derivada de la "esencia de la comunidad concreta"), 47 (el deber se desprende "del ordenamiento concreto de la comunidad del pueblo"; integración del individuo no solo en la "comunidad del pueblo en su totalidad, sino también en una multiplicidad de comunidades estamentales y de otro tipo de un 'ordenamiento inferior'..."). Respecto de la influencia de Schmitt, posteriormente el mismo Schaffstein la ha reconocido, *Schaffstein*, JJZG 7 (2005), 187 s. Con relación a esto, también, *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 53.

587 *Supra* cap. IV 2. con nota 340.

588 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 114; ídem, DRWis 1 (1936), 49 (supresión de la "antítesis entre autor y hecho").

589 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 114. Críticamente *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 50 s. Sobre la tradición y la lesión al honor *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935) p. 103 ss. Sobre el "delito como traición" también *Marxen* (1975), p. 186 ss.

590 Al respecto *Dahm* (1935a), p. 13; *Dahm* (1935b), p. 29 s.; *Schaffstein*, DRWis 1936, 48; del mismo modo *Siegert*, DR 4 (1934), 530; también *Freisler*, DJ 97 (1935), 1251 (alta traición como una "grave violación a la lealtad frente al propio pueblo").

591 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 115; al respecto, también ya *Schaffstein*, DStR 80 (1934), 273; *Schaffstein*, DJZ 39 (1934), columna 1179 (el concepto del derecho civil de la "pretensión penal" es incompatible con la pena infamante); *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 625 s.; *Schaffstein*, ZStW 55 (1936), 286, 288 (acentuación de las "repercusiones de la pena en el honor", "disminución del honor" también en la ejecución de la pena); asimismo, *Dahm* (1935a), p. 6 ss. (pena como pena infamante con exclusión de la comunidad); *Dahm*, DJZ 39 (1934), columna 821 (crítico de cómo se ha descuidado la pena infamante [y la pena de muerte] y a favor de su restauración).

una pérdida del honor (reprochable moralmente)[592] a causa de una lesión al deber de lealtad.[593] Aunque el deber de lealtad, por regla general, estaría limitado a "aquellos casos en los cuales el hecho así caracterizado agrediese a la pertenencia a la comunidad del autor realmente en su núcleo y la pusiese en duda",[594] Schaffstein traslada la idea de lealtad también a lesiones de deberes en el tráfico (económico) privado, como por ej., la lesión a deberes derivados de la profesión, el cargo y el oficio, deberes familiares y matrimoniales, así como a la administración desleal.[595]

> En el caso de la administración desleal ("Untreue"), esto repercute hasta la actualidad en el § 266 StGB, pues la acentuación del deber abstracto de cuidar un patrimonio encuentra su origen en el reemplazo de la versión de 1871,[596] casuística y referida a determinados autores, por medio de la ley de enmienda de prescripciones penales del 26/5/1933,[597] con una inspiración en ideas nacionalsocialistas.[598] Incluso si es posible, en consonancia con lo señalado por el BVerfG, considerar que, respecto de la versión actual, "las valoraciones subyacentes no tienen

592 Por eso era consecuente el intento de Radbruch, en su proyecto de 1922, de desmoralizar a través de la abolición de la pena infamante, al respecto *Goltsche* (2010), p. 304 s., 360, 376 s.

593 *Supra* nota 582.

594 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 115 s., 118.

595 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 127 ss. (cuatro grupos de delitos de lesión al deber, aunque de modo enunciativo). Respecto de las demandas del movimiento anti-liberal referidas a la parte especial, véase *Marxen* (1975), p. 124 ss.

596 RGBl 1871 I, p. 127 (§ 266 RStGB).

597 RGBl 1933 I, p. 295.

598 Cf. explícitamente sobre la relación con el concepto de lealtad del nacionalsocialismo *Siegert*, DR 4 (1934), 531; también *Dahm*, Gemeinschaft (1935), p. 14.

un ideario nacionalsocialista"[599] y acentuar la referencia al bien jurídico (patrimonio) en lugar de una lesión pura al deber,[600] esto no cambia el hecho de que el legislador nacionalsocialista, con una orientación basada en la idea de lealtad, posibilitó un "manejo extensivo del tipo penal en el sentido de las representaciones nacionalsocialistas",[601] por lo cual el tipo penal representa, hasta el día de hoy, un "legado" de la técnica legislativa nazi.[602] El momento temprano en el que tuvo lugar la reforma legislativa –solo unos pocos meses después de la toma (formal) de poder del nacionalsocialismo– confirma, por lo demás, la tesis de la **continuidad** (retrospectiva).

En un derecho penal dominado por la lealtad y por deberes frente a la comunidad del pueblo ya no le corresponde ningún significado autónomo a la lesión (externa) al derecho o a bienes jurídicos. Estos son reemplazados por la **actitud interna** (ánimo) respecto de estos deberes de lealtad, de modo que el hecho punible se convierte en una lesión al deber que expresa una actitud interna respecto de los mencionados deberes de lealtad.[603] Con esto, Schaffstein dio el salto desde un "derecho penal de lesión de bienes jurídicos" ("Rechtsgutsverletzungsstrafrecht") a un "**derecho penal de**

599 BVerfG, Decisión del 23/6/2010 [constitucionalidad del § 266 StGB] – 2 BvR 2559/08, entre otros, número 88.

600 Así, en general sobre los delitos especiales actualmente existentes *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 362; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 117.

601 BVerfG, 2 BvR 2559/08, número 16 (no obstante, con una apelación acrítica al trabajo de *Bruns*, 1938, cuya calidad como escrito de habilitación estaba discutida, cf. *Jeßberger*, en: Jeßberger/Kotzur/Repgen (2019), p. 244 con nota 44; crítico de Bruns *Wolf*, JuS 1996, 189).

602 *Wolf*, JuS 1996, 193; *Safferling*, NStZ 2011, 376, 377 columna II. En los comentarios al StGB, por regla general, solo se describe de modo acrítico la modificación de 1933, cf. p. ej. *Dierlamm*, en: MüKoStGB (2014), § 266 n.° m. 20; *Kindhäuser*, en: NK-StGB (2017), § 266 n.° m. 17.

603 *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 (el delito como "expresión de un ánimo reprobable y contrario al pueblo"); también *Marxen* (1975), p. 188 s.

ánimo o de deberes" (*Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrecht*),[604] en el que si bien ya no era necesaria la función completa del concepto de bien jurídico, este era (¡y es!) lo suficientemente "elástico"[605] como para cargarlo de contenido nacionalsocialista[606] a través del entendimiento teleológico promocionado por Schwinge/Zimmerl.[607] Por ese motivo, la Escuela de Kiel pudo convivir pacíficamente con el concepto de bien jurídico "a ser completado en cuanto a su contenido y sustancia"[608] –del mismo modo que otros juristas nazis[609]– y dirigir su verdadera agresión contra la doctrina de Feuerbach de

604 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 110; en mayor detalle sobre la lesión al deber y el ánimo, ídem, p. 119 ss., 125; también, básicamente, *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 105 (la concepción del delito como lesión al deber es vista como "piedra fundamental" ["Grundstein"] de la "reconstrucción del sistema del derecho penal nacionalsocialista"); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 ss.; sobre el derecho penal de ánimo *Hartl* (2000), p. 126 ss.

605 *Amelung* (1972), p. 238 ("geschmeidig").

606 En este contexto, también *Murmann* (2005), p. 138 (un bien jurídico "abierto, para ser completado con cualquier clase de contenido"); *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 361 (fundamentación de la punibilidad de la tentativa inidónea con consideraciones vinculadas al bien jurídico). Sobre el escaso potencial limitador del concepto (tradicional) de bien jurídico, también *Ambos*, FS Wolter (2013), 1285, 1288 ss. con otras referencias (en español en RDPC 10 (7/2013), 343, 347 ss.); también crítico y, en cambio, con un acento en el principio de ofensividad (defendido especialmente en Italia), *Zaffaroni* (2017), p. 228 s.

607 *Supra* cap. IV 2., con notas 350-358 y texto principal. *Hartl* (2000), p. 102 s. pasa por alto –incluso de modo superficial– el disenso entre los de Kiel y los de Marburgo respecto de la cuestión del bien jurídico al asumir, en este sentido, una lucha unitaria del movimiento de reforma antiliberal (por lo menos cita a Schwinge/Zimmerl en la p. 109, con nota 401).

608 Cf. *Dahm*, ZStW 57 (1938), 231; ídem, Tätertyp (1940), p. 31 con nota 56 (en principio llega a un acuerdo); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 43 s. (quien afirma que el correcto "núcleo de la doctrina del bien jurídico" reside en su protección de determinados valores de la "comunidad del pueblo"). Cf. también *Amelung* (1972), p. 249 (adaptación al pensamiento nacionalsocialista como "doctrina del bien del pueblo"), 251 ss.

609 Cf. p. ej. el alegato a favor de una ampliación de la protección de bienes jurídicos en un sentido nacionalsocialista de *Strauß*, en Frank (1934), p. 31 ss.

la lesión (subjetiva) al derecho ("Rechtsverletzungslehre").[610] 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;[611] además, también los de Marburgo concibieron la culpabilidad como ánimo que contradice al nacionalsocialismo.[612] Así, puede observarse que se trata de una *disputa ficticia o aparente*, como ya se mencionó.[613]

La teoría subjetivizada de la lesión al deber tiene consecuencias directas para el concepto de delito, al dar lugar, por un lado, a una *antijuridicidad subjetivizada*[614] –contradicción subjetiva del deber (que, no obstante, tiene que ser entendida objetivamente según el "ordenamiento moral del pueblo")[615]–, la que, por otro lado, se *combina con la culpabilidad*,[616] que de hecho también consiste solamente en el reproche por la actitud interna (ánimo, *Gesinnung*), deficiente respecto del deber, que es expresada en el hecho. Dicho de

610 Acertado *Günther*, en: Institut für Kriminalwissenschaften (1995), p. 445, 452 ss.

611 Cf., en este sentido, en contra de Schaffstein también *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 48 s., 67 (donde intentan comprobar, entre otras cosas, la proximidad de la doctrina de la lesión al deber con el pensamiento individualista del liberalismo).

612 *Supra* cap. IV 2., con nota 355 y el texto principal.

613 *Supra* cap. IV 2., con nota 429 y el texto principal.

614 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 123; también *Schaffstein*, DRWis (1936), 49 (subjetivización de la antijuridicidad).

615 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 139 ("objetivización de la antijuridicidad"); también *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 ("objetivización de un entendimiento normativo de la culpabilidad").

616 Así, p. ej., *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 123; *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 (coincidencia del ilítico y la culpabilidad); sobre la abolición de la distinción también *Marxen* (1975), p. 222 ss.; sobre la discusión, en especial en la Comisión de Gürtner (Gürtner, 1934 y 1935), en detalle *Hartl* (2000), p. 159 ss. (quien afirma que simplemente no pudieron imponerse quienes "estaban a favor de una unificación de la antijuridicidad y la culpabilidad" [162]).

otro modo, la doctrina de la lesión al deber hace superflua la diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad, pues ambas consisten, del mismo modo, en la lesión (subjetiva) del deber (incumplimiento) frente a la comunidad del pueblo,[617] completamente en línea con el mencionado "derecho penal de ánimo o de deber". A modo de ejemplo: un testigo que piensa que dijo algo falso, pero que en los hechos era verdad, comete un falso testimonio consumado, porque él de hecho quería decir algo falso y, por tanto, expresó su actitud interna deficiente respecto del deber de decir la verdad y, entonces, en todo caso, cometió una lesión al deber en este sentido subjetivizado.[618]

Con esto, aparece completamente claro el impacto de **derecho penal de la voluntad** ("Willensstrafrecht") que proviene de la teoría de la lesión al deber: por un lado, la subjetivización de la antijuridicidad a través de la teoría de la lesión al deber da

617 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 132 ss. (134, 137); en especial contra la división de tres niveles en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ídem, p. 123, 132; también *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46 ss. (lesión al deber como lesión frente a la comunidad del pueblo con consecuencias concretas para el concepto de delito).

618 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 128 s.; véase también *Gallas*, FS Gleispach (1936), p. 52 (quien, sin embargo, no solo critica la doctrina del bien jurídico, sino también la doctrina de la lesión al deber, a causa de su "unilateralidad" ["Einseitigkeit"], que eleva el punto de vista ético "hacia un principio determinador de la esencia" ["wesensbestimmenden Prinzip", p. 67 s.]) [también citado por *Zaffaroni* (2017), p. 221 con nota 420, no obstante sin un número de página en concreto y también de modo impreciso, porque no solo cita a Schaffstein como monografía, sino también a Gallas]. Críticos *Schwinge/Zimmerl* (1937), p. 68, quienes también afirman que el concepto de bien jurídico (*supra* cap. IV 2. con nota 358) permite un "significado de un delito" en términos subjetivos (al respecto, también *Schröder* (2016), p. 17 s.); contra el método teleológico, empero, fundamental *Schaffstein*, FS Schmidt (1936), p. 59 ss. Por lo demás, también se llega al mismo resultado a través de la acentuación del (des)valor del acto ((des)valor de acción), cf. *Welzel*, FS Kohlrausch (1944), p. 101, 107 s.

lugar a un "derecho penal de la voluntad"[619] (orientado según el ánimo); por otro lado, la teoría de la lesión al deber le da al "concepto de derecho penal de la voluntad su contenido real",[620] pues lo decisivo es la voluntad (ánimo) (contraria al pueblo) que es manifestada por medio de la lesión.[621] Ya anteriormente, Schaffstein, en ese sentido, había convertido la acentuación de la "mala voluntad" ("böser Wille") en el fundamento de la "interpretación eticizante" del nacionalsocialismo.[622] Volveremos sobre estas conclusiones respecto del concepto de delito, así como otras, en los siguientes dos apartados (5. y 6.).

5. INTUICIÓN CONCRETA DE LAS ESENCIAS Y DERECHO PENAL DE LA VOLUNTAD Y DE AUTOR

El rechazo de la idea de separación conduce a una **contemplación total de la esencia** ("wesensmäßige Gesamtbetrachtung"), que estaría orientada a la realidad de la comunidad del pueblo, al "ser del pueblo" –el ordenamiento concreto de Schmitt[623]–: "El 'homicidio', visto en sí mismo, no puede

619 Schaffstein, en: Dahm *et al.* (1935), p. 123 (la subjetivización y la fusión llevan a un "derecho penal de la voluntad"), 137 (la clasificación del delito como lesión al deber da lugar al derecho penal de la voluntad); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 45 (unión de ánimo y lesión al deber en el "derecho penal de la voluntad" del futuro). Al respecto, también *Hartl* (2000), p. 160 s.

620 *Schaffstein*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 114.

621 Cf., p. ej., *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 ("que ocurra una lesión al deber" es independiente de "que ocurra un resultado dañino").

622 *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 609 ss. (la buena o mala "voluntad es decisiva" y el resultado es "indiferente" para la valoración moral; "regirse solo por la mala voluntad" conlleva una "interpretación eticizante del derecho penal..."; "punto de vista de un derecho penal de la voluntad eticizante").

623 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 86 ("el ser del pueblo" ["*völkisches Sein*"] como "ordenamiento", el derecho como "ordenamiento concreto" ["konkrete Ordnung"], el delito como "no-ordenamiento concreto"

ser constatado 'como tal' y luego ser provisto del sello de 'asesinato'. Es asesinato, de antemano, allí donde la comunidad es destruida. Quien piensa desde la comunidad, de ninguna manera ve un homicidio, sino un asesinato...".[624] Pues el "pensamiento abstracto lleva consigo el germen de la destrucción"[625] y el tipo penal abstracto en soledad carece de sentido;[626] este recibe su sentido solo en relación con la comunidad del pueblo, "de su ser y parecer en la comunidad, entendida como pueblo y raza".[627] La acción humana no podría ser vista de otro modo que "en la comunidad, no como acontecimiento individual, autónomo y natural..., sino que lleva consigo su sentido o su ausencia de sentido,

["konkrete Unordnung"]), 101 (la ley como "expresión de una realidad esencial de la vida, del ordenamiento vital del pueblo alemán y del mandato del Führer" ["Ausdruck einer wesenshaften Lebenswirklichkeit, der lebendigen Ordnung des deutschen Volkes und des Führerbefehls"]); también *Dahm* (1940), p. 35 (la ley se dirige al "ordenamiento conforme a la vida de las cosas" ["lebensmäßiger Ordnung der Dinge"]); *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 47 (la moralidad "se deriva del ordenamiento concreto de la comunidad del pueblo", relación con ordenamientos estamentales "inferiores"). En este sentido, sobre Schmitt, ya *supra* cap. IV 2., con nota 339. Sobre la intuición de las esencias y la idea de ordenamiento también *Marxen* (1975), p. 221 s.; de modo conciso *Vogel* (2004), p. 65 s.; *Schröder* (2016), p. 43 ss.

624 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 86.

625 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 63 s. ("... la idea desmoralizante que está actuando aquí"). Sobre la lucha contra los conceptos abstractos y la idea de separación, también *Marxen* (1975), p. 214 ss., con otras referencias.

626 En contra de la doctrina del tipo de Beling, en especial de la tesis de la libertad respecto de valoraciones y sus implicancias liberales (fundamentalmente, respecto de la legalidad, etc.), también *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 63 ss., 78 ss., 89 y 107 (derogación del concepto "tipo penal", que en el "futuro" sería un ejemplo de "palabras espectrales, raquíticas y muertas"); empero, de otro modo, *Dahm* (1940), p. 37 (el tipo penal como único "punto de partida de toda investigación sobre la... figura", "figura" como "la sombra el tipo penal"). Por lo demás, Dahm también se sirve en este texto posterior del concepto de tipo penal como si nunca hubiese exigido su derogación. Sobre la lucha contra un tipo penal libre de valoraciones y la antijuridicidad valorativa, también *Marxen* (1975), p. 219 ss.

627 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 86.

es decir, su ser derivado del pueblo";[628] se trata, entonces, de una acción que resulta del "ordenamiento moral del pueblo".[629] El ilícito delictivo no podría ser abarcado por medio del mero análisis lógico-racional del tipo penal, sino solo según su esencia o bien su "auténtico ser",[630] es decir, –"materialmente"[631]– en atención al "significado para el ordenamiento del pueblo".[632] Así, los crímenes de guerra de

628 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 86 s. Sobre la lucha contra el concepto naturalista de acción, también *Marxen* (1975), p. 217 ss.

629 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 250 ss. ("esencia de los institutos jurídicos" o bien "concepto de la ciencia jurídica" como "recreación de una realidad llena de sentido" [251 s.], "representaciones que se han vuelto históricas, vivas en la conciencia del pueblo y en cierto modo importantes para la vida en común..." [252], "volver a las representaciones profundas que viven en el pueblo" [ídem], "ideas tradicionales válidas detrás de la ley... un sentimiento del pueblo respecto de lo lícito y lo ilícito" [255], "estándar en el ordenamiento moral que se ha vuelto histórico, en la vida interna de la ley y los ordenamientos comunitarios del pueblo" [ídem.]); también *Dahm* (1940), p. 34 s. ("el sentimiento del pueblo" se encuentra "detrás de todo concepto jurídico", fundamento y "materia prima" del trabajo legislativo y judicial).

630 *Dahm*, en: *Dahm et al.* (1935), p. 89 ("pues el núcleo y la esencia del delito de ninguna manera ha de ser comprendido justamente de modo 'lógico'..."); *Dahm* (1935b), p. 14 (los conceptos nacionalsocialistas básicos del honor, la lealtad, etc., se le escapan "a un entendimiento en definitiva racional"). No obstante, ya antes que Dahm, *Mittermaier* (ZStW 44 (1924), 8 s.) orientó la determinación de un comportamiento como ilícito según su "esencia interna": "Empero, algo del derecho puede quedar marcado en el tipo penal y su esencia interna entonces no es ningún delito" (p. 8). Por el contrario, el propio Dahm reconoció posteriormente el valor, en general, de una estructura lógico-racional del delito ("tarea de la ciencia que investiga una comprensión y configuración racionales de los elementos accesibles y necesarios del concepto de delito y que clasifica la totalidad del delito de un modo útil"), pero al respecto se aferró al hecho de que una contemplación de la totalidad ("el ilícito como un todo, como una relación interna de sentido...") era "de mayor importancia" (*Dahm* (1940), p. 60 s.).

631 P. ej. *Schaffstein*, ZStW 53 (1934), 612 ("principio de la exclusión material del ilícito en el sentido de la idea de derecho nacionalsocialista").

632 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 102; también *Dahm* (1940), p. 21 (determinación de la figura de autor del pueblo por medio de la "concepción del pueblo" de la que se derivaría la "imagen del autor"), 34 (el "sentimiento del pueblo" y el "ordenamiento moral del pueblo" como fundamento de la ley), 37 (figura de autor como "lineamiento jurídico" para una aplicación "racional" de la ley). Un apoyo más fuerte a la idea de Schmitt de ordenamiento en *Dahm*, Gemeinschaft (1935), p. 16 ("pensamiento a partir de la comunidad concreta y del ordenamiento vital...").

los soldados alemanes en la Primera Guerra Mundial no serían homicidio o directamente asesinato[633] del mismo modo que –según su esencia– tampoco sería hurto la sustracción de una bandera de una organización católica por parte de las Juventudes Hitlerianas.[634]

De la contemplación de la esencia ("Wesensbetrachtung") puede derivarse, entonces, una "restricción del tipo penal", pero también su ampliación.[635] Por último, empero, la tipicidad y la antijuridicidad (y también la culpabilidad) se funden en una figura delictiva determinada solo de modo vago de conformidad con las esencias, es decir, indeterminada en

633 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 71 ss. (crítico respecto de los procesos por crímenes de guerra de Leipzig), 91 ("De hecho, el jurista hoy en día tiene que volver a aprender que el soldado durante la guerra no es ningún asesino, que él 'en sí' no comete ningún homicidio...").

634 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 102 ("La esencia del hurto no se reduce a la suma de sus elementos típicos"), 103 ("Lo que el hurto es no lo dice, por regla general, la ley, sino que se deriva de la esencia de la cosa"). Del mismo modo, no sería ningún hurto la sustracción de una cosa de la mujer llevada a cabo por su esposo (íd. p. 92 s.) o la sustracción de las banderas francesas a ser entregadas según las disposiciones del Tratado de Versalles, porque no se correspondería con su esencia y con la figura de hecho o de autor que toma por base (*Dahm*, ZStW 57 (1938), 253 s.; al respecto, también, *Marxen* (1975), p. 207).

635 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 102. *Dahm*, ZStW 57 (1938), 254 habla en general de una "restricción de la figura delictiva", lo que es contradictorio si, como él hace (Dahm *et al.*, 1935, p. 68), ya en la tipicidad se observa una "carga". Cf. también *Dahm* (1940), p. 42 ss. ("restricción" por medio de "creación de figuras", "figuras de autor" y referencia a la "relación vital usual"), 49 ("ampliación" por medio de la "aplicación analógica" por medio de una referencia a la figura de autor). Del mismo modo *Schaffstein*, FS Gleispach (1936), p. 104 (restricción en casos de una divergencia entre la figura del autor y el tipo penal).

los hechos, con lo cual se neutraliza la función de precisión o de delimitación del tipo penal.[636] En este sentido, es posible remitirse a la crítica contemporánea, ya mencionada en varias ocasiones en esta investigación, al concepto difuso de la "intuición de las esencias".[637]

> Nótese a la pasada que Hans Welzel llega al mismo resultado por medio de su doctrina de la **adecuación social** ("Sozialadäquanz") pues "en las situaciones de combate de la guerra" las "acciones adecuadas y normales en la guerra de antemano no [se subsumen] en tipos delictivos"; en última instancia "la idea de que el ejército, en la lucha entre la vida y la muerte, realizaría varios tipos penales –aunque de un modo conforme al derecho– [sería] demasiado absurda y construida en los papeles, tanto que no podría ser correcta".[638]

Es cierto que si bien con esto Dahm identifica **figuras de autor y figuras de ánimo** ("Täter- und Gesinnungstypen") y un *derecho penal de la voluntad*, en tanto este último sería más que

636 Crítico también *Marxen* (1975), p. 203 ss. ("alusiones indeterminadas y delimitaciones vagas" [221]); *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 355 (solo se hace alusión a determinadas figuras de delitos o de autor).

637 Cf. especialmente *Schwinge/Zimmerl* (1937) y *Schwinge* (1938), al respecto Cap. IV 2.; así como *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 213, 217 ("'intuición de las esencias' amplia y conforme al sentimiento"); *Wolf*, DRWis 4 (1939), 173 (concepto de "intuición de las esencias" "gastado y general" y "utilizado en sentido popularmente indeterminado").

