

Recensión a Eugenio Raúl ZAFFARONI: *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Prólogo de Francisco MUÑOZ CONDE, Ediar, Buenos Aires, 2017, 328 págs.

POR JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

La clave del valor intrínseco de esta monografía del autor, quien permanece muy activo en la creación intelectual con el altísimo nivel a que nos tiene acostumbrados, no obstante haberse jubilado de la Universidad y del Poder judicial argentinos, yace en lo que él mismo adelanta en la introducción y vuelve a registrar al final, en la recapitulación de sus ideas. Es que esta obra nos devuelve la importancia de su historia para la auténtica comprensión del Derecho penal en el presente.

Como recuerda ZAFFARONI, tanto las fuentes legales como el saber penalista tienen una historia. De esto eran bien conscientes nuestros mayores, que solían anteponer a las teorías de delito y pena una Introducción compuesta en diversas proporciones de Filosofía jurídica e Historia del Derecho, normalmente más extensa en los temas y problemas atinentes a esta última. Por lo contrario, en las exposiciones de conjunto hoy en uso la Introducción al Derecho penal ha quedado reducida hasta una mínima expresión filosófica, que en el mejor de los casos consiste en exposiciones mejor o peor logradas sobre el fin de la pena y la enunciación de unos principios penales cuya naturaleza todavía permanece incógnita. Además, de ellas ha desaparecido el pasado de esta disciplina, reserva hecha de unos escuetos resúmenes del Derecho penal a partir de la reforma del Iluminismo. Semejante tendencia, que condena a los jóvenes juristas a ignorar el pasado, con el consiguiente riesgo de repetir sus horrores y extravíos —en circunstancias que «en toda la historia de la humanidad no hay un capítulo más instructivo para el corazón y la mente que los anales de sus errores», como escribió Friedrich SCHILLER al iniciar su narración *El delincuente por honor perdido*—, esta tendencia, decíamos, no se revierte convirtiendo a la Historia del Derecho penal en una especialidad separada de la Dogmática, del mismo modo que tampoco redimimos la superlativa

importancia de la Filosofía jurídico-penal desligándola del tratamiento científico de los problemas punitivos. Tanto la filosofía como la historia jurídicas son capitales para conocer las múltiples conexiones culturales de disposiciones, ordenamientos y teorías penales, comprender su significado axiológico y orientación política y, en fin, aplicar conscientemente el Derecho en vigor.

El dominio del Derecho vigente tampoco puede contentarse con la consulta de las solas fuentes legales de antaño. Tal limitación nos haría creer, por ejemplo, que la Recepción del Derecho romano en Alemania empezó y terminó en 1532, con la Constitución Criminal Carolina, soslayando que este largo proceso, iniciado jurisprudencialmente en el siglo XIV, continuó por obra de la doctrina a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII, esos hombres a cuyo trabajo debe el país las bases de la configuración actual, entre otros, de los delitos de robo (de matriz romana), apropiación indebida (configurada especialmente por los prácticos tudescos) y asesinato (de origen romano-italiano). Tanto menos puede el penalista de hoy darse por satisfecho con poseer nociones de los principales cuerpos legales en la época contemporánea, la que comenzó con la Revolución francesa y prosigue todavía, con avances importantes y espantables retrocesos, para quienes no nos tragamos el espejismo de que vivimos en la postmodernidad. La historia del Derecho contemporáneo, para bien o para mal, es parte del Derecho de estos días.