638 *Welzel*, ZStW 58 (1939) 491, 516 ss. Crítico de la doctrina de la adecuación social a causa de su cercanía al nacionalsocialismo *Llobet* (2018), p. 301 ss. con referencias adicionales; en la doctrina actual la crítica se limita a señalar la indeterminación del concepto (cf., p. ej., *Loos*, en: Loos (1987), p. 502 ss. [503: "vaguedad del concepto"]; *Eser*, FS Roxin (2001), p. 199, 205 ss.), que no obstante ya permitía que se la complete con la ideología nazi (en ese sentido, crítico ahora *Kindhäuser*, en: Kindhäuser *et al.* (2019), p. 160 ["el concepto poco concretizado de pueblo"], 178 s. [determinación del ilícito por medio de una "'voluntad del pueblo' que no es posible capturar empíricamente ni siquiera a medias"].

una mera lesión de intereses o bienes, también se diferencia de un *puro* derecho penal de la voluntad o del ánimo (al respecto, a continuación),[639] al acentuar la *relación con el hecho* del derecho penal de autor[640] y, por este motivo, también diferenciar entre autoría y participación.[641] Según Dahm, esto depende del papel y la posición del autor en la comunidad –"las condiciones externas en las que vive, la pertenencia a un determinado oficio o posición, etc."[642]– y su valoración. Se trata –frente a una acentuación "demasiado unilateral de la esencia del autor"[643]– de una objetivización según los estándares de la esencia del hecho concreto que resulta del ordenamiento moral del pueblo[644] (*unión entre intuición de*

639 Sobre el derecho penal de autor como doctrina concurrente con el derecho penal de la voluntad, cf. *Hartl* (2000), p. 116 ss. (quien afirma, entre otras cosas, que este último repercutió principalmente en la parte general, mientras que el derecho penal de autor más bien sirvió para crear nuevos tipos penales y tuvo su origen no solo en el derecho penal de la voluntad, sino también en una idea de un derecho penal vinculado a la comunidad [121]).

640 *Dahm* (1940), p. 55 (derecho penal de autor "caracterizado por un acontecimiento fáctico... externo", así como "el dominio del hecho" [Lange] como rasgo característico de la "autoría"); también *Dahm* (1963) p. 511 ("voluntad activada"]; en los hechos también *Mezger*, DJZ 39 (1964), columna 100 (la vinculación con el tipo sería inderogable también en el derecho penal de la voluntad, cuya "columna vertebral" estaría conformada por el "querer realizar un determinado tipo legal..."), columna 103 ("correctivo objetivo", "aseguramiento objetivo").

641 *Dahm* (1940), p. 54 ss. (el derecho penal de la voluntad que "trata de igual modo todas las formas de intervención... falla ya desde el comienzo", p. 54). También *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 319 ss. mantiene esta distinción, pero luego diferencia con respecto a la accesoriedad de la participación según que los requisitos de la punibilidad del hecho principal sean constitutivos de la esencia (entonces accesoriedad, caso contrario –respecto de las causas personales de exclusión de la pena y la imputabilidad– autonomía de la participación). Sobre el derecho penal de la voluntad, en este sentido, ya *supra* cap. II 3., con nota 251 y texto principal..

642 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 88 s.

643 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 256.

644 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 253 ("la esencia de la figura de autor a la que se refiere esta prescripción", "la esencia de la representación del hecho y del

las esencias y derecho penal de la voluntad),[645] de "la profundización y la comprensión correcta del derecho penal de 'acto'" a través de la figura de autor,[646] de una figura de autor ajustada –a la "representación del asesino, del ladrón, que vive en el pueblo"[647]–, de una "representación de la personalidad", de una "imagen humana",[648] de una figura delictiva,[649] de un "hecho y autor como unidad",[650] es decir, en última instancia, de un "determinado ser en la comunidad",[651] que finalmente tiene que plasmarse también por medio del reconocimiento legal de determinadas figuras de autor.[652] Frente a

autor en la que se basa la descripción legal").

645 Cf. *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 89 ("Cuando el autor puede ser nombrado con un sustantivo –traidor, asesino, ladrón, estafador, extorsionador–, la esencia se encuentra, por regla general, en la 'voluntad'..."); *Dahm*, Gemeinschaft (1935), p. 11 ("la esencia del delito" como "degeneración de la voluntad...").

646 *Dahm* (1940), p. 25.

647 *Dahm* (1940), p. 24 ("... como en el lenguaje, también el homicida se corresponde con el homicidio y el encubrimiento con el encubridor").

648 *Dahm*, ZStW 57 (1938), 257.

649 Acertadamente *Zaffaroni* (2017), p. 253.

650 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 92; *Dahm* (1940), p. 24.

651 *Dahm*, en: Dahm *et al.* (1935), p. 88.

652 En ese sentido, *Dahm*, en su contribución posterior, ya citada en múltiples oportunidades –citada solo al pasar por Zaffaroni–, sobre la "figura de autor" [*Tätertyp*] (1940) se lamenta –a pesar de reconocer un "subjetivismo legal" y el rol de la jurisprudencia "como precursora del nuevo 'derecho penal de la voluntad'" (p. 5)– de que "también hoy en día el derecho penal todavía es, en primer lugar, un derecho penal del hecho" (p. 7), porque no consigue desarrollar una doctrina de la "personalidad total del delincuente" más allá de la figura criminológica del autor (p. 8, 9), que podría aplicarse no solo en la medición de la pena, es decir, ya en el nivel del ilícito (p. 7 s.). Intenta remediarlo –simpatizando con la "culpabilidad por la conducción de vida" ("Lebensführungsschuld") de Mezger (*supra* cap. IV 1. con nota 304 y texto principal) (p. 11 ss.) y reactivando la "expiación" colocada sobre todo por Freisler (*supra* cap. II 3. con nota 245 y texto principal) como "tercera vía" (p. 11, 38, 40)– a través del desarrollo de la figura de autor –en el sentido de un "ser culpable" (p. 9)– y de la mano de un análisis detallado de las normas (nacionalsocialistas) relevantes (entre otras, la ley de delincuentes habituales y la legislación especial de guerra

este trasfondo es sorprendente que el tipo nacionalsocialista de asesinato, introducido el 4 de septiembre de 1941 en el § 211, RStGB[653] y que abolió la regla del asesinato premeditado del código de 1872,[654] siga siendo válido hoy en día (con independencia de la pena de muerte). Otro ejemplo de la mencionada **continuidad** orientada hacia el futuro.[655]

De modo similar, y en relación con esto –a diferencia de su doctrina de la lesión al deber, subjetivizada más fuertemente[656]– Schaffstein acentúa el aspecto externo del derecho penal de la voluntad, al señalar que no es "la voluntad criminal como tal" la que convierte en antijurídico el hecho, "sino recién su realización en un determinado acontecer externo".[657] Asimismo, reconoce la "unidad" entre hecho y

["parásitos del pueblo", p. 34]) (p. 9 ss.; sobre las diferentes figuras de autor, p. 27 ss.), respecto de lo cual su intento (abstracto) de definición permanece pálido: "Si de hecho la idea de la figura de autor quiere decir que la imagen del hecho es en sí misma lo suficientemente ilustrativa y cerrada, también con el hecho estaría dada la representación de un autor..." (p. 24). Empero, lo verdaderamente sorprendente es el distanciamiento de Dahm respecto del escrito "Liberales oder autoritäres Strafrecht" (*Dahm/Schaffstein*, 1933), porque la "posición político criminal de hoy en día [1940] es distinta a la de aquel entonces" [1933], pues la "meta" de la "persecución y destrucción rigurosa del delito real... hoy en día se ha realizado sustancialmente" (p. 44).

653 RGBl I 549.

654 Esta regla fue criticada por ser "demasiado intelectual" por *Freisler*, DJ 103 (1941), 935.

655 Sobre los diversos intentos de reforma, véase *Esser/Sternberg-Lieben*, en Schönke/Schröder, StGB (2019), p. 2056 ss. con referencias adicionales.

656 En este sentido, *supra* nota 620 s. y texto principal.

657 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 313. Cf. también íd., p. 315, donde afirma que "de la naturaleza del delito como realización de la voluntad forzosamente se sigue una diferenciación entre la voluntad y su realización, entre el dolo y el acontecer externo en el que el primero se pone en práctica". También *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 43 (manifestación externa de "voluntad y ánimo"). Del mismo modo *Mittermaier*, SchwZStR 52 (1938), 221 f. (determinación del objeto de la voluntad); *Mittasch* (1939), p. 133 s. (el derecho penal de la voluntad no es concebible sin un resultado externo, y la mera "inferio-

autor[658] y su significado para la "constitución del tipo y la interpretación del tipo penal",[659] donde remite, de cara al modo de tomar en consideración la figura de autor para la determinación del ilícito, a la doctrina de Erik Wolf –que será analizada en el cap. VI–[660] (que, no obstante, Dahm considera demasiado subjetiva).[661] Con ello, las doctrinas de la lesión al deber y de las figuras de autor tienen como punto de referencia común el ánimo y el castigo del desvalor de ánimo como fundamento común de la teoría de la pena:[662] el primero ve el fundamento del castigo en la insuficiente lealtad frente al ordenamiento moral del nacionalsocialismo (y, con ello, en ese sentido, un ánimo deficitario, equivocado o directamente malo); el segundo, en la personalidad deficitaria del autor (ánimo de autor), donde la mencionada acentuación más fuerte del ámbito externo (del hecho) funciona como limitación del derecho penal. Un *puro* derecho penal de ánimo o de deber, en el sentido anterior-

ridad social", dado el caso, podría dar lugar a medidas "higiénico-raciales", pero no a una pena).

658 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 332 ("autor es quien comete el hecho y el hecho, como contrapartida, recibe su carácter por parte del autor. El hecho no puede ser pensado sin un autor, ni el autor sin un hecho"); también *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49 (abolición de la "antítesis entre hecho y autor").

659 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 336.

660 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 334 s.; *Schaffstein*, FS Gleispach (1936), p. 70, 103; sobre las figuras de "autor" y las de "ánimo" ("Täter- und Gesinnungstypen"), también *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 46.

661 *Dahm* (1940), p. 25 s. Empero, se refiere al trabajo de Wolf, citado *infra* cap. IV 1. con nota 693, mientras que Schaffstein se refiere a un artículo posterior, de 1936, *infra* cap. IV 2. con nota 750.

662 Cf. explícitamente sobre la vinculación entre la doctrina de la lesión al deber y el derecho penal de autor, *Schaffstein*, en Dahm *et al.* (1935), p. 137 ("la lesión al deber... está subordinada... al derecho penal de la voluntad"); cf. también *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 113.

mente mencionado y en el sentido de Schaffstein,[663] da lugar, en todo caso, a una expansión del derecho penal por medio de fundamentos subjetivo-espirituales, a un castigo de la mera mala voluntad,[664] por lo que la acentuación del aspecto externo (relación con la tipicidad y la manifestación de la voluntad) aparece como una mera palabrería[665] y la delimitación entre derecho penal de la voluntad y derecho penal de ánimo, si bien en términos teóricos se intentó llevar a cabo,[666] luce irrealizable.[667] También en este sentido, la fundamentación de la pena parece vulnerar sus límites por medio de un concepto de bien jurídico teleológico y nacionalsocialista, y, aunque no se pretende privar al concepto de bien jurídico de todo contenido, sí se pretende privarlo de alguna clase de contenido concreto –¿mala voluntad como

663 *Supra* 4. con nota 604 y texto principal; sobre la postura de Freisler ya *supra* cap. II 3. con nota 230 ss. y texto principal.

664 Cf. *Schaffstein*, DStR 81 (1935), 102 (la punición de la tentativa inidónea no peligrosa solamente es explicable como expresión de la mala voluntad).

665 O como mera concesión procesal, como en *Freisler*, *supra* cap. II 3. con nota 241 s.

666 Cf. *Mezger* (1936), p. 29, quien distingue entre un derecho penal de la voluntad basado en actos ("Betätigung") – que no es un derecho penal del ánimo ("Gesinnungsstrafrecht") – y un puro derecho penal de la voluntad, centrado en la actitud interna (que, no obstante, tiene que ser inferida de alguna clase de conducta ["die Tat entsprungen"], en última instancia por razones probatorias, véase *supra* nota 241). Quizá el intento más importante, o al menos el que conozco, de legislar un derecho penal del ánimo puro puede encontrarse en el proyecto nacionalsocialista de una "*Gesetz* über *die Behandlung Gemeinschaftsfremder*" ("Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad"), donde, entre otros, un "grupo de criminales" ("Verbrechergruppe") era definido a partir de la "personalidad y estilo de vida" de sus miembros, que demuestra que su "mentalidad está centrada en la comisión de delitos graves (delincuentes hostiles a la comunidad y delincuentes por inclinación)" ["Sinnesart auf die Begehung von ernsten Straftaten gerichtet ist (gemeinschaftsfeindlicher Verbrecher und Neigungsverbrecher)"]; art. I, § 1, n.° 3, reimpresión en *Ayaß* (1998), n.° 153; al respecto, también, *Werle* (1989), p. 636 ss.

667 Críticamente también *Hartl* (2000), p. 93 ss. ("delimitación ambivalente").

agresión (abstracta y de peligro) contra el ordenamiento moral nacionalsocialista?[668]–.

También en el ámbito de la **omisión** –revalorizada por medio de la doctrina de la lesión al deber[669]– Schaffstein ve en la "figura de autor", en los elementos "característicos de la figura del autor" que expresan la esencia del hecho, el criterio decisivo para determinar el ilícito de la omisión.[670] Más allá de los matices subjetivos, en todo caso se puede considerar al derecho penal de la voluntad y a la doctrina de las figuras de autor como una "unidad ideológica", en tanto ambas, por un lado, son una consecuencia lógica de la orientación de un ánimo inspirado por el sano sentir del pueblo[671] y,

668 *Hoyer*, GS Eckert (2008), p. 361, considera que la punibilidad de la tentativa inidónea puede ser fundamentada por medio de consideraciones vinculadas con la idea de bien jurídico ("peligro abstracto de que la realidad fácticamente podría ser tal como el autor se la representó y, por consiguiente, podría dar lugar a una lesión de un bien jurídico"), aunque de hecho no sostiene esto respecto de la tentativa inidónea *no peligrosa*, a la que explícitamente hace referencia Schaffstein.

669 Cf. ya en este cap. *supra* 4. con nota 580 y texto principal.

670 *Schaffstein*, FS Gleispach (1936), p. 102 ss. (figura de autor como "nuevo criterio... que limita de modo significativo la responsabilidad penal por el resultado" [102], "la esencia del autor" "se determina por sobre todo a través de la clase de realización, por medio de la posición de deberes del autor, por medio del ánimo... y por medio del motivo del hecho" [105]; "clase concreta y fuerza de la lesión omisiva el deber, el ánimo... la intensidad de la voluntad criminal" como criterio significativo para "la medida del ilícito" y que hace a la figura del autor [107]); lo sigue *Dahm* (1940), p. 46 s.; previamente *Preußischer Justizminister* (1933), p. 132 (toma en cuenta las "circunstancias personales del autor") Al respecto, también *Marxen* (1975), p. 229 ss. (deber general de acción frente a la comunidad del pueblo con recurso a la doctrina de la lesión al deber y supresión de la diferenciación entre acción/omisión por medio de la doctrina de las figuras de autor), 260 (crítico del actual § 13 StGB [delitos impropios de omisión] –que se encuentra en una relación de continuidad con la idea nacionalsocialista de esencia– como una "determinación global, esencial y, por tanto, imprecisa, de los deberes de acción y del círculo de autores"); *Zaffaroni* (2017), p. 256 ss.

671 En este sentido, sobre la figura de autor, *Cattaneo* (2001), p. 238 ss.

por otro lado, se refieren a una subjetivización y a un adelantamiento en contra de autores anti-nacionalsocialistas –en simultáneo, una restricción de la punibilidad en favor de autores fieles a los lineamientos del partido–.[672] Esto no solo tiene consecuencias concretas para la teoría del delito, p. ej. la ya mencionada[673] derogación de la diferencia entre tentativa y consumación,[674] sino que además fundamenta en el nivel político-criminal una "*doble moral jurídica*" y un "derecho duplicado: un derecho para los seguidores del partido y otro para los adversarios políticos"[675] –lo que ya en 1933 fue reconocido por Radbruch como un peligro–.

6. TIPO PENAL DE DESVALOR TOTAL ("FIGURA DELICTIVA" [*DELIKTSTYPUS*]) EN LUGAR DE TEORÍA DEL DELITO ESTRUCTURADA EN NIVELES

Entonces, la doctrina de la lesión al deber lleva a una fusión de ilícito y culpabilidad en forma del difuso "derecho penal de ánimo o de deber" (*supra* 4), mientras que la misteriosa intuición de las esencias (*supra* 5) une todo en un **tipo de desvalor total unitario** ("Gesamtunwerttatbestand").[676]

672 De modo similar, *Frommel*, en: Reifner/Sonnen (1984), p. 86, 88; *Marxen*, en íd., p. 81 (reducción del tipo, en todo caso, a favor de los autores nacionalsocialistas); en detalle sobre la doctrina de las figuras de autor como (intento de) reducción de la punibilidad en territorios ideológicamente neutrales (y no, p. ej., en el derecho penal de la guerra) *Marxen* (1975), p. 208 ss.

673 *Supra* cap. II 3. con nota 249 y texto principal.

674 Véase, p. ej., *Schaffstein*, en Dahm *et al.* (1935), p. 137; *Schaffstein*, DTWis 1 (1936), 48 s.; al respecto, también *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 115 s.

675 *Radbruch* (1933/1957), p. 75 (bastardillas agregadas).

676 Cf. previamente ya *Zaffaroni*, en Zaffaroni, 2011, p. 36 (el tipo penal como una "ventana que le permitiría al juez completarlo con un tipo de delito y de autor").

La supresión de la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad, que es consecuencia de tal valoración total, fue fundamentada detalladamente ya en 1936[677] por Schaffstein.[678] Al "viejo sistema" le reprocha su "insuficiencia" respecto de los confusos criterios de delimitación y de la antitética "destrucción artificial de las interrelaciones del sistema y de los... conceptos del derecho penal, que deben ser entendidos de modo global".[679]

Schaffstein reconoce solo conceptualmente el concepto de delito tradicionalmente estructurado, a través de las categorías de tipos penales de conminación ["Strafandrohungstatbestände"][680] (elementos del ilícito y de la culpabilidad) y de las causas de exclusión de la pena ["Strafausschließungsgründe"][681] (causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad como figuras/tipos penales negativos relativos a la punibilidad),[682] pero sin embargo los combina, en los hechos, en el mencionado tipo penal de desvalor total –como "figura delictiva" ("Deliktstypus")[683]–. Esto absorbe todo, con excepción de las causas personales de exclusión ("persönliche Strafausschließungsgründe") de la pena y de la imputabilidad ("Zurechnungsfähigkeit").[684] Esta figura delictiva recibe su contenido de la doctrina de la lesión al deber, así como de la (nueva) ética penal nazi, del sentimiento jurídico del pueblo y de la intuición global de las esencias ("Wesensschau").[685] Se trata de un perfeccionamiento del concepto material del delito por medio de una eticización extrema, incluso con una renuncia al concepto normativo de la culpabilidad –a su vez, completamente eticizado–.[686]

El ya previamente (1933) fundamentado[687] rechazo de la *inexigibilidad* ("Unzumutbarkeit") como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad[688] es solo una consecuencia adicional del nuevo derecho penal autoritario y preventivo general, pues las causas (adicionales) de exclusión de la pena son una "expresión de una configuración individualista del derecho penal"[689] y solo debilitan la conminación penal del Estado conservador nacional, que finalmente tendría que proceder con toda la dureza (jurídico-penal) contra los disidentes (los parásitos del pueblo, "Volksschädlinge"). No solo la política criminal, sino también la dogmática del derecho

677 *Zaffaroni* (2017), p. 266 ss. parte de 1938.

678 Véase ya *supra* 4. con nota 616 y texto principal, con remisión a *Schaffstein*, DRWis 1 (1936), 49; básicamente ya *Schaffstein*, FS Schmidt (1936), p. 77 (la diferenciación es muy dudosa a la luz del derecho penal del ánimo y de la voluntad); posteriormente *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 295. Al respecto, también *Marxen* (1975), p. 222 ss.; *Stefanopolou*, JoJZG 2010, 114.

679 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 327. Si bien al mismo tiempo reconoce la lógica y la racionalidad de un concepto de delito estructurado en niveles, de todos modos lo considera sistemáticamente "inservible" (íd., 330).

680 *Zaffaroni* (2017), p. 267 se refiere, incorrectamente a "Strafdrohungstatbestände", es decir, omite dos letras ("*an*") en la primera parte del término "Straf*an*drohung".

681 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 311 ("todas son causas de exclusión de la pena... restricciones de los tipos de conminación penal en forma de elementos negativos del tipo").

682 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 302, 305, 307 s., 311. De forma ambigua, *Zaffaroni* (2017), p. 267, quien de hecho acepta un concepto del delito estructurado en niveles.

683 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 315 s. ("figura delictual"). *Zaffaroni* (2017), p. 269 ve una inspiración conceptual en Beling.

684 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 305 ("desvalor total" ["Gesamtunwert"] con tipos de conminación penal y causas de exclusión de la pena). De modo crítico *Marxen* (1975), p. 226 s.; cf. también *Zaffaroni* (2017), p. 271 ss. (las figuras de hecho y de autor abarcarían todo).

685 *Schaffstein*, ZStW 57 (1938), 301, 322, 327.

686 Cf. también *Zaffaroni* (2017), p. 273.

687 *Schaffstein* (1933).

688 Al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 258 ss.

689 *Schaffstein* (1933), p. 60 ss. ("la doctrina de la exigibilidad como expresión de la configuración individualista del derecho penal" ["Zumutbarkeitslehre als Ausdruck individualistischer Strafrechtsgestaltung"]).

penal tendría que oponerse a las tendencias desintegradoras del tradicional derecho penal liberal: "... cuanto más fuertemente el individualismo se haya apoderado de la conciencia jurídica del pueblo, tanto más fatal será hacerle frente, incluso con la relativización del concepto de culpabilidad".[690]

690 *Schaffstein* (1933), p. 82 ("je stärker der Individualismus von dem Rechtsbewusstsein des Volkes Besitz ergriffen hat, desto verhängnisvoller wäre es, ihm auch noch durch die Relativierung des Schuldbegriffs entgegenzukommen"); al respecto, también *Zaffaroni* (2017), p. 265.

Capítulo VI

Erik Wolf: De las figuras de autor a la teoría normativa del autor con una figura de ánimo

1. DERECHO PENAL AUTORITARIO-SOCIAL Y TEORÍA DEL AUTOR

Es cierto que Erik Wolf (1902-1977) no pertenecía formalmente a la Escuela de Kiel; empero, se ha acercado al máximo, como también veremos, con su doctrina del concepto normativo de autor. La valoración de Zaffaroni, como anexo en el marco del capítulo sobre el ilícito en la escuela de Kiel,[691] no le hace justicia, en especial porque solo abarca de modo incompleto los escritos relevantes de Wolf. Menciona solo al pasar[692] la conferencia inaugural de Friburgo de 1932 sobre "Wesen des Täters" ["La esencia del autor"][693] y pasa por alto completamente sus discursos de Heidelberg y Friburgo de 1933 ("Krisis und Neubau der Strafrechtsreform" [Crisis y reconstrucción de la reforma penal])[694], así como "Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staat" [El derecho correcto en el Estado nacionalsocialista][695]), para,

691 *Zaffaroni* (2017), p. 246 ss.

692 *Zaffaroni* (2017), p. 247.

693 *Wolf* (1932). Sobre la influencia fenomenológica ("nueva doctrina, con dirección personalista y existencialista") véase el propio *Wolf* íd., p. 12 (sustitución del individualismo por medio de un "personalismo fenomenológico"), así como su carta a K. Barth (*Wolf*, 2009, p. 305); véase también *Hollerbach*, en: Heidegger-Jahrbuch 4 (2009), p. 284, 326 ss.

694 *Wolf* (1933).

695 *Wolf*, Recht (1934).

FREIBURGER UNIVERSITÄTSREDEN
Heft 13

Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate

von

Erik Wolf

Freiburg im Breisgau
Fr. Wagnersche Universitätsbuchhandlung
1934

Imagen 17. El primer texto verdaderamente nacionalsocialista de Wolf, sobre el "Derecho correcto en el Estado nacionalsocialista", 1934.

por el contrario, basarse de modo prácticamente exclusivo en un artículo publicado recién en 1935 en ZStW.[696] Esto resulta problemático, porque por un lado los textos (publicados) de 1932/1933 ("Wesen" y "Krisis") todavía no eran *inequívocamente* nacionalsocialistas, pero, por otro lado, el giro nacionalsocialista de Wolf se produjo ya a fines de 1933 con el texto "Richtiges Recht" (es decir, no recién con el artículo de ZStW de 1935).[697]

> En "Wesen des Täters" (1932) Wolf proclama –en una confrontación crítica con el concepto de autor y las figuras de autor de Liszt[698]– una figura normativa de autor (antropológica y cultural) con "personalidad jurídica" ("Rechtspersonalität") y "ánimo" ("Gesinnung"),[699] con la cual él –con independencia de la posición que se asuma respecto de su doctrina (o la de Liszt)[700]– no difunde

696 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 544. Al respecto *Zaffaroni* (2017), p. 247 ss.

697 También demasiado apodíctico *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 231 ("otro jurista nazi").

698 Cf. ya *supra* cap. III, con nota 270, así como *Wolf* (1932), p. 7 ss. (sin una referencia concreta al reprocharle al concepto de autor de Liszt el hecho de ser demasiado causalista y naturalista y, por tanto, un "error fatal", p. 9 ss., 32).

699 *Wolf* (1932), p. 12, 14 ss. (16: el autor es, "según su esencia, un miembro personal de la comunidad jurídica con un ánimo jurídico en decadencia" ["seinem Wesen nach ein personales Glied der Rechtsgemeinschaft mit verfallender Rechtsgesinnung"]; 18 "en el marco de la cultura" como "autor actual y único"; 19: como "concepto jurídico... que depende de determinados requisitos del sistema jurídico alemán"; 32: "el ser humano, tal como se encuentra en el mundo del derecho"; 36: "el modo de ser del ser humano en el derecho"); sobre la diferenciación entre persona de derecho y sujeto de derecho íd., p. 16; sobre los niveles de la "decadencia del ánimo" ("Gesinnungsverfalls") íd., p. 17 ss.

700 Desde la perspectiva actual, por supuesto que la tendencia hacia el derecho penal de autor es un motivo para realizar una crítica, del mismo modo que el rechazo de una humanización de la ejecución de la pena para asegurar una intimidación efectiva: se necesitaría "intrepidez para relajar las garantías aparentemente sagradas de la idea de Estado de derecho en interés de una idea de un Estado social de los miembros a partir de fundamentos

ninguna ideología nacionalsocialista,[701] sino que deriva del derecho vigente (en forma de tipos penales) cinco figuras de autoría,[702] es decir, que con eso solo expone lo que de todos modos ya contiene ese derecho positivo.[703] En "Krisis und Neubau" (1933), Wolf –después de una crítica al derecho vigente y al movimiento de reforma de hasta entonces[704]– proclama "una política criminal del derecho penal autoritario", con el objetivo de "una re-

personales" ("Unerschrockenheit, scheinbar geheiligte Garantien des Rechtsstaatsgedankens im Interesse eines sozialen Gliedstaatsgedankens auf personaler Grundlage aufzulockern"; *Wolf* (1932) p. 35 s.). Por otro lado, Wolf se manifiesta, incluso posteriormente, en contra de los castigos corporales, *Wolf*, ZStW 54 (1935), 560 s.

701 *Marxen* (1975), p. 84, 190 ve en el escrito, empero, "ya motivos que abren nuevas perspectivas a la crítica antiliberal" y los fundamentos de la nueva doctrina del autor.

702 "Figuras de las clases de autoría" ("Typen der Täterschaftsmäßigkeit"), cf. *Wolf* (1932), p. 26 ss. (autor peligroso para la comunidad, anticomunitario, enemigo de la comunidad, relajado para con la comunidad y dañino para la comunidad). Estas figuras establecerían "formas de la decadencia personal del ánimo", íd. p. 27.

703 De modo absolutamente contundente *Wolf* (1932), p. 31: "Tendría que ser un catálogo abierto de figuras de autoría, en lugar de uno oculto, que se esconde en un catálogo de figuras típicas, como sucede en la actualidad".

704 *Wolf* (1933), p. 6 ss. Al respecto, ve en el derecho vigente una "solución de compromiso entre concepciones del mundo contrapuestas e ideales político-sociales" (p. 9), que a nivel práctico se fusionaron en un "derecho penal liberal-autoritario de dos vías" (p. 11) y que dieron lugar, en los resultados, a un "fracaso del derecho penal" (p. 13). Divisa como elementos principales del movimiento de reforma el naturalismo biológico-criminal de impronta italiana (p. 13 ss.), el sociologismo (p. 15 s.) y "la idea de lo social" (p. 16 s.); respecto de esto último señala el ámbito político criminal en cuanto a la influencia de la democracia social en el ámbito de la política criminal y las "poderosas influencias socialistas en la configuración del derecho penal alemán" (p. 17 s.). *Wolf* (p. 18 ss.) ve la imagen del ser humano del movimiento de reforma como determinada por las ciencias naturales, liberal en lo económico y autoritaria-liberal (en lo político), donde el destinatario individual de la norma se manifiesta por triplicado (p. 20 ss.): como ciudadano autorizado, súbdito ("objeto de medidas de cuidado del bienestar", p. 20) y "delincuente normal, ya sea oportunista o casual" (p. 22).

construcción nacional y social del derecho penal".[705] El momento habría llegado con el "cambio desde el Estado autocrático liberal-autoritario hacia el Estado liberal-social del pueblo" ("... vom liberal-autoritären Obrigkeitsstaat zum liberal-sozialen Volksstaat")[706] y, por cierto, en el sentido de un "cambio hacia el derecho penal nacional en el Estado nacional de derecho" ("... zum nationalen Strafrecht im nationalen Rechtsstaat"),[707] hacia un "ánimo del derecho penal" "social-autoritario", en vez de "liberal-social" o bien "autoritario-social" en vez de "liberal-autoritario", con lo cual se sustituiría el par conceptual "nacionalsocialista"-"nacional-alemán".[708] Wolf resalta, por consiguiente, el "elemento social" del nuevo derecho penal –que ya era común en el movimiento de reforma de hasta entonces (¡pero incluido justamente también en el nacional*socialismo*!)–; no obstante, le quiere atribuir una importancia mayor, en perjuicio del elemento liberal, al "representar un nuevo sentido de la comunidad del pueblo, combinado con la idea de gobierno autoritario-conservador".[709] Esta "combinación del elemento social y el autoritario en el derecho penal"[710] se manifiesta en tres posiciones distintas frente los esfuerzos de reforma de hasta ese entonces (por lo cual solo entraría en consideración su demolición y no una mera reconstrucción): en la orientación filosófica fenomenológica, en vez de la idealista, en la posición de la sociedad estamental en vez de la formal-liberal y, por sobre todo, en el ánimo estatal de un Estado nacional y

705 *Wolf* (1933), p. 6.

706 *Wolf* (1933), p. 13.

707 *Wolf* (1933), p. 25.

708 *Wolf* (1933), p. 30, 31 ("autoritärsozial", "sozialliberal", "sozial-autoritärer", "autoritär-liberaler", "Strafrechtsgesinnung", "nationalsozialistisch"-"deutschnational").

709 *Wolf* (1933), p. 30

710 *Wolf* (1933), p. 31 s.

social, en vez de un Estado de derecho o de bienestar.[711] En el centro del nuevo derecho penal se encuentran el "Estado" y la "persona", en vez de la sociedad y el individuo.[712] El Estado se realiza siempre de nuevo "como asociación real de voluntades de la nación" ("als realer Willensverband der Nation") y se convierte en la "idea fundamental que le otorga sentido al sistema total del bien jurídico" ("zur sinngebenden Grundidee des gesamten Rechtsgütersystems"), por lo que "*toda* agresión al ordenamiento jurídico... [tiene] que valer como agresión al todo".[713] La "persona" ya no ha de ser "entendida como individuo egoísta", sino como parte del Estado y con deberes (entre otros, el de prevenir delitos) frente al primero;[714] el autor no solo es "objeto de la beneficencia, sino también un miembro responsable de la comunidad jurídica",[715] con lo cual al mismo tiempo están sentadas las bases de la teoría de las figuras de autor, desarrollada posteriormente en detalle (que será tratada inmediatamente *infra*).[716] Finalmente, este nuevo entendimiento del derecho penal también da lugar a una remodelación normativo-colectivista de la teoría del delito en sentido estricto,[717] a una interpretación de la pena preventivo-so-

711 *Wolf* (1933), p. 32.
712 *Wolf* (1933), p. 33.
713 *Wolf* (1933), p. 33 (resaltado en el original).
714 *Wolf* (1933), p. 34.
715 *Wolf* (1933), p. 35.
716 *Wolf* (1933), p. 35 s. ("rechazo de una doctrina meramente causal de la autoría" y, por el contrario, un reconocimiento de figuras de autor y "figuras de ánimo con las correspondientes figuras de acción" ["Gesinnungstypus mit entsprechendem Handlungstypus"]).
717 *Wolf* (1933), p. 36 ss.: normativización del concepto de acción ("expresión del ánimo" ["Gesinnungsausdruck"]) en el marco de la *tipicidad*; *ilícito* como "contrariedad al Estado" ["Staatswidrigkeit"], subjetivización de la fundamentación del ilícito y acentuación del elemento social-colectivo en las causas de justificación ("defensa social" ...["Sozialwehr"]); concepto de *culpabilidad* ético-social y normativo ("contrariedad al deber estatal" ["Staatspflichtwidrigkeit"]).

cial[718] y al incremento en la creación de delitos de protección del Estado.[719]

Pese a la proximidad con el nacionalsocialismo del modelo de derecho penal social-autoritario de Wolf y su referencia explícita al nacionalsocialismo[720] y a "los de Kiel",[721] el escrito "Krisis und Neubau" no puede ser calificado como inequívocamente nacionalsocialista, por tres razones. En primer lugar, las referencias al nacionalsocialismo son meramente descriptivas; incluso es posible reconocer conceptualmente un distanciamiento en la elección "autoritario-social", o bien, "social-autoritario". En segundo lugar, Wolf pretendía aferrarse al liberalismo del Estado de derecho y a los correspondientes "derechos de la personalidad",[722] así como conservar la "libertad *en el* Estado" ("Freiheit *im* Staat");[723] sin embargo, se debe señalar en ese sentido que él no entendía los "llamados derechos fundamentales" de forma absoluta, es decir, pretendía relativizarlos en caso de intereses esta-

718 *Wolf* (1933), p. 40 ss. ("adaptación del delincuente a la comunidad del pueblo o su exclusión de esta", decapitar o bien desacreditar al autor "en su existencia social", en "su presencia específica-estamental" ["seinem spezifisch-ständischen Dasein"], "restricción de sus posibilidades de acción jurídico-personales" ["Einengung seiner rechtspersonalen Handlungsmöglichkeiten"], medidas educativas de prevención social).
719 *Wolf* (1933), p. 43 (p. ej., protección del honor nacional, del carácter nacional, de la fuerza de trabajo, del honor civil). Cf. ya *supra* cap. V 2. con nota 536.
720 *Wolf* (1933), p. 30 ("la introducción activa de representaciones sociales valorativas en la idea de un código penal nacionalsocialista"), 31 ("gente joven" como "elemento del movimiento de renovación nacionalsocialista"). En ese sentido, *Gemmingen* (1933) también caracteriza a Wolf como "nacionalsocialista" "en un sentido amplio", p. 7 s.
721 *Wolf* (1933), p. 24 s. con nota 1 (el "escrito programático" de Dahm/Schaffstein, 1933, citado de modo aprobatorio).
722 *Wolf* (1933), p. 29 (a favor del Estado de Derecho "social-nacional" en lugar de "social-liberal", "pero sigue siendo Estado de Derecho").
723 *Wolf* (1933), p. 32 (resaltado en el original).

tales contrapuestos,[724] y que según él la "libertad *respecto del* Estado" ("Freiheit *vom* Staat") tenía que ser "disuelta"[725] (lo que plantea la pregunta no resuelta por Wolf de cómo puede haber una "libertad *en el* Estado" sin "libertad *respecto del* Estado"). En tercer lugar, Wolf no coloca a la comunidad como elemento colectivo en el centro de sus reflexiones, sino al Estado, lo que se deja reconocer más como una tendencia fascista que como una nacionalsocialista.[726] Por último, Wolf sometía su modelo de derecho penal a una supuesta reserva de religión o reserva de Dios y, con ello, le quitaba cualquier clase de carácter absoluto.[727]

2. IDAS Y VUELTAS NACIONALSOCIALISTAS

El verdadero *giro* nacionalsocialista[728] de Wolf tuvo lugar posteriormente, con el paso del año 1933 al 1934 con una declaración –ignorada por Zaffaroni– a favor del Estado nacionalsocialista (ante la Federación Nacionalsocialista de Juristas Alemanes [*Bund Nationalsozialistischer deutscher Juristen*], agrupación local de Friburgo)[729] y de su "derecho

724 *Wolf* (1933), p. 29 (los derechos fundamentales no son "ningún valor absoluto" y se tendría que "impedir una protección exagerada o que esa protección sea llevada a cabo de modo exclusivo y perjudicial").

725 *Wolf* (1933), p. 32 (resaltado en el original).

726 Sobre esta diferencia entre el fascismo (italiano) y el nacionalsocialismo, ya *supra* cap. II 1, con nota 121.

727 *Wolf* (1933), p. 43 s. (la reforma del derecho penal requiere una "alineación religiosa del ánimo" ["religiösen Gesinnungseinsatz"] y "una voluntad duradera tendiente a aferrarse al derecho" ["dauernd festgehaltenen Willen zum Recht"] y si bien el Estado es el "valor más alto del derecho", de todos modos no es "algo absoluto").

728 Ignorado por *Ziemann* (2009), p. 113 ss.

729 *Wolf*, ARSP 28 (1934), 348 (el "carácter nacional" y el "carácter del Führer" como fuentes del derecho y "características distintivas de la autenticidad de la revolución nacionalsocialista" [348], "idea estamental de un honor

correcto",[730] el que sin embargo recién ahora tendría que ser formado,[731] a partir de los conceptos nacionalsocialistas de pueblo y raza, y realizado "en el Estado total".[732] Para el derecho penal esto significaría una variación radical de sus "fundamentos espirituales" hacia un *derecho penal del enemigo*, hacia una "acreditación de la autoridad estatal"[733] y, en concreto, hacia una mejor protección "frente a la explotación que daña al pueblo"[734] por medio de una "exclusión de los parásitos".[735]

graduado de los compatriotas jurídicos ["Gedanke ständisch gestufter Ehre der völkischen Rechtsgenossen"] y, por tanto, el honor como ideal jurídico del nacionalsocialismo (348 s.]).

730 *Wolf*, Recht (1934), S. 10 ("Por eso, el derecho correcto..., nuestro verdadero derecho, solo puede ser el derecho del nacionalsocialismo en el Tercer Reich"). Allí Wolf se declara en favor del Führer, aunque sin mencionar a Hitler (íd., p. 28 s.).

731 *Wolf*, Recht (1934), p. 10 ss. (todavía no cuenta con una "forma completa, visible y acabada", sino solo "una primera etapa hacia el futuro derecho del pueblo", como, entre otros, desarrolla Hitler en "Mi Lucha").

732 *Wolf*, Recht (1934), p. 13 ss. ("pueblo y raza" como "hechos de la vida histórico-natural", de los cual se derivan la "utilidad pública y el sentimiento de auto-sacrificio", que por otra parte se realizan por medio de la "unidad de la nación y de la comunidad social" en el "Estado total" [13]); en ese sentido también íd., p. 28, sobre lo "característico" de "la vida nacionalsocialista en general" ("pertenencia al pueblo y a la raza, función de utilidad pública y sentimiento de auto-sacrificio, entrega a la comunidad nacional y a la comunidad social" ["Zugehörigkeit zu Volk und Rasse, Betätigung von Gemeinnützigkeit und Opfersinn, Hingabe an Nationalgemeinschaft und Sozialgemeinschaft"]). Con respecto al Estado total, *Wolf* (p. 23 ss.) pone el acento en el carácter jerárquico y profesional de ese Estado y se refiere a la "bella palabra" ("schöne Wort") (!) de *Forsthoff* (1933, p. 42) sobre el "compromiso total de todo individuo por la nación" (p. 25). Por lo demás, "la totalidad del Estado" requeriría "de la justificación por medio de la más alta autoridad de Dios" (p. 27).

733 *Wolf*, Recht (1934), p. 23 ("delito como... desobediencia e insurrección", el "delincuente" como "enemigo del Estado"). Del mismo modo, *Thierack*, en Frank (1934), p. 29 ("defensa de la autoridad" como "fin de la pena").

734 *Wolf*, Recht (1934), p. 22.

735 *Wolf*, Recht (1934), p. 23. En ese sentido, *Wolf*, íd., menciona como medidas: "esterilización forzada y castración de delincuentes sexuales con enfermedades hereditarias, privación del derecho a la ciudadanía estatal,

En el mencionado artículo de ZStW, Wolf conecta esto con sus anteriores escritos, al comentar favorablemente y desarrollar –sobre la base de un informe de la Comisión oficial de derecho penal y un memorándum del Comité central de la División de derecho penal de la Academia de Derecho Alemán[736]– el sistema de penas nacionalsocialista. Por un lado, Wolf resalta la "disminución de la personalidad jurídica del autor en la comunidad" ("Minderung der Rechtspersönlichkeit des Täters in der Gemeinschaft")[737] como consecuencia de la pena, esto es, la destrucción de su existencia "social" y no solo "privada", que se desprende, por otra parte, de su entendimiento de la esencia de la pena "como juicio de valor de la comunidad del pueblo" sobre el autor como parte de la comunidad del pueblo y su exclusiva función de protección de la comunidad del pueblo.[738] Por otro lado, desarrolla su figura normativa de autor hacia una *"figura de ánimo" del pueblo* y una *"figura del enemigo del pueblo"* ("Gesinnungstypus", "Typus des Volksfeinds").[739] Por lo demás, Wolf justifica la pena de muerte por decapitación (!) con la concepción del mundo nacionalsocialista –como "expresión del dominio absoluto del todo sobre el individuo"[740]–, con un rechazo explícito de objeciones racionales (irreparabilidad de un error en el juicio),[741] rechaza cualquier clase de privilegio para autores por convicciones políticas ("El Estado total no conoce ningún 'delincuente honorable'"),[742] entiende a la pena infamante como "pena de ánimo" sobre la "decapitación" de la existencia profesional[743] y defiende la proscripción en casos de una "decadencia [agravada] de ánimo del pueblo" ("völkischen Gesinnungsverfall").[744] En el ámbito de la medición de la pena, Wolf defiende –para proteger la comunidad del pueblo como "idea básica" del derecho penal nacionalsocialista y hacer manifiesta la "idea fructífera del derecho penal de la voluntad"[745]– una regla general de medición de la pena que hace depender la "medida de la pena" de la "protección de las condiciones de vida del pueblo con miras al grado de daño que la acción le causa al pueblo, y a la enemistad que el ánimo del autor demuestra hacia el pueblo".[746] Defiende una agravación de la pena en casos de delincuentes habituales[747] y de una "voluntad especialmente reprochable del autor" ("besonders verwerfliche[n] Wille[n] des Täters")[748] y pretende "economizar"

detención preventiva de los delincuentes habituales y de los peligrosos para la comunidad".

736 *Frank*, ed. (1934); además, *Wolf*, ZStW 54 (1935), 544 con nota 1.

737 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 545; previamente *Wolf* (1932), p. 33 (retribución como "disminución de la personalidad jurídica") así como en este cap. *supra* 1. con nota 718.

738 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 545 s.

739 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 550 s. (referencia al "sano parecer del pueblo"). Sobre el significado del ánimo correcto, ya previamente *Wolf*, Recht (1934), p. 25 ss. (con una referencia a la "unión necesariamente esencial [!] del nacionalsocialismo y el cristianismo", p. 26).

740 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 547 (con referencia al informe de la Comisión en la nota 8).

741 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 546 ss. (547: "concepción del mundo arraigada en la esencia del Estado nacionalsocialista").

742 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 548 s. (548: "Der totale Staat kennt keine 'anständigen Verbrecher'", con referencia al informe de la Comisión en la nota 18); así, ya *supra*, cap. V 2., con nota 530.

743 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 561 s.

744 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 562 s.

745 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 569.

746 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 569. Con esto va incluso más allá de la propuesta; "grado de la infracción contra las condiciones de vida del pueblo" (íd., 568).

747 Por lo demás, se pronuncia ya desde el comienzo de modo favorable respecto de la ley de delincuentes habituales [GewohnheitsverbrecherG] (*Wolf*, ZStW 54 (1935), 544) y pretende detener preventivamente a los delincuentes habituales peligrosos (íd., 571).

748 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 570 s.

con las causas de atenuación, para no conmover el sentimiento jurídico del pueblo.[749]

Un año después, Wolf propone –lo cual es soslayado por Zaffaroni– un reemplazo del concepto tripartito de delito por medio de uno bipartito, orientado a la figura del hecho y la figura de autor.[750] Wolf se aferra en ese sentido a su *concepto populista y comunitario de persona y autor* –agresión a la víctima como agresión a "la sustancia de la comunidad del pueblo misma"[751] y, asimismo, su debilitamiento por medio de la "decadencia del ánimo" del autor como "daño delictivo intelectual"[752]– y quiere determinar materialmente la figura del hecho/de autor por medio de una referencia a la concepción del pueblo y, por último, a la voluntad del Führer,[753] pero reduce en cierto sentido su subjetivización previa al considerar a la figura del hecho y a la figura de autor como equivalentes.[754] También se encuentra en esta línea de una síntesis dialéctica la toma de posición publicada tres años después sobre la discusión entre "los de Kiel" (Dahm/Schaffstein) y "los de Marburgo" (Schwinge/Zimmerl),[755] que

749 *Wolf*, ZStW 54 (1935), 571 s.

750 *Wolf*, ZAkdR 3 (1936), 358.

751 *Wolf*, ZAkdR 3 (1936), 361 (donde afirma que desde este modo se "pone en duda... [su] vigencia... en tanto conjunto político" ["Kraft...als politisches Ganzes...in Frage gestellt"]).

752 *Wolf*, ZAkdR 3 (1936), 362.

753 *Wolf*, ZAkdR 3 (1936), 360 ss. (la tarea de completar por medio de elementos legales, del perfeccionamiento judicial del derecho y el "derecho no escrito", que se alimenta de la "concepción del pueblo", pero también podría determinarse por medio de una "eventual decisión suprema del Führer" ["etwaige oberste Führerentscheidung", 361] o bien de una "orden concreta del Führer supremo" [362]).

754 En ese sentido resulta comprensible la toma de postura coincidente de *Schaffstein*, *supra* cap. V 5., con nota 660.

755 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 168 (al mismo tiempo, una reseña del escrito de *Schwinge* sobre irracionalismo, en detalle en el cap. IV 2., con notas 363 ss. y texto principal).

Wolf consideraba una mera disputa sobre el método respecto de un mismo fundamento de política criminal (es decir, el nacionalsocialista).[756] Por lo tanto, aboga por superarla a través de una "unión sintética de ambos puntos extremos referidos a la creación de conceptos jurídico-penales",[757] por medio del hallazgo de una "síntesis más elevada", inspirada en Hegel y Heidegger,[758] –en el sentido de la ya mencionada creación de conceptos por neutralización de los opuestos[759]– y, por cierto, a favor de su superación a partir de un fundamento material nacionalsocialista.[760]

Resumidamente, en Wolf es posible constatar un *cambio* desde las figuras de autoría desarrolladas a partir de la teoría clásica (1932) y la promoción de una "reconstrucción" del derecho penal (1933), hacia una declaración en favor del Estado y el derecho nacionalsocialista (1933/34), una figura de ánimo inspirada en el nacionalsocialismo (1935), una equiparación de la figura del hecho y la figura de autor (1936) y una síntesis inspirada en ideas (nacionalsocialistas) más elevadas (1939), con lo cual se aproximó al máximo a la

756 Cf. ya *supra* cap. IV 2., con notas 335, 371.

757 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 176 ("synthetischer Verbindung der beiden extremen Ausgangspunkte strafrechtswissenschaftlicher Begriffsbildung"). En concreto íd., 178 s. ("El delito no solo es una lesión al deber, sino también una lesión a bienes jurídicos... no solo el ánimo del autor, sino también el resultado de su hacer determina el contenido del delito..., el derecho presenta tanto elementos del ordenamiento concreto como del abstracto...") y 179 ("... el autor como 'autor de un hecho' y el hecho como 'hecho de un autor' han de ser entendidos" como "síntesis").

758 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 181.

759 *Supra* cap. IV 4., con nota 467.

760 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 177 ("pues los contenidos materiales de la justicia están dados, en el ámbito del derecho alemán de la actualidad, por el nacionalsocialismo"). De modo similar *Mittasch* (1939), p. 99 ss., cuando aboga por la eticización y por la doctrina de la lesión al deber en la conservación del concepto de bien jurídico.

Escuela de Kiel, también y especialmente en su orientación con base en Hegel.[761] Este desarrollo explica cómo la figura de ánimo que en un principio estaba orientada al hecho se subjetivizó más y más.[762] Así, la figura del hecho y la figura de autor tienen no solo una función de agravación de la pena –en contra de Zaffaroni[763]–, sino también, sin lugar a dudas, una función de fundamentación de la pena. Empero, Wolf no va tan lejos como "los de Kiel", quienes pretendían, en casos de una acción que no contradiga la esencia del delito que inspira al pueblo –recuérdese el ejemplo mencionado más arriba sobre la sustracción de una bandera por parte de las Juventudes Hitlerianas[764]–, que se acepte una limitación del ilícito.[765]

No obstante, el apoyo (doctrinario) de Wolf al nacionalsocialismo no finalizó en 1936/1937[766] con su giro en favor de la Iglesia Confesante ("Bekennende Kirche") y su reivindicación, sostenida desde ese momento, de la separación entre religión y Estado. Si bien el propio Wolf, en dos cartas (nunca enviadas) a Karl Barth, expresó un sentimiento de culpa y concedió "errores y caminos errados desde 1933", al mismo tiempo trató de lograr que lo entiendan, mediante

761 *Wolf*, DRWis 4 (1939), 181, así como su identificación del movimiento de Kiel con una "metafísica estatal del pueblo" neohegeliana ("völkischen Staatsmetaphysik", íd., 174 s.).