El libro de ZAFFARONI se ocupa de las condiciones en que se gestó y desarrolló la doctrina penal del nacionalsocialismo, no tanto por el interés local de este negro episodio de la historia contemporánea, a propósito del cual los mismos juristas alemanes vienen realizando hace algunos lustros investigaciones esclarecedoras como contribución al proceso, aún no concluido, de la superación de su propio pasado. ZAFFARONI vive en Iberoamérica, piensa como iberoamericano, escribe como tal y, en consecuencia, está persuadido de que a los penalistas del continente no pueden sernos ajenos en su urgencia los graves problemas de toda índole con que nos desafían las peculiares circunstancias de nuestro entorno. Pues bien, considerando la influencia que ha ejercido entre nosotros la ciencia penal alemana, este libro, al igual que otros y diversos artículos publicados por el autor en los últimos años, busca precaver al criminalista hispanohablante de que toda elaboración jurídico-penal responde a un determinado contexto social y político, el que no podemos desoír so pretexto de que esta ciencia poseería un valor metodológico independiente de las consideraciones históricas, condiciones económicas, estructuras sociales, relaciones de poder y, no en último lugar, las formas reales de aparición del delito en cada comunidad. La asepsia científica en las cuestiones penales tiene un solo desenlace interno, el conceptualismo, que se corresponde ideológicamente con el romanticismo y, en lo político, deja al jurista a merced de invenciones políticas de la realidad, como la vieja comunidad del pueblo de los nazis o, en nuestro tiempo, la ideología de la seguridad global.

Hay, por cierto, una razón adicional detrás de la preocupación de colegas de muchos países por recrear lo que en su tiempo se llamó la «perversión» del ordenamiento jurídico por gracia del innoble hato de malhechores que sostenían el águila nazi. Si se mira bien, en los juristas que adhirieron al nacionalsocialismo nada hay de novedoso ni digno de consideración científica. Lo que mueve hoy a estudiarlos son motivos de asombro por cómo hombres de Derecho, algunos de ellos intelectuales de envergadura —como los verdaderos protagonistas del presente libro, Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, y su mentor político, Carl Schmitt—, fueron capaces de utilizar o deformar las categorías dogmáticas para conferir orden y concierto a la aplicación de disposiciones inhumanas. Aquí yace una parte de la explicación del interés historiográfico, que esta etapa sea un motivo de vergüenza y abominación para el estamento de los juristas. En parecidos términos se pronuncia ZAFFARONI, a juicio del cual lo realmente inédito en el nazismo fue que sus penalistas, dentro de un marco ideológico demencial y un marco institucional formado por leyes decididamente malvadas, «hayan empleado la dogmática jurídico-penal para legitimar y racionalizar su interpretación en miras a su aplicación jurisprudencial». En todo caso, esta imagen no es insólita en la historia. Por algo los juristas fuimos antaño calificados de malos cristianos, y por eso también cada revolución fue precedida o acompañada por el reclamo popular de suspendernos un poquito o para siempre... en la horca.

ZAFFARONI estima, con razón, que la doctrina penal nazi no surgió de la nada, como si hubiese sido una suerte de accidente o capítulo impensado en la trayectoria cultural alemana y europea en general. Desde una perspectiva semejante a la de nuestro autor, Karl JASPERS advertía a sus compatriotas, en los años de los juicios de Núremberg, que resistieran a la tentación de la aclamada «culpa colectiva», una construcción ideológica apropiada para neutralizar en la conciencia de los individuos su personal responsabilidad moral en los hechos del nazismo. El libro que presentamos contiene una reconstrucción completísima de la doctrina penal alemana de los años treinta y cuarenta del siglo xx, pero la hace preceder por un minucioso análisis de los elementos autoritarios, racistas y voluntaristas que estaban presentes en la cultura germana desde la *Belle époque* y se acentuaron durante la República de Weimar. Tales relaciones brindan a la obra un valor que sobrepasa los moldes histórico-dogmáticos y se adentra lejos en la antropología cultural.

Estos condicionamientos, la madriguera en que se incubaría el huevo de la serpiente, recorren las páginas del capítulo dedicado al racismo jurídico nazi, con sus bases en el romanticismo decimonono, la exacerbación de las tendencias antisemitas y el invento de la comunidad popular, que antecedieron en cinco décadas al invierno boreal de 1933. El marco político-institucional, explicado en el capítulo tercero, pertenece ya a la década totalitaria. ZAFFARONI, que cuidó poco tiempo atrás la versión castellana de un trabajo realmente esclarecedor de Dahm acerca