762 Cf. también *Vogel* (2004), p. 81 s., 84 (derecho penal de la voluntad como culpabilidad por la voluntad y puesta en peligro complementada por el ánimo; orientación hacia el autor como segundo paso de la radicalización).

763 *Zaffaroni* (2017), p. 248.

764 *Supra* cap. V 5., con nota 634 y texto principal.

765 Cf. ya *supra* nota 672 y texto principal.

766 Así *Wapler* (2008), p. 252 s., 259 s. (quien considera que el escrito citado *supra* en la nota 750 es el último nacionalsocialista y, por lo demás, afirma un distanciamiento "temprano y claro"); *Foljanty* (2013), p. 140 ss., con referencias adicionales (que, empero, provienen de esos dos años –1936 y 1937–, p. 140 con nota 24); también *Vogel* (2004), p. 32.

una remisión al contexto histórico y a las expectativas que estaban asociadas al movimiento nacionalsocialista.[767] Desde una perspectiva objetiva se debe constatar que su apoyo al nacionalsocialismo todavía puede observarse en el escrito de 1939 ya citado[768] y en un discurso sobre el derecho penal de menores del nacionalsocialismo en la Universidad de Valladolid (España) del año 1942.[769] Frente a este tras-

767 Las cartas (del 15/10/1945 y del 11/11/1968) nunca fueron enviadas, pero fueron publicadas posteriormente en Wolf, 2009, p. 288 ss. (290, 291 ss.). Ademas, señala que en la segunda vuelta entre Hindenburg y Hitler le habría dado su voto al primero (307), pero poco a poco comenzó a "tomar más seriamente la idea 'social' de esa gente" (309) e ingresó en el verano de 1933 a la Federación de Juristas Nacionalsocialistas [*NS-Juristenbund*], "para probar con buena voluntad hacia la autocrítica los errores del Estado burocrático de funcionarios de la posguerra" (317). Incluso habría percibido y condenado también en 1933 las intrusiones nacionalsocialistas dentro y fuera de la Universidad de Friburgo (donde ocupaba el puesto de decano de la facultad de derecho, nombrado por el rector Heidegger) (312 s., 315, 319 s.), habría sido él mismo una víctima de "espionaje" (317) y habría sido aislado de un modo progresivo (317 s.), por lo cual en marzo de 1934 (en simultáneo con Heidegger) habría renunciado al decanato (318) y en el año 1937 había realizado un "verdadero cambio" (con motivo de su defensa como perito del pastor Niemöller) (321 s.): "Noté que el buen ímpetu revolucionario del movimiento nacionalsocialista definitivamente se había apagado y que había sido reemplazado por una política del poder sin legitimación ética que debía ser resistida..." ("Ich sah, daß der gute revolutionäre Elan der ns Bewegung endgültig erloschen war und einer Machtpolitik ohne ethische Legitimation gewichen war, der man widerstehen müsse", 322). Esto es consistente con la indicación del discípulo de Wolf, *Hollerbach*, de que en la jornada de la IKV en Fráncfort del Meno de otoño de 1932 habría protestado contra la monopolización por parte del nacionalsocialismo de la totalidad del movimiento nacional y conservador de jóvenes (en: Heidegger-Jahrbuch 4, 2009, p. 306 con nota 78 con referencias a las notas realizadas por Wolf en su diario; del mismo modo, con referencia a las actas de la sesión, *Marxen* (1975), p. 97 s.).

768 *Supra* nota 755.

769 *Wolf*, Revista de Estudios Penales, tomo II (1944/45), 7-27. Se trata de la traducción de una conferencia de 1942, realizada por Juan del Rosal, que al parecer solo fue publicada en español. Allí (12 ss.) Wolf describe favorablemente el nuevo derecho penal juvenil del nacionalsocialismo (su meta

fondo, la opinión de Hollerbach, discípulo de Wolf, de que en sus escritos no habría "una afirmación total" y que estos "quedarían en un capítulo del discurso contemporáneo",[770] solo sería comprensible de modo relativo. También frente a este trasfondo, la novel discusión que ha tenido lugar sobre el (supuesto) giro de Radbruch hacia el derecho natural[771] muestra otra imagen, menos favorable para Wolf.[772]

sería la reinserción del menor en "la vida comunitaria popular", 23) y, por lo demás, no se distancia de ninguna manera del derecho penal nacionalsocialista. De modo crítico, *Torino y Roldan*, Revista de Derecho Penal 1 (1945), 507-514 (sobre la exigencia de denuncia y destrucción de este llamado nuevo derecho penal "para que no vuelva más a erguirse enhiesto en ningún país de la tierra, ni hoy ni nunca, ni en la teoría ni en la práctica, ni en la doctrina ni en las leyes, ni en los maestros ni en los discípulos, ni en los legisladores ni en los jueces y ejecutores, ni en nada, ni en nadie").

770 *Hollerbach*, en: Heidegger-Jahrbuch 4 (2009), p. 330 (en especial frente a la "completa caricaturización" de Wolf realizada por Emmanuel Faye como "prominente filósofo del derecho del nacionalsocialismo"); también íd., p. 346 s. (no podría "decirse de ningún modo" que Wolf pretendía darle "un fundamento de filosofía del derecho" al nacionalsocialismo").

771 Cf. ya *supra* cap. IV 4., con nota 499 y texto principal.

772 *Hollerbach*, JZ 2017, 455 ss. refuta plausiblemente a través de Wolf la tesis de *Frommel* (JZ 2016, 913 ss.) de que Radbruch realizó un giro de derecho natural después de 1945, pero guarda silencio respecto de las contribuciones doctrinales al nacionalsocialismo del propio Wolf (que, no obstante, también son pasadas por alto por Frommel).

Capítulo VII

Consecuencias

1. RECEPCIÓN SELECTIVA DEL DERECHO PENAL (DE INSPIRACIÓN NACIONALSOCIALISTA) EN LATINOAMÉRICA

En su capítulo de cierre –importante para la historia de la recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica y su relación actual–,[773] 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 paralela, ya mencionada al comienzo[774]– y advierte sobre las tendencias inhumanas del derecho penal moderno, que también podrían tomar prestada la dogmática jurídico-penal nacionalsocialista.[775] 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 alemana:[776] 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 otro, empero, justamente

773 *Zaffaroni* (2017), p. 277 ss.

774 *Supra*, cap. I 1., con nota 10.

775 *Zaffaroni* (2017), p. 277 s.

776 *Zaffaroni* (2017), p. 279 s. Coincidente, *Guzmán Dalbora*, RDPC VII (2017), 230, 232.

también un aspecto político –frecuentemente desatendido–, con miras al contenido de esa dogmática.

Ya en páginas anteriores, 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, ya sea en forma de autores neokantianos, en especial Mezger, o de autores de la Escuela de Kiel, aunque, según Zaffaroni, solo estos últimos fueron considerados nazis.[777] En última instancia, esta (primera) recepción del derecho penal alemán en Latinoamérica recogió los "restos de una *guerra dogmática* entre nazistas",[778] es decir, entre los penalistas nacionalsocialistas inspirados en el neokantianismo y la Escuela de Kiel. La supuesta cientificidad 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 olvidado que "nunca puede haber *asepsia ideológica* cuando se proyectan decisiones de poder, porque lo impide la propia *naturaleza de las cosas*".[779]

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.[780] En

777 *Zaffaroni* (2017), p. 172.

778 *Zaffaroni* (2017), p. 172, resaltado en el original.

779 *Zaffaroni* (2017), p. 172, resaltado en el original. Crítico de la recepción acrítica del derecho penal alemán (también inspirado en el nacionalsocialismo) *Matus*, ZIS 9 (2014) 622 s., 627 s., quien no obstante en líneas generales pone en duda que la dogmática jurídico-penal (latinoamericana) sea democráticamente idónea y resistente frente a las dictaduras.

780 *Zaffaroni* (2017), p. 281.

ese sentido, Zaffaroni le reprocha al neokantianismo un mero entendimiento científico y apolítico de la dogmática jurídico-penal,[781] que habría posibilitado en un primer momento su proceder nacionalsocialista. El hecho de que esto no hace justicia a la complejidad y diversidad de las corrientes neokantianas ya ha sido explicado *supra* (cap. IV, 3). No obstante, es posible coincidir con Zaffaroni en cuanto a que en tiempos de cambio de regímenes políticos, desde la democracia hacia un totalitarismo, existiría el peligro de que el instrumental metodológico pudiese ser utilizado del mismo modo para llevar a cabo un genocidio, como para establecer un Estado de Derecho democrático y liberal.[782] En relación con esto, el autor repite su –comprensible– tesis de que, en este sentido, la Escuela de Kiel sería más consecuente, al haber colocado de antemano la mirada en la creación de un derecho penal nacionalsocialista nuevo y autónomo –a partir de las ruinas del derecho penal liberal e individualista de la Ilustración–.[783]

2. ¿HANS WELZEL COMO SUPERADOR DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA (NEOKANTIANO)?

Este subtítulo resume la –insostenible– tesis de Zaffaroni en forma de una pregunta retórica. La tesis consta de dos pre-

781 *Zaffaroni* (2017), p. 282 ("mito de la *ciencia pura*" [resaltado en el original]). Cf. también ya su reproche de tecnocracia *supra* cap. IV 3., con nota 379.

782 *Zaffaroni* (2017), p. 282.

783 *Zaffaroni* (2017) resalta en varias partes el hecho de que la Escuela de Kiel contaba, en este sentido, con un carácter más consecuente y una mayor consistencia, cf. p. ej., p. 284 ("darles la razón a los autores de Kiel..."), 290 ("consecuencias más coherentes"); previamente ya *Zaffaroni*, en Zaffaroni (2011), p. 13 ss., 51 (destrucción y reconstrucción). De modo similar, ya *Mitttermaier*, SchwZStR 52 (1938), 210 ("corriente de avanzada, quizá incluso revolucionaria").

misas: "El" neokantianismo le preparó el terreno al derecho penal nazi y la ontología finalista acuñada por Welzel[784] superó definitivamente este derecho penal. Ambas premisas son incorrectas, porque, por un lado, y tal como hemos visto anteriormente (cap. IV, 3 y 4), el derecho penal nacionalsocialista directamente no era neokantiano y, en especial, rechazaba radicalmente el dualismo metodológico, que era sustituido por una eticización. Por otro lado, también Welzel siempre fue crítico frente al neokantianismo –ya en su escrito de habilitación,[785] pero también en la posguerra[786] (si bien en sus obras posteriores reconoció la tesis de la separación como diferencia fundamental[787])– y precisamente los planteos ontológicos

784 Para una breve explicación, véase cap. I, nota 34 y la nota siguiente aqui.

785 *Welzel* (1935), p. 41 ss. ("si los valores arraigan profundamente en lo óntico" ["wenn die Werte tief im Ontischen wurzeln"], "lo óntico... en sí mismo [es] 'valioso' o 'valor'..." ["das Ontische...selbst 'wertig' oder 'wert'"], "el ser óntico pertenece a la materia de todo valor..." ["das ontische Sein gehört zur Materie jedes Wertes", 55], "superación del positivismo naturalista", pertenece a la realidad "la totalidad de la más alta vida intelectual con sus concretas relaciones valorativas" [74], los conceptos jurídicos "se refieren... no meramente a elementos del ser libres de valor, sino también al ser óntico que se encuentra en relaciones valorativas concretas" ["beziehen sich...nicht lediglich auf wertfreie Seinsmerkmale, sondern auf in konkreten Wertbeziehungen stehendes ontisches Sein", 75]); al respecto, también *Loos*, en: Loos (1987), p. 505; *Loos*, JZ 2004, 1118, con nota 47.

786 *Welzel* (1962), p. 190 ("... en el mantenimiento y fortalecimiento del concepto de derecho positivista se encuentra el fundamento más profundo del fracaso de la filosofía del derecho neokantiana").

787 Cf. *Welzel* (1966), p. 22 ss. (22) (donde considera que la diferenciación entre "ser" y "deber ser", no obstante, no es "meramente" una "emanación de la teoría del conocimiento neokantiana", sino que es relevante "de modo completamente independiente"; por lo demás, entiende que la diferenciación es correcta, en tanto el contenido del deber ser no puede ser determinado a partir de sí mismo, sino solamente a partir del ser); traza una diferencia *Loos*, en: Loos (1987), p. 505 ss. ("posición de la separación del ser y del deber ser"... pero "el interés principal de evidenciar límites normativos a la posible adopción de leyes... es la antítesis del positivismo relativo à la Kelsen o Radbruch..."); véase también *Loos*, JZ 2004, 1118, con nota 50.

de su escrito de habilitación muestran una asombrosa cercanía a la idea nacionalsocialista eticizante de la unidad.[788]

No obstante, Zaffaroni resalta elogiosamente a Welzel y, por lo demás –a pesar de la crítica a su opinión de bases conservadoras, en especial su punto de vista respecto del derecho penal como mínimo ético (en el sentido de un necesario derecho penal mínimo)–, no lo considera un "penalista oficial" del régimen nacionalsocialista, es decir, que su "relevancia era secundaria".[789] Zaffaroni considera decisivo que Welzel –y aquí sale nuevamente a la luz el anti-kantianismo casi fanático de Zaffaroni– habría sido el "arquitecto de la superación constructiva del demolido sistema neokantiano"[790] y que, en especial, su teoría de las estructuras lógico-objetivas habría sido útil para la construcción de una ciencia jurídico-penal latinoamericana autónoma.[791] La disputa entre causalismo y finalismo habría sido percibida solo de un modo distorsionado en Latinoamérica, lo que estaría expresado por el hecho de que se habría prestado muy poca atención al contexto político y no se habría reconocido, y así probablemente han de ser entendidas las siguientes explicaciones de Zaffaroni, a saber, que los escritos de posguerra de Welzel deben ser entendidos, en particular "El nuevo sistema del derecho penal" ("Das neue Bild des Strafrechtssystems"),[792] (también) como una respuesta a la Escuela de Kiel.[793] En especial, Welzel ha-

788 *Supra* nota 785.

789 *Zaffaroni* (2017), p. 287. Como voces críticas Zaffaroni señala, en este sentido, solamente el artículo de Matus *Matus*, ZIS 9 (2014) 622 (con otras fuentes).

790 *Zaffaroni* (2017), p. 287.

791 *Zaffaroni* (2017), p. 287 s.

792 *Welzel* (1961).

793 De un modo similarmente apologético, el científico del derecho penal argentino/español Enrique Bacigalupo –el otro discípulo muy importante de Jiménez de Asúa y seguidor de Welzel– destaca su oposición a la Escuela de

bría refutado su concepto unitario del delito y habría señalado que los elementos de la construcción del delito no son solo una suma de partes inconexas, sino que representan un sistema lógico y cerrado en sí mismo.[794] Sin embargo, el finalismo welzeliano en Latinoamérica habría sido relacionado equivocadamente con el marxismo, como consecuencia de la doctrina de la seguridad nacional.[795]

Aquí Zaffaroni se muestra fiel al finalismo ortodoxo y sostiene la difundida narrativa –especialmente también en los círculos jurídicos hispanohablantes– de que Welzel habría rechazado tácitamente al nacionalsocialismo y que sus estructuras lógico-objetivas demostraron ser un baluarte contra todo derecho penal autoritario, incluso su variante nacionalsocialista.[796] Esta presentación completamente acrítica de Welzel, no obstante, no resiste un análisis realista de sus escritos publicados entre 1933 y 1945[797] –con independencia de los motivos

Kiel, cf. *Bacigalupo*, FS Eser (2005), p. 61, 69 ss. (quien en gran medida se refiere a la contribución de Welzel al FS Kohlrausch (1944) y con ello realiza una recepción muy selectiva); en contra de Bacigalupo, *Llobet* (2018), p. 343 (Bacigalupo acentúa demasiado la protección de bienes jurídicos en el pensamiento de Welzel).

794 *Zaffaroni* (2017), p. 289.

795 *Zaffaroni* (2017), p. 289.

796 Cf. ya *Bacigalupo*, FS Eser (2005), p. 61, 69 ss. y, como ejemplo de jurista que está a favor de la posición usual y acrítica (ciega) respeto del finalismo, *Donna*, en: Moreno *et al.* (2005), p. 45, 51 s., 56 s. (quien interpreta la doctrina de Welzel, entre otros, como respuesta al irracionalismo nacionalsocialista, aunque sin citar siquiera uno de sus escritos inspirados en el nacionalsocialismo); recientemente *Aller* (2009), p. 45 ss. ("lucha de Welzel por sobrevivir al oprobioso sistema nazi" [45], "... abordó tópicos penales ajenos al interés del extremismo nacionalsocialista... Los adelantos y ensayos sobre la acción penal... no agradaron a los penalistas de esa época..." [48]); referencias adicionales en *Llobet* (2018), p. 321 ss. (con un análisis completo de la recepción de Welzel, no solo en idioma español).

797 Escritos anteriores de *Welzel*, en especial *Kausalität und Handlung* [Causalidad y acción] (ZStW 51 (1931), 703), si bien son básicos para la fundamentación del concepto final de acción y del concepto personal de ilícito, así como de la doctrina de las estructuras lógico-objetivas, no son, empero, de importancia para la vinculación que aquí interesa (la proximidad de la doctrina de Welzel con el nacionalsocialismo).

personales de Welzel[798]–. Ya al comienzo hemos señalado el *entendimiento* absolutamente *político* de Welzel de la ciencia del derecho penal,[799] que finalmente se orientó hacia el Estado nacionalsocialista como finalidad –en el sentido de la orientación finalista, también mencionada al comienzo, de todas las doctrinas del hecho punible en el Tercer Reich[800]–.[801] El *escrito de habilitación* de Welzel (1935) –ya mencionado– habría de ser caracterizado al menos como legitimación de filosofía del derecho y, en razón de lenguaje patéticamente eticizante, también como exaltación de la renovación jurídica del nacionalsocialismo,[802]

798 Cf. en ese sentido *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015) p. 135, 150 s. (es posible suponer más un oportunismo vinculado a la carrera, que un convencimiento político) y p. 155 (da testimonio de la gran "habilitad" táctica y estratégica de Welzel); de modo similar *Stopp* (2018), p. 15 (en especial respecto de la membresía en el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán).

799 *Supra* Cap. I 2., con nota 35 y texto principal.

800 *Supra* Cap. I 2., con nota 44 y texto principal.

801 Cf. también *Marxen*, en: Rottleuthner (1983), p. 59, 63.

802 *Frommel*, en: Reifner/Sonnen (1984), p. 90 s.; crítico también *Sticht* (2000), p. 19 ("tono, en ocasiones, cargado de ideología"), quien al mismo tiempo, de modo convincente, repudia la toma de posición escrita en el marco del proceso de desnazificación de su director de habilitación *Bohne*, con la cual atestiguó –entre otras formas, con una referencia a una recensión de *Adami*, JW 64 (1935), 234– un ímpetu ideológicamente crítico de su escrito de habilitación (*Sticht* (2000), p. 25 s.); igualmente crítico *Politoff* (2001), p. 64 s. (filosofía del valor como apoyo al sistema nazi dominante, incluso del principio del Führer, siguiendo a Frommel); véase también *Radbruch*, en *Radbruch* (1936), en Radbruch (1990), p. 29, quien afirma que Welzel se sirve de "curiosos giros oscuros y poco desarrollados" ("merkwürdig dunkler und unausgereifter Wendungen") para denominar el "cambio radial" actual (30) y que, como "sus correligionarios", resalta "en todas partes la indisolubilidad conceptual de las unidades de vida" ("überall die begriffliche Unauflösbarkeit von Lebenseinheiten"), aunque de hecho habría de verse "una garantía de la seguridad jurídica en la posible penetración de las figuras jurídicas con el entendimiento 'desintegrador'" ("in der möglichsten Durchdringung der Rechtserscheinungen mit dem 'zersetzenden'

pues, en contra de Kubiciel,[803] en este no habría solo una (sobre) acentuación –algo que posiblemente estaba de moda en ese momento– de la idea de comunidad,[804] sino que también se encuentran allí unas huellas (adicionales) del pensamiento nacionalsocialista.[805]

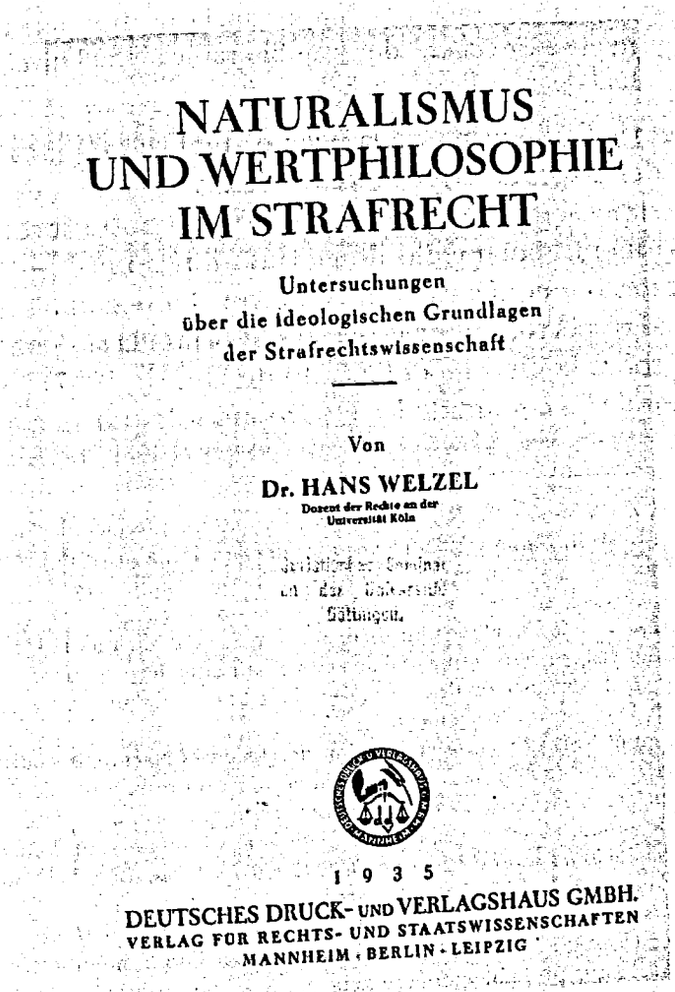
> Vale la pena citar algunas partes de este trabajo corto de aproximadamente noventa paginas. Welzel comienza señalando "el enorme acontecer político de la revolución nacionalsocialista" que nos impone "a todos la pregunta por nuestro lugar en la historia..." (p. vii). Luego enfatiza la "importancia de la mezcla de razas para la caída de la antigua Roma" (p. 49) y, mas concretamente, se refiere a la "idea de Estado" como "'posición' política metafísicamente arraigada de un carácter nacional concreto" ("die im Metaphysischen wurzelnde politische 'Haltung' eines konkreten Volkstums"), "raza y carácter nacional" como lo "real" (p. 72), la idea concreta de ordenamiento con referencia a C. Schmitt y punto culminante en "la

Verstand ...", 31); recientemente, en todo caso crítico de forma implícita, *Kindhäuser*, en: Kindhäuser (2019), p. 160, 180, 181, 187 (quien resalta la relación de Welzel con la idea del pueblo y con la comunidad del pueblo ["Volksgemeinschaft"]) así como p. 164 y *passim* (en referencia a la representación por momentos imprecisa de la posición de Radbruch realizada por Welzel); sobre la proximidad nacionalsocialista de los escritos de Welzel y su influencia, en especial sobre la Escuela de Kiel, ahora también *Stopp* (2018), p. 17 ss. y *passim*.

803 *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 146 ss. ("declaración a favor de los valores de una comunidad del pueblo-estatal... enterrada en una amplia narrativa y fundamentada con posiciones filosóficas, en pocas palabras: fuertemente cifrada en términos comparativos" [147]), con referencias, entre otros, a Radbruch (148).

804 Cf. la cita en *supra* nota 35, que ya tomada en sí misma representa una exaltación antiliberal de la idea de comunidad; también *Welzel* (1935), p. 36 (idea de la comunidad del pueblo como "el poderoso programa del nacionalsocialismo... que es el eje de nuestra vida propia y de nuestro futuro estatal y nacional"), 76 (la "comunidad del pueblo" concretiza la "voluntad del Führer").

805 Cf. al respecto también *Stopp* (2018), p. 23 ss.



NATURALISMUS
UND WERTPHILOSOPHIE
IM STRAFRECHT

Untersuchungen
über die ideologischen Grundlagen
der Strafrechtswissenschaft

Von

Dr. HANS WELZEL
Dozent der Rechte an der
Universität Köln

1935

DEUTSCHES DRUCK- UND VERLAGSHAUS GMBH.
VERLAG FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTEN
MANNHEIM · BERLIN · LEIPZIG

Imagen 18. Tesis de habilitación de Welzel, 1935.

voluntad expresada del Führer" (p. 74-76) asi como la importancia de la "eugenesia y la investigación racial... para la reorganización del derecho penal" (p. 77). Termina remarcando la "importancia insustituible... para nuestra ciencia..." del "cambio radical en el nivel espiritual del año 1933" (p. 88).

Además, la doctrina de la acción final se enmarca en la moda del giro hacia un entendimiento subjetivo del ilícito.[806] Empero, en todo caso en sus escritos posteriores –y ya anteriormente por medio de ciertas afiliaciones[807]– Welzel se manifestó inequívocamente en favor del nacionalsocialismo;[808] al respecto, son de especial importancia sus contribuciones sobre la filosofía del Estado de Hegel (1937) y sobre el honor de las comunidades (1938), no solo por su contenido,[809] sino también a causa del marco nacionalsocialista de la publicación.[810] Esos impulsos nacionalsocialistas también se encuentran en otras contribuciones de Welzel[811] y prácti-

806 *Welzel*, ZStW 58 (1939), 501 s. también ve en las manifestaciones de, entre otros, E. Wolf, Dahm y Schaffstein una "declaración a favor del concepto final de acción, o al menos tendencias...". Véase también *Hartl* (2000), p. 135 (la Escuela de Kiel como "modelo" en la polémica de Welzel contra la doctrina de la lesión al bien jurídico; la doctrina de la acción final "producto de aquella corriente espiritual de la dogmática del derecho penal..., en la que en la determinación de la esencia del ilícito material se realizó un claro giro de lo objetivo a lo subjetivo").

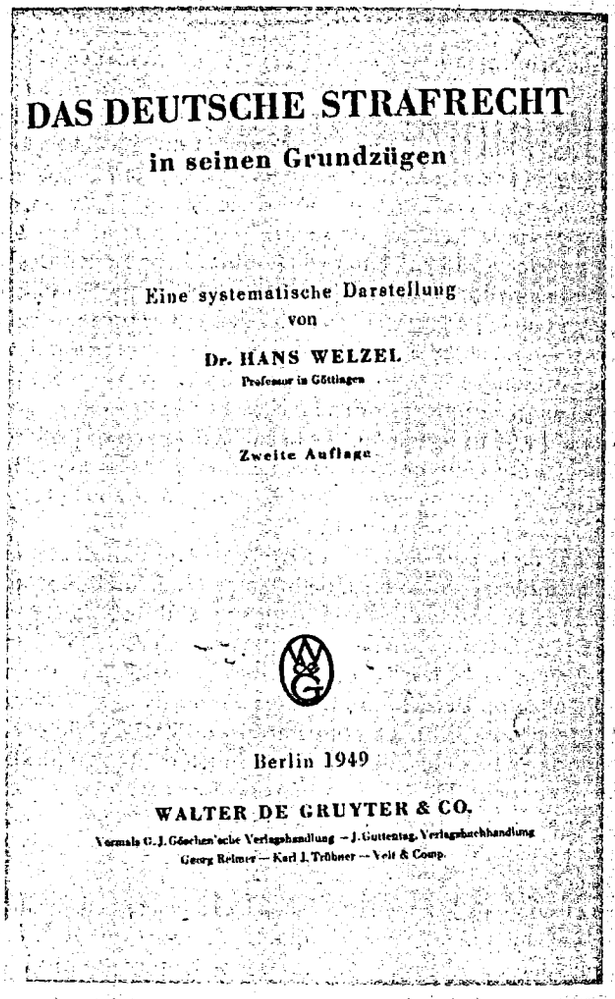
807 P. ej. en el NSDAP y en la Federación de Docentes Nacionalsocialistas, al respecto *Sticht* (2000), p. 18 s., para quien la membresía múltiple de Welzel "en organizaciones nacionalsocialistas hace que no luzca plausible un distanciamiento interno respecto del régimen". Cf. en ese sentido también las declaraciones reproducidas en *Sticht* (2000), p. 22 ss. sobre la idoneidad y eficacia nazi de Welzel en el marco de su nombramiento en Gotinga. Del mismo modo *Stopp* (2018), p. 10 ss. y anteriormente ya *Halfmann*, en: Becker (1998), p. 123 (quien, empero, pasa por alto la membresía en el NSDAP, lo que probablemente se debe a que le fue prohibida una vista de las actas, entre otros por el decano de aquel entonces, Fritz Loos (!), íbid., nota 5).

808 Del mismo modo, *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 148 ss. (148, 150), quien pone de relieve las dos contribuciones mencionadas a continuación. Para *Sticht* (2000), p. 19, estos escritos "refuerzan la impresión de que la distancia de Welzel respecto de la ideología dominante no puede haber sido enérgica".

809 *Welzel*, en: Schürmann (1937), p. 87, 102 ss. (coincidencia con Hegel en lo que respecta a su "anti-individualismo" [104], pero un distanciamiento en lo que respecta a la importancia del Estado como "concreción del espíritu del mundo" ["Konkretion des Weltgeistes", 102], cuya pertenencia "en última instancia es una cuestión del ánimo" [103] [por lo cual Hegel habría abogado también por la integración de los judíos [!]] y, en su lugar, una acentuación de la "relación de sangre" [103], del "suelo natural y materno del carácter nacional" ["naturhaft-mütterliche Boden des Volkstums"] como "fundamento creador" ["schöpferische Grund"] del Estado [102], como "'sustancia', a partir de cuyo fundamento buscamos comprender la forma institucional del Estado y las formas de constitución del espíritu [... Bildungsformen des Geistes]" [104]); *Welzel*, ZStW 57 (1938) 28, 40 ss. (determinación material e histórica de la comunidad como "representante de la historia" [40], arraigada "en la existencia del pueblo" [42], con la exigencia de una protección jurídico penal del honor "de los logros históricos del pueblo alemán" [41] así como "del liderazgo más alto" [42]; el individuo "histórico solo dentro de la comunidad" [40]).

810 Por medio de la participación de Welzel en el tomo editado por Schürmann, identificado como nazi, de celebración de los doscientos años de la Universidad de Gotinga –así como por su membresía en la refundada Academia de las Ciencias ["Akademie der Wissenschaften"] nacionalsocialista– fue documentado el trabajo en conjunto que realizó Welzel con los nazis de la Facultad de Derecho de Gotinga (*Schumann*, en: Schumann (2008), p. 90 s., con nota 103). La contribución en ZStW se desprendió de una conferencia en una jornada de la comunidad de trabajo jurídico-penal del grupo profesional del Reich „profesores universitarios" en la Federación de Defensores del Derecho nacionalsocialista ["NS-Rechtswahrerbund"] durante los días 30 y 31 de marzo de 1937 en Eisenach (ZStW 57 (1938) 28 con nota *).

811 Cf., en el marco de la adecuación social, ya *supra* nota 638; allí *Welzel* define como "socialmente adecuadas" aquellas acciones que se "mueven funcionalmente dentro del ordenamiento que se ha tornado histórico en la vida en comunidad de un pueblo" ("funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen", ZStW 58 (1939), 516); previamente *Welzel*, DRWis 3 (1938), 113, 119 ("fundamentos biológicos de una importancia decisiva" para la "vida histórica y y el destino"); posteriormente *Welzel*, ZStW 60 (1941), 428 (461 s., con nota 61a, donde el "parásito del pueblo" ["Volkschädling"], en el sentido de la mencionada ordenanza nazi [nota 275] en relación con la discusión de las



DAS DEUTSCHE STRAFRECHT

in seinen Grundzügen

Eine systematische Darstellung

von

Dr. HANS WELZEL

Professor in Göttingen

Zweite Auflage

Berlin 1949

WALTER DE GRUYTER & CO.

Vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung – J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung

Georg Reimer – Karl J. Trübner – Veit & Comp.

Imagen 19. El importante manual de Welzel, publicado en 1940 como una "parte general" y que después de la Segunda Guerra Mundial llegó a la cuarta edición con un título levemente modificado (ver imagen); la última edición (11.ª) aparecería en 1969.

camente hasta el final del régimen nacionalsocialista,[812] lo que incluye la edición de 1944 de su influyente manual de derecho penal (en el que se comenta de forma aprobatoria la relajación de la prohibición de analogía)[813] y su contribución al libro homenaje a Kohlrausch (1944),[814] a pesar

---

figuras de autor, es caracterizado como una figura del ánimo especial –verdaderamente inocente–, que –al llevar en sí "el germen de la degradación para la unidad concentrada del pueblo" ["den Zersetzungskeim für die geballte Volkseinheit"]– habría "de ser atacada con toda la fuerza del derecho penal" [la pena de muerte]!).

812 Por eso se equivoca *Loos* (ZStW 114 (2002), 657, 674 ss.) cuando al discutir con Sticht reconoce un involucramiento de Welzel en el nacionalsocialismo solamente –en esto coincide con Sticht– en los escritos de los años 1935-1937; posteriormente, empero, probablemente ya no habría indicios "que pudieran ser evaluados como una retirada de la torre de marfil de la dogmática jurídico penal" (íd., 674 s.); también se equivoca *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 150, cuando cree que "pasajes de esa clase" solo se comprueban respecto del año 1937, lo que contradice su propio análisis del texto publicado en ZStW 57 (1938 [sic !]) 28.

813 *Welzel* (1944), p. 23 s. ("el fundamento del castigo es... la consciencia jurídica del pueblo" ["...das völkische Rechtsbewusstsein"]). En la edición de posguerra, Welzel (1947, p. 14 s.) reinterpretó su postura, en tanto contenía posturas nazis más radicales (como las de Freisler) que querían renunciar cualquier referencia legal, como la contenida en el § 2, RStGB, enmendado en 1935 (véase la discusión *supra* nota 181 ss y texto principal).

814 *Welzel*, FS Kohlrausch, 1944, p. 105 (valor del estado de cosas y valor del acto indispensables "para la organización de la comunidad"), 109 ("fidelidad al pueblo, al Reich, a la conducción..." como "valores del acto de un ánimo jurídico" ["Aktwerte rechtlicher Gesinnung"]), 112 (un giro favorable desde el desvalor del estado de cosas hacia el desvalor de la acción para "constatar el ánimo jurídico", con el fin de asegurar "la vigencia y la continuidad del Estado"), 118 s. ("crisis excepcional" de la "idea de la tipicidad" y acentuación del "valor del estado de cosas" ["Sachverhaltswert"] por medio de las normas del derecho penal de la guerra, donde Welzel incluso en esta situación considera que el "valor remanente de acto y ánimo de la acción jurídica" ["die bleibenden Akt- und Gesinnungswerte rechtlichen Handelns"] es "el pilar fundamental del Estado"). También crítico frente a la declaración a favor del "nuevo derecho público" en este escrito, *Sticht* (2000), p. 28, con otras referencias.

de que esta fue considerada en la posguerra por el propio Welzel como un distanciamiento.

En el marco de una discusión de una sentencia del OGH (Tribunal sucesor del *Reichsgericht*) sobre la responsabilidad penal de los médicos nacionalsocialistas de la eutanasia[815], Welzel consideró que estos últimos, por un lado, eran cómplices (con Hitler como autor único) por medio de su teoría subjetiva del dominio del hecho y, por otro lado, quiso reconocer en principio una exclusión de la culpabilidad a causa de un estado de necesidad supralegal o bien de un error de prohibición inevitable.[816] Al respecto, no son tan interesantes las explicaciones dogmáticas, absolutamente comprensibles y dignas de ser leídas[817], sino más bien el claro posicionamiento de Welzel en contra del derecho nacionalsocialista, p. ej., de la validez de la directiva secreta de Hitler del 1/9/1939 (según la opinión dominante "actual" ["jetzt"!] "ni una ley, ni siquiera una norma jurídica objetiva"[818]) o la compensación utilitarista de la vida "como mero renglón en una factura completa" ("als bloße Rechnungsposten in eine Gesamtrechnung"), respecto de cuya "inadmisibilidad ética y jurídica" estaría "profundamente convencido".[819]

815 Sentencia del 5/3/1949, StS 19/49, parcialmente en MDR 3 (1949) 370.

816 *Welzel*, MDR 3 (1949), 373; sobre la solución del error de prohibición, también *Welzel*, SJZ 3 (1948), 368 (371, con nota 8).

817 Por ej. sobre la aplicabilidad del estado de necesidad supralegal en la situación excepcional de un régimen ilícito (MDR 3 (1949) 374), Aunque también es crítico en este sentido *Matus*, ZIS 9 (2014), 627), p. ej. –en contra de la posición del OGH (MDR 3 (1949) 372)–.

818 *Welzel*, MDR 3 (1949) 373.

819 Ídem, 375. Sin embargo, Welzel fundamenta la posibilidad, en principio, de un error de prohibición inevitable con la ausencia de "evidencia de derecho natural" ("naturrechtlichen Evidenz") respecto "de la cuestión de la admisibilidad o inadmisibilidad del aniquilamiento de la vida sin valor de vida", por lo que justamente podría haber un error inevitable sobre el tema (MDR 3 (1949), 376). Fundamental también *Welzel*, *Vom irrenden Gewissen* (1949), p. 5 ss., donde argumenta a partir de la base de una investigación en filosofía de la historia que no habría ningún "precepto de derecho natural evidente" y que por ese motivo entraría en consideración, en principio, un error exculpante, que solo sería evitable o que no daría lugar a una exculpación solo "en supuestos de falta de escrúpulos, esto es, de ejecución ciega de exigencias reconociblemente reprochables" ["bei Gewissenlosigkeit, d.h. bei blinder Ausführung erkennbar verwerflicher Anforderung", 26]; crítica *Frommel*, JZ 2016, 919). La repercusión del reconocimiento del error de prohibición por medio de la sentencia BGHSt 2, 194 y la participación de Welzel en esto (a través de la teoría de la culpabilidad) con respecto a la jurisprudencia nacionalsocialista es demostrada por *Stopp* (2018), p. 98 ss. (165 ss.), 170 s. (exclusión de la culpabilidad o disminución de la pena, en especial en casos de eutanasia). Aunque es necesario reconocer que la teoría de la culpabilidad en soledad (que no fue receptada en su totalidad por la red nazi todavía existente) no podía haber tenido este impacto exculpante (*Frommel*, JZ 2019, 197).

En todo caso, Welzel afirma que expresó "indudablemente" ("unzweideutig") *su* claro repudio al aniquilamiento de la vida "sin valor de vida" ya durante el Tercer Reich y, en ese sentido, se remite a su manual (3.ª ed., 1944, p. 165, 169) y a la mencionada contribución en el libro homenaje a Kohlrausch (1944).[820] Si bien es cierto que en su manual se puede leer que no estaría "justificado éticamente... un 'homicidio de aseguramiento' social-preventivo solo a causa de... una inferioridad" ("spezialpräventive 'Sicherungstötung' nur wegen...Minderwertigkeit... ethisch nicht zu rechtfertigen"), un poco antes también dice que "la inferioridad del autor y la carga a la sociedad" ("die Minderwertigkeit des Täters und die Belastung der Volksgemeinschaft") podría "hacer necesaria" ("erfordern") la pena de muerte.[821] En el libro homenaje a Kohlrausch (1944) *Welzel* argumenta que si bien los particulares (!) no pueden matar "a un portador de vida sin valor social" ("einen sozial wertlosen Lebensträger"),

820 *Welzel*, MDR 3 (1949), 376.

821 Cf. *Welzel* (1944), p. 168 s. La referencia de Welzel a la p. 165 (en MDR 3 (1949) 376) es irrelevante respecto de esta cuestión.

muy probablemente "el Estado" sí tenga "derecho a aniquilar la vida" ("Recht der Lebensvernichtung").[822]

Tales distanciamientos *implícitos*, e incluso explicaciones históricas,[823] son algo que Welzel comparte con muchos de sus colegas[824] y encuentran su continuación en el silencio o una actitud apologética abierta de sus discípulos.[825] El hecho

822 *Welzel*, FS Kohlrausch (1944), p. 108-9. Una interpretación demasiado positiva de esta contribución, empero, en *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 150 ("apenas se hallan pasajes 'problemáticos'...").

823 Cf. *Welzel*, FS Engisch (1969), p. 91, 100 ("Esbozos con los que buscamos comprender las funciones obligatorias de nuestras vidas bajo los presupuestos y las condiciones cambiantes de la *situación histórica*" ["Sinnentwürfe in denen wir die verpflichtenden Aufgaben unseres Lebens unter den Voraussetzungen und den wechselnden Bedingungen der *geschichtlichen Situation* zu erfassen suchen"], a los que pertenecen también "las normas de un *derecho histórico*" ["Normen eines *geschichtlichen Rechts*", bastardillas agregadas], lo que según *Politoff*, NFP 45 (1989), 320, es una referencia a la situación histórica de la época nacionalsocialista).

824 También es interesante la evolución del manual: *Welzel* (1940), p. 2 (delito como "escape o abandono del ordenamiento moral real de la comunidad del pueblo" ["Ausbrechen oder Abfallen von den wirklichen sittlichen Gemeinschaftsordnungen des Volkes"]) así como la 3.ª ed. 1944, p. 1 (raigambre del derecho penal "en los valores fundamentales, específicos y reales, de un pueblo", que resultan del "ánimo" correcto: "lealtad frente al pueblo, el Reich y la conducción, la obediencia frente al poder estatal, la disposición a la defensa, la pureza del juramento..."; ante este trasfondo, la exposición, en forma de síntesis, de la legislación del Tercer Reich en la p. 11 no solo luce como algo meramente descriptivo); en la siguiente versión de 1947 (la primera parte es, al mismo tiempo, la 4.ª ed. de la parte general) *Welzel* describe la reforma nacionalsocialista como "apolítica" (p. 10), lo que resulta sorprendente, porque no es compatible con la tarea política, por él apostrofada, de la ciencia jurídica (*supra* Cap. I 2., con nota 35).

825 De los discípulos directos de Welzel, solo Fritz Loos se ha expresado respecto del involucramiento de Welzel con el nacionalsocialismo; no obstante, recién en 2002, al analizar el trabajo de Sticht (véase ya nota 812), así como dos años después (*Loos*, JZ 2004, 1118, con la nota 48 s. ["declaraciones desconcertantes sobre los fundamentos de la ciencia jurídica a causa de la reorganización nacionalsocialista del Estado"]), pero no antes (no lo hace especialmente en *Loos*, en: Loos (1987), p. 486). Probablemente es demasiado positiva la valoración de Loos de los "certificados de limpieza" ["Persilscheine"] emitidos para Welzel por Rudolf Smend y Eb. Schmidt (ZStW 114 (2002), 675 con nota 24; críticos también *Sticht* (2000), p. 25 ss. (28 s.); *Matus*, ZIS 9 (2014) 524 con nota 22). *Jakobs* y *Schreiber* por lo menos sacaron a la luz la contribución a la filosofía del Estado de Hegel (nota 809), que no es mencionado en el índice de bibliografía de Welzel de su libro homaneje (1974), editado entre otros por *Stratenwerth* (*Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 149 con nota 110); empero, Jakobs ve su contribución al respecto como "mínima" y le atribuye el "descubrimiento" principalmente a Loos y Schreiber (en un correo electrónico dirigido al autor de este libro el 12/3/2018). En cambio, *Hirsch* siempre defendió a Welzel, ya sea cuando caracterizó su teoría como insignificante para la época del nacionalsocialismo y como una "clase de acto revolucionario" contra la opinión dominante" (*Hirsch*, ZStW 116 (2004), 1, 3, 7), o bien *oralmente*, en conversaciones con colegas (así *Jakobs*, correo electrónico dirigido al autor de este libro el 7/3/2018). Recientemente más crítico solamente *Kubiciel*, discípulo bisnieto (a través de Pawlik-Jakobs), en: Frisch *et al.* (2015), p. 137 ss. (entre otros, contra Hirsch, aunque con una tendencia también a defender Welzel en lo que respecta al involucramiento nazi); crítico previamente ya *Amelung* (1972), p. 223, 225 (quien, no obstante, no es un discípulo de Welzel); también *Ziemann* (2009), p. 133 ("crítica al formalismo neokantiano y... giro favorable hacia un material preexistente ontológicamente").

826 *Jiménez de Asúa* (1947), p. 100.

827 La ciencia del derecho penal hispanoamericana ha demostrado ser, en este sentido, más crítica que la española, cf. también *Llobet* (2018), p. 24. Constituye una excepción Tomás Vives Antón, quien en su manual discute la cercanía de Welzel con el nacionalsocialismo y también critica al finalismo y a la filosofía del valor por autoritarias (*Vives Antón* (2011), p. 40 s., 452) y en el prólogo al libro de Llobet considera "indiscutible" la adhesión de Welzel al nacionalsocialismo (en Llobet (2018), p. 14: "compromiso de Welzel con el nacionalsocialismo... indiscutible"). Crítico también, *Muñoz-Conde*, en

de que Zaffaroni incluso en la actualidad adopte esta posición apologética es realmente sorprendente e incomprensible, al menos por dos razones. Por un lado, ya el maestro de Zaffaroni, Jiménez de Asúa –en el marco de su notable investigación de 1947, ya mencionada, sobre el derecho penal nacionalsocialista– criticó la teoría del delito de Welzel por considerarla "autoritaria".[826] Por otro lado, dentro de la ciencia jurídico-penal de habla hispana, en especial de Latinoamérica,[827] a más tardar en los años ochenta del siglo

pasado se puso en marcha una recepción crítica de Welzel –y que de cierto modo confirmó y profundizó lo señalado por Jiménez de Asúa–, que comenzó con el chileno Sergio Politoff[828], que fue continuada por el colombiano Fernando Velásquez[829] y por el discípulo de Politoff, Jean Pierre Matus,[830] y que de cierto modo fue perfeccionada recientemente por la completa monografía de Javier Llobet sobre el derecho penal nacionalsocialista.[831] Todo estos autores –a excepción

Zaffaroni (2017), p. 20 s. (Welzel no "tuvo ningún problema... en asumir algunos de los postulados de moda entre los penalistas nazis...").

828 *Politoff*, Derecho Penal y Criminología VII, Nr. 22 (1984), 71 (un análisis crítico de los escritos de Welzel desde 1993, 73 s., aunque –en contra del título– no analiza la teoría de la adecuación social); *Politoff*, NFP No. 45 (septiembre 1989), 313, 318 ss. (quien critica especialmente el entendimiento del Estado inspirado en Schmitt y expresado en el libro en homenaje a Kohlrausch y la orientación según el ánimo, siguiendo en ese sentido a Frommel); *Politoff* (2001), p. 64 ss. [de un modo idéntico *Politoff/Matus/Ramírez* (2004), p. 41 ss.] (quienes critican al finalismo por autoritario, junto con el derecho penal de la voluntad o del ánimo, en lugar de una protección de bienes jurídicos); *Politoff*, LH Rivacoba y Rivacoba (2004), p. 529, 537 s., 543 (critica la tesis expresada por Welzel, FS Kohlrausch, 1944, de que los homicidios, entre otras acciones, cometidos en la guerra son atípicos en tanto "medidas dirigidas a fines" [537 s.] y también critica su defensa del principio del Führer [543]).

829 *Velásquez*, en: Moreno *et al.* (2005), p. 69, 79 ss. (con una recepción crítica del escrito de habilitación y algunos de los artículos aquí citados, incluso la contribución al LH Kohlrausch; también reconoce las vinculaciones con el régimen nazi, pero en las conclusiones está en contra de sobrevalorar la época nazi con miras a la valoración total de Welzel [87 s.]); *Velásquez* (2009), p. 383 (señala, en especial con referencia a la contribución al LH Kohlrausch, que hay ciertos "párrafos en los cuales el autor ponía toda su construcción al servicio del régimen de terror que entonces imperaba en Alemania").

830 *Matus*, ZIS 9 (2014), 622 ss. (que por un lado resalta la continuidad del derecho penal nazi en la doctrina de la acción final [623] y, por otro, critica el comportamiento personal de Welzel [624, con nota 22] y su obra [625 ss.] por medio de referencias detalladas).

831 *Llobet* (2018), p. 247 ss. (investigación fundamental en la biografía, los escritos y la recepción de Welzel, en la que el propio Llobet critica el ideario nacionalsocialista –aquí igualmente acreditado– en los escritos de Welzel

de Matus[832]– fueron ignorados por Zaffaroni, de modo que no es posible dejar de pensar que aquí no se está en presencia tanto de una reconsideración completa y objetiva del derecho penal nacionalsocialista, sino más bien de una continuación, por otras vías, de la disputa entre causalismo y finalismo, que el mismo Zaffaroni critica.

Incluso si, por un lado, no se debe convertir irreflexivamente a Welzel –al igual que a otros científicos del derecho penal de esa época– en un "ideólogo del derecho penal de la dictadura de Hitler",[833] ni se le puede atribuir a sus escritos el rótulo de "literatura de batalla" ("Kampfliteratur") nacionalsocialista[834] –esta caracterización probablemente solo pueda ser aplicable a la Escuela de Kiel[835]–, eso no significa que, por otro lado, pueda desmentirse el contenido nacionalsocialista de sus escritos durante esa época.

y ubica en la posguerra su cambio tendente hacia el Estado de derecho con hincapié en la dignidad humana, pero no pretende ver al propio Welzel como un nazi fanático y activista, como, p. ej., los representantes de la Escuela de Kiel; cf. íd., p. 334 ss. [339, 352], 440 s.). Desde el punto de vista portugués, *Sousa Mendes* (2007), p. 371 ss., quien diferencia dos fases de Welzel y resalta, en lo que respecta a la primera parte (probablemente hasta 1945) la proximidad con la idea de ordenamiento de Schmitt y con la Escuela de Kiel (íd., p. 371 s., con referencias adicionales a la doctrina portuguesa y española).