de la diferencia entre fascismo y nazismo en las cuestiones penales, nos presenta la singularidad del Derecho público a cuyo amparo operó la reforma penal nacionalsocialista, al interior de una concepción política que considera al Estado como un medio puesto al servicio de la comunidad popular, mejor dicho, del conductor del partido único. Impresiona aquí la ímproba tarea del constitucionalismo autoritario de entonces —Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff, Carl Schmitt, entre los más exacerbados antidemocráticos—, que se empeñó en manipular la Constitución republicana hasta destruirla merced al valor normativo que tendrían los golpes de mano. De esta suerte, cuando se llegó al Estado total, estaban dadas todas las condiciones para preparar el programa nazi en el Derecho penal, cuyos ejes serían la eliminación de los individuos extraños a la comunidad jurídica del pueblo, el completo sometimiento de los jueces a la voluntad popular encarnada en el gobernante —abyección a que los viejos magistrados se entregaron sin remilgos, porque de mucho antes la casta judicial venía saboteando las reformas de la República de Weimar, incluso la propia Constitución republicana—, la confusión de Derecho y moral —esto es, la conformación del primero según la inmoralidad de los vencedores— y el empleo de penas, medidas de seguridad y proceso como medios de profilaxis política, difamación social e higiene racista.

Algunos de estos elementos habían sido preparados impremeditadamente por lo mejor de la dogmática del período anterior a la primera conflagración mundial: la pena finalista de Franz von Liszt, una pena que no era tal, sino un medio de combate contra sujetos rotulados de peligrosos, y el autoritarismo ingénito a la concepción de Karl BINDING sobre los deberes de obediencia de los justiciables para con el titular del *ius puniendi*. A estos antecedentes se sumaría la modalidad liberal que conoció el neokantismo penalista, la única que conocimos en Hispanoamérica por las traducciones de los años cuarenta y cincuenta. ZAFFARONI atribuye en este volumen, como en otros trabajos de su pluma, una importancia sobresaliente a la separación metódica de los planos del ser y del deber ser, porque a su juicio habría posibilitado colmar el Derecho penal con cualesquiera contenidos de valor, incluidos los supuestos valores de la raza superior. Así, uno de los contrincantes de la guerra dogmática librada en Alemania entre 1933 y 1945, que fue una disputa entre penalistas nazis, serían neokantianos decididos a no abandonar sus categorías de delito y pena, sólo que adaptadas a las condiciones de los nuevos amos del poder, como las teorías de la culpabilidad por la conducción de la vida y la ceguera al Derecho, de Edmund Mezger, o la defensa del concepto de bien jurídico por Leopold Zimmerl. Con todo, este fue apenas un segmento del neoclasicismo en lo penal. Ocurre que el otro neokantismo, que nunca abjuró de la realidad empírica en las construcciones dogmáticas y supo siempre distinguir la realidad referida a valores, de los valores puros, había muerto, fue separado de las cátedras universitarias o marchó al exilio externo o interno, pero vive todavía en el recuerdo y la influencia postrema del pensamiento penal de Gustav

Radbruch, Max Ernst Mayer, Max Grünhut, Alexander Graf zu Dohna y Hellmuth von Weber.

La auténtica doctrina penal nazi es la elaborada por los juristas de la Escuela de Kiel, a que ZAFFARONI destina el extenso capítulo sexto. Allí reconstruye pedazo por pedazo la reorganización de la Universidad de esa ciudad báltica ordenada por el régimen, la que consistió en expulsar a todos los profesores no adictos o ingratos y colocar en las plazas vacantes a jóvenes habilitados que renovarían las aulas según la ideología nacionalsocialista. Entre ellos estaban Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, el primero formado por nadie menos que Gustav Radbruch y el segundo educado por Robert von Hippel. Recibieron el amor por la historia del Derecho penal, en la que los discípulos harán contribuciones sobresalientes, además de una óptima preparación dogmática, pero no las orientaciones políticas de los maestros, dos demócratas situados en los polos del Estado de Derecho, socialista el primero y liberal nacionalista el segundo. Pese a no poderse ni por asomo hablar de un discipulado, ZAFFARONI demuestra que la doctrina penal nazi tampoco representó una solución de continuidad en el pensamiento jurídico alemán moderno ni nació de un *humus* personal inadecuado. Basándose en sus propias confesiones, releva que los dos jóvenes aspirantes a catedráticos eran reaccionarios hasta la médula. Es más, ni siquiera renegaron de sus antiguas convicciones tras la caída del régimen que los catapultó universitariamente, reserva hecha de algunas palabras de conveniencia pronunciadas en cierta ocasión por Schaffstein en su ancianidad, que suenan antes a lágrimas de cocodrilo que a un reconocimiento sincero de los errores y horrores propios.