832 *Zaffaroni* (2017), p. 287; véase también *supra* nota 789 y texto principal.

833 *Müller* (1989), p. 223 ("Strafrechtsideologen der Hitlerdiktatur"); críticamente *Sticht* (2000), p. 21 s. ("dudoso"); *Kubiciel*, en: Frisch *et al.* (2015), p. 146; en contra también *Velásquez*, en: Moreno *et al.* (2005), p. 87.

834 Así, empero, *Frommel*, en: Reifner/Sonnen (1984), p. 90 ("a pesar de los tonos más moderados"); también *Frommel*, JZ 2016, 919 ("espantoso jurista").

835 Cf., empero, respecto de la equiparación de Welzel con Dahm y Schaffstein, la declaración del director del estudiantado de Gotinga, Riechelmann, de 1936: "En el nivel científico, W. se encuentra en la misma dirección que la defendida por los dos científicos del derecho penal de Kiel, el Dr. Dahm y el Dr. Schaffstein" ("Wissenschaftlich steht W. in derselben Richtung, wie sie von den beiden Kieler Strafrechtlern Dr. Dahm und Dr. Schaffstein vertreten wird"; citado según *Sticht* (2000), p. 22).

Por eso Welzel puede ser ubicado en las filas de aquellos autores que lucharon en "una especie de competencia por crear un nuevo esquema ideológico básico, en lo posible agradable para los nuevos detentadores del poder"[836] y que, en todo caso, ofrecieron de manera *oportunista* sus servicios al régimen.[837]

3. ¿CONTINUIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONALSOCIALISTA EN LATINOAMÉRICA?

Por último, Zaffaroni advierte sobre la continuidad del pensamiento nacionalsocialista en el derecho penal actual, en especial en Latinoamérica.[838] Zaffaroni ve el núcleo de este pensamiento en el concepto romantizado, y que nunca será posible realizar por completo, de la comunidad del pueblo,[839] que habría sido integrado por triplicado en el derecho penal.[840] En los hechos, se trataría de la construcción de la comunidad hormiguero, en el sentido de Nider[841], en la cual el derecho penal tendría el fin prioritario de destruir a las hormigas rebeldes, es decir, a los disidentes y traidores. En ese sentido, Zaffaroni critica nuevamente el derecho

836 *Hilgendorf*, en: Hilgendorf/Joerden (2017), p. 160 (165: "Art Konkurrenzkampf um die Schaffung eines den neuen Machthabern möglichst genehmen ideologischen Grundgerüsts").

837 Cf. también *Frommel*, JZ 2016, 919 ("espantoso"... "el sigilo con el que Hans Welzel podía ser oportunista..." ["...Lautlosigkeit, mit der Hans Welzel opportunistisch sein konnte"]).

838 *Zaffaroni* (2017), p. 299 ss.

839 *Zaffaroni* (2017), p. 289 ss.

840 *Zaffaroni* (2017), p. 297 ss. (referencia a la teoría del derecho penal de la voluntad, a los neokantianos [!]) inspirados en el nacionalsocialismo y a la Escuela de Kiel).

841 *Supra* cap. II 1., con nota 131 y texto principal.

penal de ánimo como fundamento de la punibilidad[842] y al racismo involutivo del nacionalsocialismo que habría delineado el fundamento ideológico para la destrucción de los "elementos enfermos" del cuerpo del pueblo.[843] Reitera que allí se encuentra una continuación del racismo neocolonialista europeo y traza una delimitación –nuevamente– entre el racismo evolutivo, de carácter spenceriano, y el racismo involutivo.[844] 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.[845] 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.[846]

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,[847] y también, y especialmente, en la jurisprudencia.[848] Considera que la función más noble de la dogmática jurídico-penal, esto es, la restricción racional del poder punitivo estatal, se encuentra en peligro por medio del nacionalismo popu-

842 *Zaffaroni* (2017), p. 294.

843 *Zaffaroni* (2017), p. 295.

844 *Zaffaroni* (2017), p. 297.

845 *Zaffaroni* (2017), p. 299.

846 *Zaffaroni* (2017), p. 299.

847 *Zaffaroni* (2017), p. 299 ss.

848 *Zaffaroni* (2017), p. 301 ("signos aún más marcados"); de modo similar *Batista*, en Zaffaroni (2017), p. 111 s.

lista, incluso en un sentido nacionalsocialista-populista, de los líderes latinoamericanos, apoyados por medios populistas.[849] 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 en miras a las tendencias autoritarias y de derecho penal del enemigo de la praxis policial[850] y la jurisprudencia. En este sentido, tenemos la esperanza –compartida por Zaffaroni[851]– de que su trabajo fortalecerá el escepticismo frente al derecho penal autoritario e inhumano, también y especialmente en Latinoamérica, y que esto será abordado en futuras investigaciones.

849 *Zaffaroni* (2017), p. 301, 303.

850 Es acertado el paralelismo con la llamada "Policía Pacificadora" del barrio de personas carenciadas de Río de Janeiro en *Batista*, en Zaffaroni (2017), p. 109 s. ("... palavra 'paz'... desmoralizada pelo programa das Unidades de Policia Pacificadora, que compartilha algumas caracerísticas com o modelo do 'campo', que tanto deve ao nazismo...").

851 *Zaffaroni* (2017), p. 303.

Bibliografía

I. Literatura anterior a 1945

Binding, Karl (1885): Handbuch des Strafrechts. En: Binding, Karl, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abtheilung 7, Theil 1, Leipzig: Duncker & Humblot 1885.

Binding, Karl (1905): Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band II, Abteilung 2, Leipzig: Engelmann 1905.

Binding, Karl (1913): Grundriß des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil, Leipzig: Verlag Wilhelm Engelmann 1913.

Binding, Karl/Hoche, Alfred (1920): Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und Ihre Form, Leipzig: Verlag Felix Meiner 1920 [traducción al español de B. Serigós in Zaffaroni, Hrsg. (2009b), 47-97].

Blasco y Fernández Moreda, Francisco (1943): Las escuelas de Kiel y de Marburgo y la doctrina penal nacional-socialista. En: Criminalia (Mexiko), IX, 4 (1943), 235-251; republicado en Zaffaroni, ed. (2011), p. 109-132.

Bruns, Hans-Jürgen (1938): Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlín: Nicolai 1938.

Cavaleiro de Ferreira, Manuel (1938): A Reforma do Direito Penal Alemão. En: Cavaleiro de Ferreira, Manuel, Obra Dispersa, Band I, Lissabon: Universidade Católica Editora 1996 (reimpresión), pp. 69-81.

Dahm, Georg (1931): Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, Tübingen: J.C.B. Mohr 1931 [Conferencia inaugural en Heidelberg].

Dahm, Georg (1933): Autoritäres Strafrecht. En: MSchrKrimPsych 24 (1933), 162-180.

DAHM, Georg (1934): Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht. En: DStR 80 [neue Folge 1] (1934), 87-96.

DAHM, Georg (1934): Die Ehre im Strafrecht. En: DR 4 (1934), 417-419.

DAHM, Georg (1934): Die Erneuerung der Ehrenstrafe. En: DJZ 39 (1934), 821-832.

DAHM, Georg (1935a): Gemeinschaft und Strafrecht, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg 1935.

DAHM, Georg (1935b): Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht, Berlín: Junker und Dünnhaupt 1935.

DAHM, Georg (1935): Verbrechen und Tatbestand. En: Dahm, Georg *et al.*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlín: Junker & Dünnhaupt 1935, p. 62-107.

DAHM, Georg (1938): Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938) 225-294. (también impreso en: Dahm/Schaffstein, Methode und System des neuen Strafrechts, Berlín: De Gruyter 1938, p. 1 ss.).

DAHM, Georg (1938): Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei. En: DRWis 3 (1938), 148-169.

DAHM, Georg (1940): Der Tätertyp im Strafrecht, Leipzig: Weicher Verlag 1940.

DAHM, Georg/SCHAFFSTEIN, Friedrich (1933): Liberales oder autoritäres Strafrecht?, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1933 [traducción al español de L.G. Brond en Zaffaroni, ed. (2011), 57-107].

DAHM, Georg/ECKHARDT, Karl August/HÖHN, Reinhard/RITTERBUSCH, Paul/SIEBERT, Wolfgang: Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, *DRWis* 1 (1936), 123–124.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri (1938): La Politique criminelle des États autoritaires, Paris: Libr. du Recueil Sirey 1938.

EXNER, Franz (1934): Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz v. 24. November 1933 [GewohnheitsverbrecherG]. En: ZStW 53 (1934), 629-655.

EXNER, Franz (1939): Kriminalbiologie, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1939.

FORSTHOFF, Ernst (1933): Der totale Staat, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1933.

FRAENKEL, Ernst (1941): The Dual State, Oxford: OUP 1941.

FRANK, Hans, ed. (1934): Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Berlín: R. v. Decker's Verlag 1934.

FRANK, Hans, ed. (1935): Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1. Teil (Parte General), Berlin: Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2.ª ed. 1935.

FRANK, Hans, ed. (1936): Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 2. Teil (Parte Especial), Berlin: Deutsche Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Verlagsgesellschaft 1936.

FRANK, Reinhard (1907): Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Giessen: Berliner Wissenschafts-Verlag 1907.

FREISLER, Roland (1933): Gedanken zur Strafrechtserneuerung. En: Preußischer Justizminister, Denkschrift des preußischen Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, Berlín: R. v. Decker's Verlag 1933, p. 6-9.

FREISLER, Roland (1934): Des Führers Tat und unsere Pflicht. En: DJ 96 (1934), 850-851.

FREISLER, Roland (1934): Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung. En: Gürtner (1934), p. 9-36. [traducción al español de E.R. Zaffaroni, F.J.Arnedo, A. Bartos y G. Otano en Zaffaroni (2017), p. 113-157].

FREISLER, Roland (1934): Ergebnisse der Beratungen des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht. En: Frank, Hans, Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Berlín: R. v. Decker's Verlag 1934, p. 7-24.

FREISLER, Roland (1935): Aufbau des Besonderen Teils und seine Stellung im Gesetz. En Gürtner (1935), p. 9-66.

FREISLER, Roland (1935): Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers, Fesselung des Verbrechers oder des Richters. En: DStR 2 (1935), 1-32.

FREISLER, Roland (1935): Der Wandel der politischen Grundanschauungen. En: DJ 97 (1935), 1247-1254.

FREISLER, Roland (1936): Staatssekretär Staatsrat Dr. Freisler über „Recht und Gesetzgeber" [Conferencia en vistas a la investidura del Presidente del OLG de Breslavia]. En: DJ 98 (1936), 153-156.

FREISLER, Roland (1936): Der Rechtswahrer im Kampfe des Vierjahresplans. En: DJ 98 (1936), 1630.

FREISLER, Roland (1941): Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs. In: DJ 103 (1941), 929–938.

GALLAS, Wilhelm (1936): Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. En: Dahm, Georg *et al.*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, Berlín, Leipzig: De Gruyter 1936, p. 50-69.

GEMMINGEN, Hans Dieter von (1933): Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1933.

GEMMINGEN, Hans Dieter von (1933): Willensstrafrecht oder Gefährdungsstrafrecht? En: JW 62 (1933), 2371-2373.

GERLAND, Heinrich (1933), Neues Strafrecht. En: DJZ 38 (1933), 857-861.

GOBINEAU, Arthur de (1853-1855), Essai sur l'inegalité des races humaines, Paris: Editions Pierre Belfond 1967 (original de 1853).

GÖRING, Hermann (1935): Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1935.

GRISPIGNI, Filippo (1940), Expiación y defensa en el nuevo código penal alemán. En: Zaffaroni (2009a), p. 29-42.

GRISPIGNI, Filippo (1941a), Los principios fundamentales del nuevo derecho penal alemán. En: Zaffaroni (2009a), p. 51-70.

GRISPIGNI, Filippo (1941b), El significado de las nuevas disposiciones sobre el derecho penal de la juventud en Alemania. En: Zaffaroni (2009a), p. 71-92.

GROSSMANN, Hans (1926): Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Hamburgo: W. Gente 1926.

GÜRTNER, Franz, ed. (1934), Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlín: Franz Vahlen 1934.

GÜRTNER, Franz, ed. (1935), Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlín: Franz Vahlen 1935.

GÜRTNER, Franz (1936): Eröffnungsansprache Internationaler Strafrechts- und Gefängniskongress, 1935. En: Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international de Berlín Aout 1935, Procès-verbaux des séances, Volume I a, Berna: Bureau de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1936, p. 4-23.

HARTMANN, Nicolai (1926): Ethik, Berlín: de Gruyter 1926.

HEGLER, August (1915): Merkmale des Verbrechens. En: ZStW 35 (1915), 19-44.

HENKEL, Heinrich (1933): Der Begriff der Wissenschaft in Forschung und Lehre. En Krieck, Ernst/Staufing, Friedrich, Die deutsche Hochschule, Marburgo: Elwertsche Verlagsbuchhandlung 1933, p. 8-29.

HENKEL, Heinrich (1934a): Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Die geistigen Grundlagen, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1934.

HENKEL, Heinrich (1934b): Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1934.

HENTIG, Hans v. (1933): Nationalsozialistisches Strafrecht. En: MSchrKrimPsych 24 (1933), 633-634.

HEUBER, Wilhelm (1937?): Die Paragraphen-Sklaverei und Ihr Ende, Berlin 1937(?).

HOEFER, Frederick (1945): The Nazi Penal System - I. En: JCL&Crim 35 (1945), 385-393.

HONIG, Richard (1919): Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Volume 1, Mannheim: Bensheimer 1919.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1920): El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno. En: Publi-

caciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, 27 de febrero de 1920, 6-34.

Jiménez de Asúa, Luis (1922): El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo 1922.

Jiménez de Asúa, Luis (1933): Manual de Derecho Penal, Volumen Primero, Madrid: Reus 1933.

Kerrl, Hanns (1933): Nationalsozialistische Staatskunst und Strafrechtserneuerung. En: Preußischer Justizminister, Denkschrift des preußischen Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, Berlín 1933, p. 3-5.

Kirchheimer, Otto (1939/40): Criminal Law in National Socialist Germany. En: Studies in Philosophy and Social Science VIII (1939/40), 444–463.

Kohlrausch, Eduard (1936): Das kommende deutsche Strafrecht. En: ZStW 55 (1936), 384-398.

Lange, Friedrich Albert (1915): Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart, Zweites Buch: Geschichte des Materialismus seit Kant, Leipzig: J. Baedeker 1915.

Lange, Heinrich (1933): Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht: ein Vortrag, Tubinga: Mohr 1933.

Lange, Heinrich (1934): Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1934.

Larenz, Karl (1933): Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlín: Junker und Dünnhaupt 1933.

Larenz, Karl (1934): Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tubinga: Mohr 1934.

Larenz, Karl (1935): Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. En: Dahm, Georg/ Huber, Ernst Rudolf/ Larenz, Karl/ Michaelis, Karl/ Schaffstein, Friedrich/ Siebert, Wolfgang, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlín: Junker & Dünnhaupt 1935, p. 225-258.

Larenz, Karl (1935): Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der Historischen Schule. En: ZKph 1 (1935), 40–60.

Liszt, Franz von (1883): Der Zweckgedanke im Strafrecht. En: ZStW 3 (1883), 1-47.

Liszt, Franz von (1907), Das „richtige Recht" in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), 91-96.

Luetgebrune, Walter (1934): „Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege". En: Frank (1934), p. 42-45.

Maunz, Theodor (1943): Gestalt und Recht der Polizei. En: Huber, Ernst Rudolf, Idee und Ordnung des Reiches. Band 2, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1943, p. 1-104.

Mayer, Max Ernst (1901): Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig: C.L. Hirschfeld 1901.

Mayer, Max Ernst (1915): Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg: Carl Winters 1915.

Merkel, Adolf (1899): Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. En: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Zweite Hälfte, Estrasburgo: Trübner 1899.

Mezger, Edmund (1924): Die subjektiven Unrechtselemente. En: GerS 89 (1924), 207-314.

Mezger, Edmund (1928): Konstitutionelle und dynamische Verbrechensauffassung. En: MSchKrimPsych 19 (1928) 385-400.

Mezger, Edmund (1934): Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag 1934.

Mezger, Edmund (1934): Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht. En: DJZ 39 (1934), Sp. 97-104.

Mezger, Edmund (1936): Das neue Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft. En: DJZ 41 (1936), 601-607.

Mezger, Edmund (1936): Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden, Berlín: Junker und Dünnhaupt 1936.

Mezger, Edmund (1936): Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, ZStW 55 (1936), 1-17.

Mezger, Edmund (1938): Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, Berlín: Junker und Dünnhaupt 1938.

MEZGER, Edmund (1940): Vergeltung und Schutz im neuen Deutschen Strafrecht, MSchKrimBio 31 (1940), 105-110; spanische Übersetzung in: Zaffaroni (2009a), 43-50.

MEZGER, Edmund (1942): Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag 2.ª ed. 1942.

MEZGER, Edmund (1944): Rechtsirrtum und Rechtsblindheit. En: Boeckelmann, Paul *et al.*, Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage, Berlín: De Gruyter 1944, p. 180-198.

MITTASCH, Helmut (1939): Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, Berlín: De Gruyter 1939.

MITTERMAIER, Wolfgang (1924): Über den Begriff „Verbrechen", ZStW 44 (1924), 2-15.

MITTERMAIER, Wolfgang (1938): Die Krise in der deutschen Strafrechtswissenschaft. En: SchwZStR 52 (1938), 209-226.

NAUCKE, Alfred (1920): Einführung. in Binding, Karl/Hoche, Alfred, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Berlín: BWV, 2006 [reimpresión], p. VI-LXXI.

NEUMANN, Franz (1942): Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, Toronto/New York/London: Victor Gollancz 1942.

NEUMANN, Franz (1944): Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 2.ª ed with new appendix, Toronto/New York/London 1944 (reimpresión Octagon Books 1963)

NICOLAI, Helmut (1932): Die rassengesetzliche Rechtslehre: Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, Múnich: Frz. Eher Nachf 1932.

NIDER, Johannes (1473): Formicarius, Köln 1473 (la fecha de publicación está discutida).

OETKER, Friedrich (1934): Die Teilnahme am Verbrechen. En: Frank (1934), p. 116-134.

ÖSTERREICH, Traugott Konstantin (1951): Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie, Vierter Teil, Tübingen: F.S. Mittler & Sohn 1951.

PREUSSISCHER JUSTIZMINISTER (1933): Denkschrift des preußischen Justizministers, Nationalsozialistisches Strafrecht, Berlín: R. v. Decker's Verlag 1933 (citado como Denkschrift).

RADBRUCH, Gustav (1932): Rechtsphilosophie, Leipzig 1932 (citado según Studienausgabe, editado por Dreier, Ralf/Paulson, Stanley, Heidelberg: C.F. Müller 1999).

RADBRUCH, Gustav (1933/1957): Autoritäres oder soziales Strafrecht? En: Die Gesellschaft X (1933); citado según la versión de la reimpresión en: Radbruch, Gustav, Der Mensch im Recht, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 1957, p. 63-79.

RADBRUCH, Gustav (1936/1990): Rezension zu 'Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1933', Zentralblatt für die Juristische Praxis 54 (1936), 43-45. En: Radbruch, Gustav, Gesamtausgabe Band 3, Heidelberg: C.F. Müller 1990, p. 29-31.

RADBRUCH, Gustav (1939): Rezension zu Erich Schwinge, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtungen in der deutschen Rechtswissenschaft, Bonn 1938. En: SchwZStR 53 (1939) 109-110.

RADBRUCH, Gustav (1945): Fünf Minuten Rechtsphilosophie, abgedruckt in: Dreier/Paulson (1999), p. 209 s. (Anhang 2).

RAUCH, Herbert (1936): Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung, Leipzig: Weicher 1936.

RIECKE, Heinz (1935): Der Rassegedanke und die neuere Philosophie, Leipzig: Klein 1935.

RIEMER, Svend (1933): Autorität – Wofür? En: MSchrKrimPsych 24 (1933), 222-226.

SAUER, Wilhelm (1936): Lebendes Recht und lebende Wissenschaft, Tübingen: Mohr 1936.

SCHÄFER, Ernst (1934): Die Schuldlehre. En: Gürtner (1934), p 37–55.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1933): Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, Leipzig: Deichert 1933.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934): Ehrenstrafe und Freiheitsstrafe in ihrer Bedeutung für das neue Strafrecht. En: DStR 80 [neue Folge 1] (1934), 273-281.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934): Formalismus im Strafrecht. En: DR 4 (1934), 349-352.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934): Nationalsozialistisches Strafrecht. En: ZStW 53 (1934), 603-628.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934): Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. En: DJZ 39 (1934), columnas 1174-1180.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1934): Politische Strafrechtswissenschaft, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1934.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1935): Das Verbrechen als Pflichtverletzung. En: Dahm, Georg/Huber, Ernst Rudolf / Larenz, Karl/ Michaelis, Karl/ Schaffstein, Friedrich/ Siebert, Wolfgang, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlín: Junker & Dünnhaupt 1935, p. 108-142.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1935): Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? En: DStR 81 (1935), 97-105.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1936): Das subjektive Recht im Strafrecht. En: DRWis 1 (1936), 39-49.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1936): Die Bedeutung des Erziehungsgedankens im neuen deutschen Strafvollzug. En: ZStW 55 (1936), 276-290.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1936): Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. En: Dahm, Georg *et al.*, Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, Berlín, Leipzig: De Gruyter 1936, p. 70-114.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1936): Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte, DJ 98 (1936), 767-770.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1936): Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. En: Leipziger Juristenfakultät, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt, Leipzig 1936, p. 47-77. (reimpresión en Ellscheid, Günter/Hassemer, Winfried, Interessenjurisprudenz, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchges 1974, p. 380-417).

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1937): Literaturbericht Strafrecht. Allgemeiner Teil. En: ZStW 56 (1937), 104-175.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1937): Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtsystems, ZStW 57 (1937), 295-336. (reimpresión también en Dahm, Georg/Schaffstein, Friedrich, Methode und System des neuen Strafrechts, Berlín: De Gruyter 1938).

SCHELER, Max (1915/1919): Vom Umsturz der Werte, 2 tomos, Leipzig: Kraemer & Hansen 1915, 1919.

SCHELER, Max (1916): Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Paderborn: Verlag von Max Niemeyer 1916.

SCHMIDT, Eberhard (1933): Antrittsrede „Juristisches Denken und Politik". En: Hamburgerische Universität, Reden gehalten bei der Feier des Rektorswechsels am 7. Nov. 1933, Hamburg 1933, p. 27-49.

SCHMIDT, Eberhard (1942): Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt. En: MschrKrim 33 (1942), 205-223.

SCHMIDT-LEICHNER, sin nombre de pila (1942): Der Durchbruch der materiellen Gerechtigkeit im Strafrecht. En: DStR 9 (1942), 2–18.

SCHMITT, Carl (1934): Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934. En: DJZ 39 (1934), 945-960.

SCHMITT, Carl (1934): Der Weg des deutschen Juristen. En: DJZ 39 (1934), 691-698.

SCHMITT, Carl (1934): Nationalsozialismus und Rechtsstaat. En: JW 63 (1934), 713-718.

SCHMITT, Carl (1934): Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt 1934.

SCHUMACHER, Oskar (1927): Um das Wesen der Strafrechtsschuld, Mannheim: Bensheimer 1927.

SCHWINGE, Erich (1930): Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht: ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Bonn: L. Rohrscheid 1930.

SCHWINGE, Erich (1938): Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft, Bonn: Ludwig Röhrscheid 1938.

SCHWINGE, Erich/ZIMMERL, Leopold (1937): Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Bonn: Ludwig Röhrscheid 1937.

SEIDENSTÜCKER, Herbert (1938): Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht, Quakenbrück: A. Deicherts-che Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl 1938.

SIEGERT, Karl (1934): Der Treuegedanke im Strafrecht. En: DR 4 (1934), 528-531.

SIEGERT, Karl (1934): Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen: Mohr 1934.

SPENCER, Herbert (1851): Social Statistics: Or, the Conditions Essential to Human Happiness Specified and the first of them developed, London: D. Appleton 1851.

SPENCER, Herbert (1860): The Social Organism. En: The Westminster Review 17 (1860), 90-121.

SPENCER, Herbert (1864): Principles of Biology, London: William and Norgate 1864.

STRAUSS, Friedrich (1934): Die Erweiterung des Rechtsgüterschutzes im nationalsozialistischen Strafrecht. En: Frank (1934), p. 31-41.

THIERACK, Georg (1934): Sinn und Bedeutung der Richtlinien für die Strafrechtsreform. In Frank (1934), p. 25-30.

TORINO Y ROLDAN, Fernando (1945): Lineas fundamentales del nuevo derecho penal juvenil de Alemania – una crítica a las ideas de Erik Wolf. En: RDP (Buenos Aires) 1 (1945), 507-514.

WELZEL, Hans (1931): Kausalität und Handlung. En: ZStW 51 (1931), 703-720.

WELZEL, Hans (1935): Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Münster: Deutsches Druck- und Verlags-Haus gmbh 1935.

WELZEL, Hans (1938): Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft. En: DRWis 3 (1938), 113-121.

WELZEL, Hans (1938): Über die Ehre von Gemeinschaften. En: ZStW 57 (1938) 28-52.

WELZEL, Hans (1938): Über die Grundlage der Staatsphilosophie Hegels. En: Schürmann, Artur, Volk und Hochschule im Umbruch, Oldenburg 1937, p. 87-104.