Afiliados al partido, comisionados en algunas reformas penales que llevaban el sello de la cruz gamada, cómodamente sentados en cátedras de grandes juristas defenestrados por su ascendencia judía, Dahm y Schaffstein desenvolverán las consecuencias de la idea central de sus disquisiciones, el delito como violación de un deber, «tesis que aparece mencionada casi obsesivamente en casi todos los trabajos de estos autores». Va de suyo que no se trata de la violación de un deber al modo en que lo entendieron algunos juristas de la Escuela clásica, de un deber para con la sociedad y los individuos por cuya preservación vela la justicia humana con el objeto de conservar a la sociedad en cuanto condición básica para el ejercicio de los derechos de libertad del individuo. Los deberes que entran en liza aquí no consideran al individuo como tal, que sólo existe como partícipe fiel de la comunidad del pueblo, sino otros de lealtad hacia el pueblo y sus líderes, por cuyo motivo el delito es siempre un acto de traición, como en los viejos delitos *de maiestatis*. De esta idea general, asociada a los tipos normativos de autor de otro jurista nazi, Erik Wolf, surgirán la demolición del principio de ofensividad, el desleimiento de la distinción de tipo y antijuridicidad, empresa en que sobresalió Dahm aprovechando algunos vericuetos imperfectos de la teoría neokantiana, y la fagocitosis de la antijuridicidad en la culpabili-

dad, tarea a que se aplicó especialmente Schaffstein y que culmina en la implosión de la culpabilidad, de la culpabilidad normativa, reemplazada por los tipos normativos de autor.

El segmento conclusivo del libro —quedó dicho al principio de estas notas— redondea la advertencia inaugural de lo nefasto que puede resultar el desconocimiento de la historia del Derecho punitivo. No sólo quedan vestigios del totalitarismo nazi en la legislación alemana, sino que de un tiempo a esta parte proliferan por doquier en las reformas penales y procesal-penales de la «posmodernidad», siquiera se nos presenten como novedades requeridas en la lucha contra los crímenes internacionales, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes, la trata y tráfico de personas, la pornografía con menores de edad, la corrupción y otros delitos del cada vez más ingente sílabo de la seguridad global. A nuestro autor preocupan principalmente la racionalizaciones antihumanas de estas prácticas, la añagaza en que caemos los juristas cuando, por ejemplo, aceptamos la invitación política de justificar, exculpar o declarar impune por motivos político-criminales al policía que atormenta a un sospechoso so capa de salvar vidas. A las tristes realidades inhumanas que persisten en la época contemporánea, de toda índole y envergadura, comenzando por la muerte por hambre, se vienen a sumar Derechos penales inhumanos, sea por sus normas, sea por la teoría construida desaprensivamente sobre tamañas normas. Convenimos con el autor en que no puede haber una ciencia penal válida para cualquier sistema político, democrático o autocrático, liberal o despótico, igualitario o del privilegio. Al Derecho penal de tendencia inhumana, lo que significa contrario al Derecho internacional de los derechos humanos, conviene un saber penal asimismo deshumanizado, como lo fue el del nazismo.

El libro es producto de una investigación realizada directamente sobre fuentes que el investigador consultó durante largas jornadas de silencioso trabajo en Fráncfort y Friburgo de Brisgovia. La vetustez y, a menudo, el horror de la bibliografía profusamente citada en sus páginas, quedan en parte templados por el espíritu juvenil del autor, capaz de enfrascarse a estas alturas de su prolongada vida profesional en una investigación de profundidad propia de edades mozas, y por la fluidez de su estilo literario, que mantiene atento al lector y sabe grabar en su mente los pensamientos centrales mediante escogidas metáforas, expresiones de asombro, asociaciones de ideas y oportunas ironías con que pone en su lugar la sangrienta hipocresía de sus interlocutores.