WELZEL, Hans (1939): Studien zum System des Strafrechts. En: ZStW 58 (1939), 491-566.

WELZEL, Hans (1940): Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, Berlín: De Gruyter 1940.

WELZEL, Hans (1941): Persönlichkeit und Schuld. En: ZStW 60 (1941), 428-474.

WELZEL, Hans (1944): Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes. En: Boeckelmann, Paul *et al.*, Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage, Berlín: De Gruyter 1944, p. 101-119.

WELZEL, Hans (1944): Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, Berlín: De Gruyter 3.ª ed. 1944.

WOLF, Erik (1932): Vom Wesen des Täters, Tubinga: Mohr 1932.

WOLF, Erik (1933): Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, Tubinga: Mohr 1933. (conferencia en Heidelberg del 25/5/1933 y en Friburgo del 16/6/1933).

WOLF, Erik (1934): Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates. En: ARSP 28 (1934), 348-363.

WOLF, Erik (1934): Literaturbericht „Rechts- und Staatsphilosophie". En: ZStW 53 (1934) 544-574.

WOLF, Erik (1934): Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staat, Friburgo 1934 (conferencia en Friburgo del 7/12/1933).

WOLF, Erik (1935): Das künftige Strafensystem und die Zumessungsgrundsätze. En: ZStW 54 (1935), 544-574.

WOLF, Erik (1936): Tattypus und Tätertypus. En: ZAkdR 3 (1936), 358-363.

WOLF, Erik (1939): Der Methodenstreit in der Strafrechtslehre und seine Überwindung En: DRWis 4 (1939), 168-181.

WOLF, Erik (1944/45): Lineas fundamentales del nuevo derecho penal juvenil de Alemania, REP (Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho) tomo II (1944/45), 7-27.

ZIMMERL, Leopold (1935): Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung. En: ZStW 54 (1935), 575-590.

ZIMMERL, Leopold (1936): Zur Auslegung des § 2 StGB. En: Dahm, Georg *et al.*, Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach, Berlín etc.: De Gruyter 1936, p. 173-187.

II. Literatura posterior a 1945

ALEXY, Robert (1992): Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945? En: Säcker, Franz Jürgen, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden: Nomos 1992, p. 219-226.

ALLER, Germán (2009): Dogmática de la acción y praxis penal, Montevideo/Buenos Aires: B de F 2009.

AMBOS, Kai (2013): Rechtsgutsprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts. En: Zöller, Mark *et al.*, eds., Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, Berlín: Duncker & Humblot 2013, p. 1285-1310; en español en RDPC (UNED) 10 (7/2013), 343-378.

AMBOS, Kai (2017): Stand und Zukunft der Rechtsvergleichung. En: RW 8 (2017), 247-276; en espanol en Revista Penal 41 (enero 2018), 5-26.

AMBOS, Kai (2018): Buchrezension zu Kim Christian Priemel, The Betrayal, The Nuremberg Trials and German Divergence, Oxford 2016. En: ZIS 2018, 39-42. En version inglesa en: Criminal Law Forum 29 (2018) 157-164.

AMBOS, Kai (2019): NS-Kriminologie. In: Dessecker, Axel/Harrendorf, Stefan/Höffler, Katrin, Angewandte Kriminologie – justizbezogene Forschung, Göttingen: Göttinger Universitätsverlag, 2019, de proxima aparición.

AMELUNG, Knut (1972): Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Fráncfort del Meno: Athenäum 1972.

AMELUNG, Knut (2002): Der Einfluss des südwestdeutschen Neukantianismus auf die Lehre vom Rechtsgüterschutz im deutschen Strafrecht. En: Alexy, Robert *et al.*, Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden: Nomos 2002, p. 363-373.

AMOS, Maximilian (2019): Juristische Fachverlage im 3. Reich. Die Verleger des Unrechts. In: LTO, 7.8.2019 < https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/juristische-verlage-nationalsozialismus-ideologie-erbe-verantwortung/>.

AYASS, Wolfgang (1998): "Gemeinschaftsfremde". Quellen zur Verfolgung von "Asozialen" 1933–1945, Koblenz 1998.

ARNEDO, Fernando J., Roland Freisler: "El soldado político de Hitler". En: Zaffaroni, ed. (2017), p. 9-84.

BACIGALUPO, Enrique (2005): Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht. En: Arnold, Jörg *et al.*, Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Múnich: C.H. Beck 2005, p. 61-75.

BATISTA, Nilo, Atualidade de Roland Freisler. En: Zaffaroni, eds. (2017), p. 103-112.

BEULKE, Werner (2002): In memoriam Friedrich Schaffstein. En: MSchrKrim 85 (2002), 81-83.

BEYER, Wilhem (1947): Rechtsphilosophische Besinnung, Karlsruhe: C.F. Müller 1947.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1990): Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. En: Dreier, Ralf, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (ARSP-Beiheft 37), Stuttgart: Franz Steiner Verlag 1990, p. 33-46.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1991): Recht, Staat, Freiheit, Studien zur Rechtsphilosophie, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1991.

BRAUN, Johann (2001): Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, Múnich: C.H. Beck 2001.

BRAUN, Jens-Daniel/ FALK, Georg D. (2015): Die deutschen Richter im Jahre 1933. En: Wolfgang Form, Theo Schiller y Lothar Seitz, NS-Justiz in Hessen. Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe, Marburgo: Historische Kommission für Hessen 2015, p 21–44.

CAROLI, Paolo (2019), Die Strafbarkeit des Römischen Grußes in Italien. En: Vormbaum, Thomas, JJZ 19 (2018), Berlin: de Gruyter 2019, p 48–64.

CATTANEO, Mario A. (2001): Strafrechtstotalitarismus, Baden-Baden: Nomos 2001.

CODINO, Rodrigo, Algunas consideraciones sobre Filippo Grispigni, in Zaffaroni (2009a), p. 115-132.

COHN, Ernst J. (1973): Gelehrter in Zeiten der Wirrnis. En: Evers, Hans Ulrich *et al.*, Persönlichkeit in der Demokratie. Festschrift

für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag, Köln/Bonn 1973: Hanstein, p. 1-6.

Czollek, Max (2018): Desintegriert Euch! 3.ª ed. Múnich: Hanser 2018.

Dahm, Georg (1956): Zur Problematik des Völkerstrafrechts, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 1956.

Dahm, Georg (1963): Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. Eine Einführung, 2.ª ed Stuttgart: W. Kohlhammer, 1963.

Detering, Heinrich (2019): Was heißt hier »wir«? Zur Rethorik der parlamentarischen Rechten, Stuttgart: Reclam 2019.

Dierlamm Alfred (2014): § 266 StGB. En: Joecks, Wolfgang *et al.*, Múnicher Kommentar zum Strafgesetzbuch, Múnich: C.H. Beck 2014, p. 547-652.

Donna, Edgardo Alberto (2005): El pensamiento de Hans Welzel, entre el positivismo y el nacionalsocialismo. En: Moreno, Hernández *et al.*, Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal, Mexico D.F: CEPOLCRIM 2005, p. 45-67.

Dölling, Dieter (1989): Kriminologie im »Dritten Reich«. En: Dreier, Ralf/Sellert,Wolfgang, Reich und Justiz im »Dritten Reich«, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1989, p. 194-225.

Dreier, Ralf/Paulson, Stanley, eds. (1999): Gustav Radbruch - Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller 1999.

Dreier, Ralf/Paulson, Stanley (1999): „Vorwort" und „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs", en Dreier/Paulson (1999), p. V-VIII y p. 235-250.

Eckert, Jörn (1992): Was war die Kieler Schule. En: Säcker, Franz Jürgen, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden: Nomos 1992, p. 37-70.

Eser, Albin (2001): „Sozialadäquanz": eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? – Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen. En: Schünemann, Bernd, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlín: De Gruyter 2001, p. 199-212.

Eser, Albin (2010): Über Grenzen – Streben nach Mitte. En: Hilgendorf, Eric, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Berlín: De Grutyer 2010, p. 75-122.

Eser, Albin and Sternberg-Lieben, Detlev (2019), Vorbemerkungen zu den §§ 211 ff. En: Eser, Albin, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Múnich: C.H. Beck 30ª ed 2019, p 2055–2096.

Etzel, Matthias (1992): Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Allierten Kontrollrat (1945–1948), Tubinga: Mohr Siebeck 1992.

Exner, Frank (1949): Kriminologie, Berlín/Heidelberg: Springer 1949.

Feldmüller-Bäuerle, Berit (2010): Die strafrechtliche Kieler Schule, Hamburgo: Dr. Kovac 2010.

Foljanty, Lena (2013): Recht oder Gesetz, Tubinga: Mohr Siebeck 2013.

Forsthoff, Ernst (1968): Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre. En: Barion, Hans, Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt, Teilband 1, Berlín: Duncker & Humblot 1968, p. 185-212.

Fraenkel, Ernst (1974): Der Doppelstaat, Fráncfort del Meno: Europäische Verlagsanstalt 1974.

Frei, Norbert (1996): Vergangenheitspolitik: die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, Múnich: Deutscher Taschenbuch Verlag 1996.

Frei, Norbert/Maubach, Frank/Morina, Christina/Tändler, Maik (2019): Zur Rechten Zeit. Wieder die Rückkehr des Nationalismus, Berlin: Ullstein 2019 (e-book, citado con posición).

Frommel, Monika (1984): Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht - oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus" im Strafrecht. En: Reifner, Udo/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, Fráncfort del Meno/New York: Campus Verlag 1984, p. 86-96.

Frommel, Monika (1987): Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, Berlín: Duncker & Humblot 1987.

Frommel, Monika (2016): Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit. En: JZ 2016, 913-920.

Garbe, Detlef (1989): In jedem Einzelfall– bis zur Todesstrafe: der Militärstrafrechtler Erich Schwinge: ein deutsches Juristenleben. Hamburgo: Hamburger Stiftung für Sozialgeschichte 1989.

García Amado, Juan Antonio (2019): Neokantismo y Derecho Penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas en los regímenes autoritarios. En: Almacén Derecho, 7 de febrero de 2019, https://almacendederecho.org/neokantismo–y–derecho–penal/

Geyer, Christian (2018), Gibt es Germanen?, FAZ, 7/6/2018

Goltsche, Friederike (2010): Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch), Berlín: De Gruyter 2010.

Görtemaker, Manfred/Safferling, Christoph (2016): Die Akte Rosenburg, Múnich: C.H.Beck 2016.

Graver, Hans Petter (2018): Why Adolf Hitler spared the Judges: Judicial Opposition against the Nazi State. En: GLJ 19 (2018), 845-877.

Grill, Bartholomäus (2019): Wir Herrenmenschen. Unser rassistisches Erbe: Eine Reise in die deutsche Kolonialgeschichte, Múnich: Siedler 2019.

Gross, Raphael (2010): Anständig geblieben: Nationalsozialistische Moral (Die Zeit des Nationalsozialismus), Fráncfort del Meno 2010 (e-book).

Grosse-Vehne, Vera (2005): Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), „Euthanasie" und Sterbehilfe: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005.

Guez, Oliver (2018): Das Verschwinden des Josef Mengele, Berlín: Aufbau Verlag 2018 (e-book).

Günther, Klaus (1995): Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel" im Strafrecht? En: Institut für Kriminalwissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M./Bern: Peter Lang 1995, p. 445-460.

Gusy, Christoph (2019): Aus der Geschichte lernen: NS-Unrecht im Jurastudium–Einige Vorüberlegungen und 10 Thesen. En: ZDRW 1 (2019), 1–15.

Guzmán Dalbora, José Luis (2017), Contexto histórico-ideológico del Derecho penal de la voluntad. In Zaffaroni, (2017), p. 85-102.

Guzmán Dalbora, José Luis (2017), Doctrina penal nazi etc. (reseña), RDPC VII, no. 10 (noviembre 2017), 229-232.

Hammon, Kathrin (2011): Karl Binding/Alfred E. Hoche, „Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und Ihre Form", Gotinga: Bwv - Berliner Wissenschafts-Verlag 2011.

Hartl, Benedikt (2000): Das nationalsozialistische Willensstrafrecht, Berlín: Weissensee-Verlag Berlin 2000.

Hartung, Fritz (1971): Jurist unter vier Reichen, Colonia *et al.*: Heymann 1971.

Harzer, Regina (1999): Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung, Fráncfort del Meno: Klostermann 1999.

Hattenhauer, Hans (2005): Eine Türkenschrift im „langen Krieg" aus dem Jahre 1606. En: JJZG 7 (2005), 173-202.

Henkel, Heinrich (1955): »Kollektivschuld«. En: Nottarp, Hermann *et al.*, Monumentum Bambergense. Festgabe für Benedikt Kraft, Múnich: Kösel 1995, p. 106-128.

Henkel, Heinrich (1977): Einführung in die Rechtsphilosophie, Múnich: C. H. Beck 1977.

Hilliger, Fedja Alexander (2018): Das Rechtsdenken Karl Bindings und die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens", Berlín: Duncker & Humblot 2018.

Hilgendorf, Eric (2017): Rechtsphilosophie zwischen 1860 und 1960. En: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan, Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart: J.B. Metzler 2017, p. 160-169.

Hirsch, Hans Joachim (2002): Die verfehlte deutsche Gesetzesfigur der „besonders schweren Fälle". En: Dölling, Dieter/Erb, Volker, Festschrift für Karl-Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller 2002, p. 287-302.

Hirsch, Hans Joachim (2004): Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel. En: ZStW 116 (2004), 1-14.

Hollerbach, Alexander (2009): Zum Verhältnis von Erik Wolf und Martin Heidegger: Ein nicht abgeschickter Brief Erik Wolfs an Karl Barth. En: Heidegger-Jahrbuch 4, Friburgo/Múnich: Karl Alber 2009, p. 284-347.

Hollerbach, Alexander (2017): Rechtsphilosophische Irrlehre: Monika Frommel über Erik Wolf. Zu Monika Frommel. En: JZ 2017, 455-457.

Holzhey, Helmut (1984): Neukantianismus. En: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 6, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1984, 747-754.

Honig, Richard (1962): Das amerikanische Strafrecht. En: Mezger, Edmund/Schönke, Adolf/Jescheck, Hans-Heinrich, Das ausländische Strafrecht der Gegenwart: Amerika – Norwegen - Türkei, Band IV, Berlín: Duncker & Humblot 1962, p. 7-262.

Höffler, Katrin (2017): Tätertypen im Jugendstrafrecht. En: Schumann, Eva/Wapler, Friederike, Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren. Entwicklungen und Diskussionen im Jugendrecht im 20. Jahrhundert, Gotinga: Göttinger Universitätsverlag 2017, p. 61-71.

Hoyer, Andreas (2008), Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus. En: Hoyer, Andreas / Hattenhauer, Hans / Meyer-Pritzl, Rudolf / Schubert, Werner, Gedächtnisschrift für Jörn Eckert, Baden-Baden: Nomos 2008, p. 351-368; en español: Ciencia del derecho penal y nacionalsocialismo, RP 23 (enero 2009), 41-51.

Jäger, Herbert (1967): Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1967.

Jäger, Herbert (2006): [Gespräch] En: Horstmann, Thomas / Litzinger, Heike, An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen, Fráncfort del Meno/New York, 2006: Campus, p. 35-67.

Jakobs, Günther (1993): Strafrecht - Allgemeiner Teil, Berlín: De Gruyter 1993.

Jessberger, Florian (2019): Heinrich Henkel (1903-1981): Ideologie und Recht. En: Jeßberger, Florian / Kotzur, Markus/ Repgen, Tilman, Festschrift 100 Jahre Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, Tubinga: Mohr Siebeck 2019, p. 235-254.

Jiménez de Asúa, Luis (1946-1952): El Criminalista, Volume 1 – 10, Buenos Aires: La Ley 1946-1952.

Jiménez de Asúa, Luis (1947): El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista. En: El Criminalista, Band VII, Buenos Aires: La Ley 1947, p. 63-186.

Jiménez de Asúa, Luis (1957-1970): Tratado de Derecho penal, Volume 1-7, Buenos Aires: Losada 1957-1970.

Kale, Steven (2010): Gobineau, Racism, and Legitimism: A royalist heretic in Nineteenth-century France. En: MIH 7 (2010), 33-61.

Kaufmann, Arthur/von der Pfordten, Dietmar (2016): Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. En: Hassemer, Winfried *et al.*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Heidelberg: C.F. Müller 2016, p. 80-101.

Kazim, Hasnain (2018): Auf rechts gedreht (Gespräch mit Sommerfeld), Spiegel Online, 10/4/2018, accesible en: http://www.spiegel.de/politik/deutschland/caroline-sommerfeld-ikone-der-neuen-rechten-und-identitaeren-a-1201899.html (última verificación el 17/9/2018).

Kindhäuser, Urs (2017): § 266 StGB. En: Kindhäuser, Urs *et al.*, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 1142-1169.

Kindhäuser, Urs (2019): Günther Jakobs und Hans Welzel. En: Kindhäuser, Urs *et al.*, Strafrecht und Gesellschaft, Tubinga: Mohr Siebeck 2019, p. 155-193.

Kirchheimer, Otto (1976): Das Strafrecht im nationalsozialistischen Deutschland. En: id, Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Fránfort del Meno: Suhrkamp 1976, p 186–212.

Kirchheimer, Otto (1976): Staatsgefüge und Recht im Dritten Reich. En: KJ 9 (1976), 39–59; reimpresión en id, Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1976, p 152–185.

Kroeschell, Karl (1992): Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Gotinga: UTB 1992.

KLIPPEL, Diethelm (1995): Subjektives Recht und gemanisch-deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus. En: Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tubinga: Mohr Siebeck 1995, p.31-54.

KROESCHELL, Karl (1995): Führer, Gefolgschaft und Treue. En: Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tubinga: Mohr Siebeck 1995, p. 55-76.

KROESCHELL, Karl (1995): Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht, Berlín: Duncker & Humblot 1995.

KRÜPER, Julian (2018): Auf der Suche nach neuer Identität. Die Verfassung der Berlíner Republik verlässt den Schonraum der Nachkriegszeit. En: Duve, Thomas/Ruppert, Stefan, Rechtswissenschaft in der Berlíner Republik, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 2018, p. 238-269.

KUBICIEL, Michael (2015): „Welzel und die anderen": Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945. En: Frisch, Wolfgang *et al.*, Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tubinga: Mohr Siebeck 2015, p. 135-156.

KUBINK, Michael (2002): Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, Berlín: Duncker & Humblot 2002.

LEPSIUS, Oliver (1994): Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, Múnich: C.H. Beck 1994.

LEPSIUS, Susanne (2003): Die mittelalterliche italienische Stadt als Utopie. En: Cordes, Stadt-Gemeinde-Genossenschaft: Festschrift für Gerhard Dilcher, Berlín: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co 2003, p. 389-455.

LINDNER, Josef Franz (2017): Rechtswissenschaft als Metaphysik, Tubinga: Mohr Siebeck 2017.

LLOBET R., Javier (2018): Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945), Valencia: Tirant lo Blanch 2018.

LOOS, Fritz (1970): Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, Tubinga: Mohr 1970.

LOOS, Fritz (1987): Hans Welzel (1904-1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht. En: Loos, Fritz, Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 486-509.

LOOS, Fritz (2002): Literaturbericht Rechtsphilosophie. En: ZStW 114 (2002), 657-680.

LOOS, Fritz (2004): Hans Welzel (1904-1977). En: JZ 2004, 1115-1119.

LÜBBE, Hermann (2007), Vom Parteigenossen zum Bundesbürger. Über beschwiegene und historisierte Vergangenheiten, Múnich: Wilhelm Fink 2007.

LUIG, Klaus (1995): „Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung". En: Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tubinga: Mohr Siebeck 1995, p. 95-137.

MAHLMANN, Matthias (2017): Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Baden-Baden: Nomos 2017.

MAIWALD, Manfred (2002): Friedrich Schaffstein. En: NJW 2002, 1250-1251.

MATUS, Jean Pierre (2014): Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. En: ZIS 9 (2014), 622-628.

MAUS, Ingeborg (1989): «Gesetzesbindung» der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen. En: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang, Reich und Justiz im »Dritten Reich«, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1989, p. 81-104.

MAYER, Hellmuth (1947): Das Analogieverbot im deutschen Strafrecht. En: SJZ 2 (1947), 12–19.

MEISTER, Hans-Georg (1949): Wandlungen und Entwicklungen des Strafrechts seit der Kapitulation, Bleckede an der Elbe: Meissner 1949.

MARXEN, Klaus (1975): Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, Berlín: Duncker & Humblot 1975.

MARXEN, Klaus (1983): Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus. En: Rottleuthner, Hubert, Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, (ARSP-Beiheft Nr. 18), Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1983, p. 55-64.

MARXEN, Klaus (1984): Zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im Nationalsozialismus. En: Reifner, Udo/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, Fráncfort del Meno/New York: Campus 1984, p. 77-85.

Marxen, Klaus (1990): Das Problem der Kontinuität in der neueren deutschen Strafrechtsgeschichte. En: KritV 73 (1990), 287-289.

Mercurio, Ezequiel (2013), El estado peligroso del delincuente: 90 años después. Psiquiatría y prognosis criminal en el ámbito de ejecución de la pena, enero 2013 <https://www.researchgate.net/publication/305850976>.

Mezger, Edmund (1949): Strafrecht. Ein Lehrbuch, Berlín: Duncker & Humblot 1949 (reimpresión 2014).

Mezger, Edmund (1950): Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlín: Duncker & Humblot 1950.

Muñoz Conde, Francisco (2003): Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo, Valencia: Tirant lo Blanch 2003.

Muñoz Conde, Francisco (2003): Comentario a "La Riforma Penale Nazionalsocialista", de Filippo Grispigni y Edmund Mezger, NDP 2003A, 303-315.

Muñoz-Conde, Francisco (2017): Prólogo. En: Zaffaroni, Eugenio Raúl, Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI, Buenos Aires: Hammurabi 2017, p. 15-23.

Murmann, Uwe (2005): Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Heidelberg: Springer 2005.

Müller, Claudius (1994): Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus, Tubinga: Mohr Siebeck 1994.

Müller, Ingo (1989): Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit der Justiz, Múnich: Droemer Knaur 1989.

Naucke, Wolfgang (1953): Naturrecht und Rechtspositvismus. En: Universität Göttingen. Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Festschrift für Hans Nidermayer zum 70. Geburtstag, Gotinga: Otto Schwartz 1953, p. 279-294.

Naucke, Wolfgang (1981): Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935. En: Institut für Zeitgeschichte, NS-Recht in historischer Perspektive, Berlin: de Gruyter 1981, p. 71-108.

Naucke, Wolfgang (2010): „Schulenstreit"? En: Herzog, Felix *et al.*, Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg: C.F. Müller 2010, p. 559-572.

Neumann, Franz (1984): Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, Fráncfort del Meno: Fischer 1984.

Nolte, Ernst (1963): Der Faschismus in seiner Epoche, Múnich: Piper 1963.

Oneca, José Antón (1970): La obra penalista de Jiménez de Asúa. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 23 (1970), 547-535.

Ott, Walter (2016): Die Vielfalt des Rechtspositivismus, Baden-Baden: Nomos 2016.

Paulson, Stanley (2002): Einleitung. En: Alexy, Robert *et al.*, Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden: Nomos 2002, p. 11-22.

Paulson, Stanley L., Die spätere Allgemeine Rechtslehre von Hermann Kantorowicz. En: *JZ* 2018, 1061–1068.

Pfordten, Dietmar von der (1996): Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus, (München Universitätsschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, Band 100) von Oliver Lepsius. En: ARSP 82 (1996), 591-593.

Pfordten, Dietmar von der (2004): Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stammler, Radbruch und Kaufmann. En: Shing-I-Liu, ed., Value, Pluralism, Tolerance and Law, Taipeh: Wu-Nan Book Comp 2004, p. 333-379.

Pfordten, Dietmar von der (2010): Gustav Radbruch – Über den Charakter und das Bewahrenswerte seiner Rechtsphilosophie. En: JZ 2010, 1021-1027.

Politoff, Sergio (1984): Adecuación social y terror en América Latina, el papel de la Justicia. En: Derecho Penal y Criminologia VII, Nr. 22 (1984), 71-81.

Politoff, Sergio (1989): Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho. En: NFP No. 45 (1989), 313-327.

Politoff, Sergio (2001): Derecho Penal. Tomo I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile 2001.

POLITOFF, Sergio (2004): Obediencia y delito en contextos cambiantes. En: Guzmán Dalbora, José Luis, El penalista liberal. Libro Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba (FS Rivacoba), Buenos Aires: Hammurabi 2004, p. 529-562.

POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, Cecilia (2004): Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile 2004.

PRIEMEL, Kim Christian (2016): The Betrayal, Oxford: OUP 2016,

RADBRUCH, Gustav (1946): Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. En: SJZ 1 (1946), 105-108.

REGGE, Jürgen and SCHUBERT, Werner (1989): Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts. Abt. II NS-Zeit (1933-1939) Strafgesetzbuch. Band 2 Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums. Teil 2: 1. Lesung: Allgemeiner Teil (Strafrahmen, Unternehmen einer Straftat), Besonderer Teil (Fortsetzung und Abschluss der Beratungen), Berlin: de Gruyter 1989.

ROBBERS, Gerhard (1990): Zur Verteidigung einer Wertorientierung in der Rechtsdogmatik. En: Dreier, Ralf, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, (ARSP-Beiheft 37), Stuttgart: Franz Steiner 1990, p. 162-172.

ROXIN, Claus (1963): Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193-207.

ROXIN, Claus (2006): Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Múnich: C.H. Beck 2006.

RÜCKERT, Joachim (1986): Das "gesunde Volksempfinden"–eine Erbschaft Savignys? En: *ZRG-GA* 103 (1986), 199–247 (reimpresión en Rückert, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 40–79).

RÜCKERT, Joachim (1995): Einführung. En: Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tubinga: Mohr Siebeck 1995, p 1–5.

RÜCKERT, Joachim (1995): Der Rechtsbegriff der deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des „Lebens" und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen, in Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, Tubinga: Mohr Siebeck 1995, p.177-240.

RÜCKERT, Joachim (2001): Strafrechtliche Zeitgeschichten – Vermutungen und Widerlegungen. En: *KritV* 94 (2001), 223-264 (reprinted in Rückert, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 163-208).

RÜCKERT, Joachim (2004): Die erste und die zweite Schuld. En: Hartmut Lehmann/Otto Gerhard Oexle, Nationalsozialismus in den Kulturwissenschaften. Band 1: Fächer-Milieus-Karrieren, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 2004, p 657–367.

RÜCKERT, Joachim (2011): Zwölf Jahre "Dienst am Recht?" En: Heiner Lück/Armin Holänd, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Nationalsozialismus, Halle-Wittenberg: Universitätsverlag Halle-Wittenberg 2011, p 111–137 (reimpresión en Rückert, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 335–360).

RÜCKERT, Joachim (2015): Unrecht durch Recht–zum Profil der Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. En: *JZ* 2015, 793–804 (reimpresión en Rückert, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 3–32).

RÜCKERT, Joachim (2018): Rezension Whitman (2017). En: ZRG-GA,135 (2018), 669-671.

RÜCKERT, Joachim (2018a): Die NS-Jurisprudenz und ihre methodischen Kontinuitäten. En: id, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 271–286.

RÜCKERT, Joachim (2018b): Nachwort. En: id, Unrecht durch Recht, Tubinga: Mohr Siebeck 2018, p 361–367.

RÜCKERT, Joachim (2019): Lernen aus der NS-Zeit? Perversion der Verwaltung und Verwaltung der Perversion. En: *ZDRW* 2019, 30–61.

RÜPING, Hinrich (1989): Zur Praxis der Strafjustiz im «Dritten Reich». En: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang, Reich und Justiz im »Dritten Reich«, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1989, p. 180-193.

RÜPING, Hinrich / JEROUSCHEK, Günter (2011), Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Múnich: C.H. Beck, 6ª ed. 2011.

RÜTHERS, Bernd (1968/2017): Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tubinga: Mohr Siebeck, 1968/8.ª ed. 2017.

RÜTHERS, Bernd (1989): Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, Múnich: C.H.Beck 1989.

RÜTHERS, Bernd (2017): »Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit«. En: JZ 2017, 457-460.

RÜTHERS, Bernd (2017): Deutsche Funktionseliten als Wende-Experten? Erinnerungskulturen im Wandel der Systeme und Ideologien 1933, 1945/49 und 1989. Constanza y Múnich: Univerlag Konstanz 2017.

RÜTHERS, Bernd / SCHMITT, Martin (1988): Die juristische Fachpresse nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten. En: JZ 1988, 369-377.

SAFFERLING, Christoph (2011): Bestimmt oder nicht bestimmt: Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken. En: NStZ 2011, 376-379.

SAFFERLING, Christoph (2017): Verfolgung der Täter durch Täter? Vom Versagen der Politik und der Justiz bei der Strafverfolgung von NS-Tätern im Nachkriegsdeutschland. En: Lüttig, Frank/ Lehmann, Jens, Die letzten NS-Verfahren, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 19-40.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1965): Die Jugendkriminalität in der industriellen Wohlstandsgesellschaft. En: MschrKrim 48 (1965), 53-67.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1974): Epílogo de 1974 [a „Problematik der teleologischen Begriffsbildung", ursprünglich *Schaffstein*, FS R. Schmidt (1936)]. En: Ellscheid, Günter/Hassemer, Winfried, eds., Interessenjurisprudenz, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1974, p. 417.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (2000): Robert von Hippel und Curt Bondy: Die beiden Persönlichkeiten, die vor anderen bestimmend für meinen strafrechtswissenschaftlichen Weg wurden. En: RJ 19 (2000), 647-654.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (2005): Erinnerungen an Georg Dahm. En: JJZG 7 (2005), 173-202.

SCHMIDT, Eberhard (1947): Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 1947.

SCHMIDT, Eberhard (1947a): Unabhängigkeit der Rechtspflege. En: Zentral-Justizamt für die Britische Zone, Reden und Vorträge der Tagung deutscher Juristen in Bad Godesberg, Hamburgo 1947, p 223–251.

SCHMIDT, Eberhard (1951): Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2.ª. ed., Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 1951.

SCHMIDT, Eberhard (1965): Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht 1965 (2.ª reimpresión, inmodificada, 1995).

SCHMITT, Carl (1967): Die Tyrannei der Werte. En: Forsthoff, Ernst *et al.*, Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, Stuttgart: Kohlhammer 1967, p. 37-62.

SCHREIBER, Hans-Ludwig (1989): Die Strafgesetzgebung im «Dritten Reich». En: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang, Reich und Justiz im »Dritten Reich«, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1989, p. 151-179.

SCHUMANN, Eva (2006): Dignitas – Voluntas – Vita. Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht, Gotinga: Universitätsverlag Göttingen 2006.

SCHUMANN, Eva (2008): Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955. En: Schumann, Eva, Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit, Gotinga: Universitätsverlag Göttingen 2008, p. 65-121.

SCHUMANN, Eva (2013): Fortwirken von NS-Juristen in der Bundesrepublik. En: BMJ (ed.), Die Rosenburg. 2. Symposium. Die Verantwortung von Juristen im Aufarbeitungsprozess, Berlín 2013, p. 70-123.

SCHUMANN, Eva (2017): Die DVJJ und die NS-Zeit. En: ZJJ 28 (2017), 313-313.

SCHUMANN, Eva (2017): Der Ausschuss für Jugendrecht der Akademie für deutsches Recht 1934-1941, in Schumann, Eva/Wapler,

Friederike, Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Gotinga: Universitätsverlag Göttingen 2017, p. 73-138.

Schumann, Eva/Wapler, Friederike (2017): Erziehen und Strafen, Bessern und Bewahren, Gotinga: Universitätsverlag Göttingen 2017.

Schünemann, Bernd (1984): Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. En: Schünemann, Bernd, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlín: De Gruyter 1984, p. 1-68.

Sontheimer, K. (1962): Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, Múnich: Dtv. 1962.

Spendel, Günter (1994): Nachruf: Zum Tod von Erich Schwinge. En: JZ 1994, 720.

Starck, Christian (1990): Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts. En: Dreier, Ralf, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, (ARSP-Beiheft 37), Stuttgart: Franz Steiner 1990, p. 47-74.

Stefanopolou, Georgia (2010), Friedrich Schaffstein und die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung. En: JoJZG 2010, 111-118.

Sticht, Oliver (2000): Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977), Paderborn: Ferdinand Schôningh 2000.

Stolleis, Michael (2016): Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 2016.

Stratenwerth, Günter *et al.* (1974): Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín: De Gruyter 1974.

Stuckenberg, Carl-Friedrich (2019): Neukantianismus. En: Kindhäuser, Urs/Kreß, Claus/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich, Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Tubinga: Mohr Siebeck 2019, p. 125–154.

Sousa Mendes, Paulo de (2007): O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena, Coimbra: Coimbra Editora 2007.

Sousa Mendes, Paulo de (2013): Lições de Direito Processual Penal. Lissabon: Almedina 2013

Sousa Mendes, Paulo de (2018): O ensino de Cavaleiro de Ferreira. En: Sousa Mendes, Paulo de, Novos Elementos de Estudo de Direito Processual Penal, Lissabon: AAFDL 2018, p. 21-29.

Telp, Jan (1992): Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, Fráncfort del Meno: Peter Lang 1992.

Thulfaut, Gerit (2000) Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962): eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung, Baden-Baden: Nomos 2000.

Velásquez, Fernando (2005): Hans Welzel: Una aproximación a su vida y a su obra. En: Moreno, Hernández et al., Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal, Mexico D.F.: CEPOLCRIM 2005, p. 69-92.

Velásquez, Fernando (2009): Derecho Penal: Parte General, Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales 2009.

Vives Antón, Tomás p. (2011): Fundamentos del Sistema Penal, Valencia: Tirant lo Blanch 2011.

Vives Antón, Tomás p. (2018): Prólogo, en: Llobet (2018), p. 13-18.

Vogel, Joachim (2004): Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag 2004.

Vormbaum, Moritz (2019): Eberhard, Schmidt: Strafrecht im Rechtsstaat und im Führerstaat. En: Jeßberger, Florian/Kotzur, Markus/Repgen, Tilman, Festschrift 100 Jahre Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, Tubinga: Mohr Siebeck 2019, p. 399-413.

Vormbaum, Thomas (1995): Rezension „Godau-Schüttke, Ich habe nur dem Recht gedient. Die »Renazifizierung« der Schleswig-Holsteinischen Justiz nach 1945, Baden-Baden 1993. En: GA 1995, 146-148.

Vormbaum, Thomas (2010): Eduard Kohlrausch (1874-1948). Opportunismus oder Kontinuität? En: Grundmann, Stefan *et al.*, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlín: De Gruyter 2010, p. 523-544.

Vormbaum, Thomas (2011): Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, Münster: LIT 2011.

Vormbaum, Thomas (2015): Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlín/Heidelberg 3.ª ed. 2015.

Waibel, Dieter (1996): Von der wohlwollen Despotie zur Herrschaft des Rechts. Entwicklungsstufen der amerikanischen Besatzung Deutschlands 1944–1949, Tubinga: Mohr Siebeck 1996.

Wapler, Friederike (2008): Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantianismus, Baden-Baden: Nomos, 2008

Walther, Manfred (1989): Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? En: Dreier, Ralf/Sellert,Wolfgang, Reich und Justiz im »Dritten Reich«, Fráncfort del Meno: Suhrkamp 1989, p. 323-354.

Weil, Heinz (1986): Am Rande des Strudels. Erinnerungen 1913-1983, Stuttgart 1986.

Werle, Gerhard (1989): Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlín: De Gruyter 1989.

Welzel, Hans (1947): Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, Berlín: De Gruyter 1947.

Welzel, Hans (1948): Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns. En: SJZ 3 (1948), 368-372.

Welzel, Hans (1949): Anmerkung zu einer Entscheidung des OGH vom 5.3.1949. En: MDR 3 (1949), 373-376.

Welzel, Hans (1949): Vom irrenden Gewissen: eine rechtsphilosophische Studie, Tubinga: J.C.B. Mohr 1949.

Welzel, Hans (1953): Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Gotinga: Otto Schwartz 1953, p. 279 [también impreso en Maihofer, Werner, Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Bad Homburg 1962, p. 322 ss.].

Welzel, Hans (1961): Das neue Bild des Strafrechtssystems – eine Einführung in die finale Handlungslehre, Gotinga: Otto Schwartz 1961.

Welzel, Hans (1962), Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Gotinga: Kloof Booksellers & Scientia Verlag 1962.

Welzel, Hans (1969): Gedanken zur „Willensfreiheit". En: Bockelmann, Paul *et al.*, Festschrift Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Fráncfort del Meno: Klostermann 1969, p. 91-102.

Wetzell, Richard F. (2000): Inventing the criminal. A history of German criminology 1850-1945, Chapel Hill and London: University of North Carolina UP 2000.

Whitman, James Q (2017): Hitler's American Model: the United States and the Making of Nazi Race Law, Princeton: University Press 2017 (en alemán: Hitlers amerikanisches Vorbild, 2018).

Wiegand, Marc Andre (2014): Unrichtiges Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

Wolf, Erik (2009): Carta a Karl Barth del 15/10/1945 y 11/11/1968. Publicada por Hollerbach, Alexander. En: Heidegger-Jahrbuch 4 (2009), 284-347.

Wolf, Gerhard (1996): Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken? En: JuS 1996, 189-195.

Wolters, Gereon (2001): Das Unternehmensdelikt, Baden-Baden: Nomos 2001.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Hrsg. (2009a): Filippo Grispigni / Edmund Mezger, La reforma penal nacional-socialista, Buenos Aires, 2009: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Hrsg. (2009b): Karl Binding / Alfred Hoch, La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, Buenos Aires: Ediar, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Hrsg. (2011): Georg Dahm / Friedrich Schaffstein, Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?, Buenos Aires: Ediar, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, ed. (2016): Willem Pompe / Anton, Peters, La Escuela Penal de Utrecht, Buenos Aires: Ediar, 2016.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, ed. (2017): Roland Freisler, Derecho penal de voluntad, Buenos Aires: Ediar, 2017.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009a): Introducción. En: Zaffaroni, (2009a), p. 9-26.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009b): Introducción. En; Zaffaroni, (2009b), p. 7-46.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011): Estudio preliminar. En: Gómez, Eusebio, La mala vida en Buenos Aires, Buenos Aires: Biblioteca Nacional 2011, p. 9-28.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011): Prólogo. En: Zaffaroni, ed. (2011), p. 7-54.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017): Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI, Buenos Aires: Hammurabi 2017.

Ziemann, Sascha (2009): Neukantianisches Strafrechtsdenken, Baden-Baden: Nomos 2009.

Zimmer, Erhard (1990): Reichsgericht. En: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann, HRG IV, Berlín: Erich Schmidt Verlag 1990, 576–580.

Zippelius Reinhold (2012): Juristische Methodenlehre, Múnich: C.H. Beck 2012.

Índice de personas (seleccionado)*

Barth, Karl, 216
Binder, Paul, 145, 146
Binding, Karl, 33, 99, 100, 101, 106

Dahm, Georg, 25, 35, 69, 139, 156, 161, 162, 163, 167, 171, 172, 174, 177, 178, 179, 192, 193, 196

Fichte, Johann Gottlieb, 133
Forsthoff, Ernst, 75, 106, 148
Frank, Hans, 77
Freisler, Roland, 51, 52, 54, 72, 77, 79, 80, 82, 91, 93, 94, 113,

Goldschmidt, James, 110
Grispigni, Filippo, 114
Grünhut, Max, 110, 136, 138
Gürtner, Franz, 78, 90

Hartmann, Nicolai, 143
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 133, 215, 216, 228,
Henkel, Heinrich, 90
Honig, Richard, 78,138
Huber, Ernst Rudolf, 75,

Kaufmann, Erich, 145,146
Kelsen, Hans, 131, 151
Küchenhoff, Günter

Larenz, Karl, 65, 67, 82, 90
Lask, Emil, 131, 139

---

* Los números se refieren a las páginas correspondientes, lo que incluye las notas al pie.

Mezger, Edmund, 86, 87, 88, 111, 113, 114, 115, 131, 132

Natorp, Cohen, 131

Nicolai, Helmut, 56

Nider, Johannes, 66, 238

Radbruch, Gustav, 29, 110, 131, 134, 139, 140, 141, 142, 146, 149, 151, 199, 218

Rickert, Heinrich, 131, 133, 140, 141

Sauer, Wilhelm, 116

Schaffstein, Friedrich, 36, 87, 89, 161, 172, 174, 175, 176, 178, 183, 184, 188, 195, 197, 198, 200, 214

Scheler, Max, 143

Schmitt, Carl, 75, 76, 88, 137, 148, 175, 182, 188

Schwinge, Erich, 35, 116, 117, 125, 127, 131, 132, 136, 137, 138, 142, 143, 145, 175, 185, 214

Siegert, Karl, 77, 82, 91

Spencer, Herbert, 50

Stammler, Rudolf, 131, 138, 141

Von Hippel, Robert, 159, 160

Welzel, Hans, 38, 87, 222, 223, 224, 225, 228, 229, 232, 234, 235, 236, 237, 238

Windelband, Wilhelm, 131, 132

Wolf, Erik, 58, 87, 139, 196, 203, 205, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 218

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 25, 26, 47, 49, 50, 64, 65, 66, 75, 77, 99, 100 109, 110, 111, 116, 128, 129, 131, 136, 137, 138, 139, 145, 155, 161, 203, 210, 214, 216, 219, 220, 221, 223, 224, 235, 237, 238, 239, 240

Zimmerl, Leopold, 35, 116, 127, 131, 136, 172, 185, 214

Índice temático*

Accesoriedad, 96

actio libera in causa, 113

administración desleal, 183

ánimo, 184, 186, 187, 188, 192, 193, 196, 197, 198, 199, 212, 213, 214, 215, 216, 239

anti-individualismo/-individualista, 105, 107

antijuridicidad (material), 87, 116, 186, 187, 191

liberal(ismo), 33, 40, 56, 63, 78, 85, 99, 105, 106, 107, 118, 142, 144, 150, 162, 163, 170, 174, 183, 185, 206, 226

antisemitismo, 75

autor, 27, 35, 44, 81, 90, 94, 96, 101, 104, 106, 113, 114, 115, 129, 131, 139, 148, 151, 182, 183, 192, 194, 196, 198, 199, 203, 212, 213, 214, 215, 216, 220 221, 236, 238

- concepto (extensivo), 96
- teoría normativa, 205, 212
- figuras, 35, 94, 104, 192, 194, 196, 198

autoría, 96, 193, 215

Beling (concepto de tipo), 124

bien jurídico, 137, 178, 185, 186,197

- teoría del, 170

Bonn, República, 44, 153

ceguera de derecho, 114

criminología biologicista, 109

Castigo, 81, 151, 196, 197

causalismo, 223, 237

ceguera de derecho, 114

comunicativo (silencio), 42

comunidad de sangre, 54, 124

---

* Los números se refieren a las páginas correspondientes, lo que incluye las notas al pie.

comunidad del pueblo, 47, 49, 50, 51, 54, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 77, 82, 91, 92, 197, 119, 113, 114, 127, 178, 180, 182, 184, 187, 188, 189, 212, 213, 214, 238, 239
concepto de culpabilidad, 113, 202
- normativo, 201
concepto de valor, 134
continuidad (tesis), 17, 28, 44, 99, 184
culpabilidad, 94, 96, 113, 115, 186, 199, 200, 201
- por la conducción de la vida, 114
cultural (filosofía), 135

Deber, 82, 134, 144, 155, 178, 181-188, 195, 196, 198, 199, 201
- familiar, 183
- infracción/lesión (teoría), 156, 178 ss., 186, 187, 195, 196, 198
- matrimonial, 183
- oficial, 212, 223
delincuentes habituales (ley), 104, 213
delitos, 95, 113
- contra el Estado, 102, 165 (ver también "traición")
Derecho penal, 25, 27, 28, 29, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 44, 45, 47, 54, 57, 77, 78, 80, 81, 82, 86, 87, 88, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 95, 97, 99, 100, 104, 106, 109, 111, 113, 128, 131, 143, 147, 153, 155, 161, 163, 172, 173, 175, 178, 182, 184, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 197,198
- de acto, 94, 113, 182
- de ánimo, 184, 187, 196, 199, 213
- de la voluntad, 31, 38, 40, 41, 90 ss., 104, 105, 187 s., 192, 194, 195, 197, 198, 200, 213, 216
- de violación de deberes (ver deber - infracción)
- del enemigo, 211, 212, 240
- autoritario, 40, 201, 209, 240
- autoritario-social, 203, 207, 209
- liberal, 99, 161, 202, 221
derechos, 66, 68, 148, 151, 153, 209
- teoría de la violación de, 185 s.
directiva secreta de Hitler del 1/9/1939, 232
disputa de escuelas, 35, 99 ss.
división/separación de poderes, 165, 169, 170, 176

Elementos del tipo
- negativos, 200
error (de derecho, de hecho, de prohibición), 115, 213, 232, 233
Estado de derecho, 44, 75, 76, 89, 100, 128, 147, 209, 221
eticización del derecho penal, 109, 173
Estado (total), 87, 88, 106, 211, 213
Estados Unidos, 48, 49, 50
Europa, 48
eutanasia, 102, 232, 233
evolutivo (racismo), 50, 51, 239

Facismo italiano, 65, 167
Federación de docentes nacionalsocialistas, 156, 228
fin(es) de la pena, 90 s., 100, 104, 161, 168, 211
finalismo, teoría de la acción final, 38, 223, 224, 236, 237.
formalismo, 144, 175
Führer, 38, 50, 68, 69, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 86, 89, 101, 110,127,149,171,172,173,174, 175, 176, 177, 181, 214, 239
- principio del, 38, 76, 77, 78, 101, 127, 173, 175
- Estado del, 38, 75, 77, 171, 173
- Voluntad del, 77, 81, 89, 110, 127, 175, 176, 214

General (prevención), 91, 168
genocidio, 47, 50, 221

Hombre de paja, 150
honor, 56, 82, 85, 181, 182, 183
- pena (infamante), 91, 178, 182, 213
- pérdida del, 183
humana/humanos, 148, 149, 151, 153, 189, 194, 220
- dignidad, 148, 153, 237
- derechos, 146, 149, 151, 153

Igualdad (material), 148
ilícito, 78, 79, 88, 110, 115, 155, 176, 190, 196, 198, 199, 200, 203, 216, 228
indefensión, 149, 151
individualismo, 67, 107, 152, 202

– ético-subjetivo, 67
institucionalización (del Estado nacionalsocialista), 64
integración, 43, 91
interpretación (del derecho, teleológica), 70, 71, 76, 81, 89, 117, 122, 123, 125, 127, 138, 167, 175, 188, 196, 208
intuición de las esencias, 86, 126, 176, 192, 194, 199

Jueces, 68, 70, 71, 78, 128, 149, 177, 178
justicia, 70, 78, 81, 87, 88, 90, 140, 148, 151, 203, 221, 240

Kiel (Escuela de), 71, 116, 117, 125, 128, 137, 155, 161, 174, 185, 203, 216, 220, 221, 223, 237, 239

Lealtad, 63, 82, 85, 181, 182, 183, 184, 196
legalidad (principio de), 87, 127

Marburgo, 35, 104, 116, 117, 130, 138, 155, 186, 214
– Escuela, 138, 155
– Programa, 104
metodológico (dualismo), 134, 137, 141, 142, 173, 222
modelo norteamericano (racista), 48, 49, 51

Nacionalsocialismo, 33, 48, 49, 50, 65, 66, 76, 87, 92, 105, 106, 107, 117, 125, 131, 137, 139, 140, 141, 142, 144, 146, 149, 155, 161,, 174, 176, 177, 178, 186, 188, 196, 209, 215, 216, 217, 220, 224, 225, 228, 239
– concepto de derecho, 173, 188
– movimiento; NSDAP, 56, 106, 129, 137, 163, 173, 217
natural (derecho), 67, 89, 149, 150, 151, 218
neo-hegelianismo, 133
neokantianismo, 86, 109, 110, 117, 126, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 139, 140, 141, 143, 145, 146, 155, 220, 221, 222
NSDAP, 56
nueva derecha, 43, 75
nulla poena sine lege, 75
nullum crimen sine poena, 75, 88, 175

Oficial (deber), 212, 223

omisión, 181, 198

Parásitos, 69, 104, 105, 201, 211
participación (en la comisión del delito), 41, 67, 95, 96, 193
peligrosidad (derecho penal de, teoría de), 32, 80, 94, 109, 115
pelotón de asalto (facultad), 156
personalidad, 113, 117, 178, 194, 196, 209, 212
positivismo/positivista, 54, 85, 89, 90, 106, 109, 136, 142, 149, 150
– jurídico, 150
– teoría, 109
prevención, 91, 100
– general negativa, 91
– especial, 91
prohibición de analogía, 80, 81, 87, 88, 231
protección, 54, 56, 61, 91, 104, 113, 115, 127, 211, 212, 213

Racial (honor), 56
radicalización (tesis), 17, 28, 106
retribución, 91, 100
romantización (del derecho), 50

Sano sentir de pueblo, 62, 69, 79, 86, 114, 116, 128, 198
sentimiento ético-social, 124
separación (idea), 173, 188
sistema(s) (teoría de los), 66
sociedad, 43, 51, 66, 111, 239
social, 29, 35, 48, 50, 99
– darwinismo, 50 s., 58, 102
– teoría de la adecuación, 192
sociedad de hormigas / hormiguero, 66, 238
sustantivo (material), 78
– concepto de ilícito, 78, 88, 124, 176, 190, 196, 198, 208, 216, 224 s., 228

Tabula rasa, 43
teleológica (conceptualización), 117, 136, 137, 138, 186
tentativa, 95, 199
teoría del delito, 95, 155, 199, 235

– finalista, 38, 87, 222, 225
– neoclásica, 35, 109
teoría del dolo, 115
teoría de los dos mundos, 38
totalidad de la comunidad jurídica, 86, 87
traición, 78, 176, 181, 182
transpersonalismo (Radbruch), 140

Unitario, 96, 155, 199, 214, 224

Valores (filosofía valorativa), 135, 139 s., 143 s.
valorativo (valores), 115, 134, 140, 142, 145, 146, 152
– pluralismo, 140
– relativismo, 134, 140,142