

Doctrina



Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo*

Andreas Hoyer

Universidad Christian-Albrechts, Kiel, Alemania

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

RESUMEN: El siguiente trabajo no se limita a informar sobre el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista de los años 1933-1945 en Alemania, sino que pretende, además, mostrar que muchas de las concepciones desarrolladas entonces marcaron el Derecho Penal de posguerra hasta el presente. Esto vale tanto para la sustitución de los bienes jurídicos individuales por colectivos como para el complemento del dogma del bien jurídico mediante la idea de infracción de deber, la subjetivización de la concepción de lo injusto o la impregnación ética de funciones y contenidos del Derecho. Aun cuando el origen histórico-jurídico de una idea en el nacionalsocialismo no basta por sí mismo para su condena o rechazo, sí lleva a una sospecha inicial justificada y da motivo a un examen crítico, un examen que para la dogmática jurídico-penal española, junto con la alemana, representa un especial desafío por su también pasado fascista.

PALABRAS CLAVE: Principio de legalidad, Derecho Penal del ánimo, bienes jurídicos colectivos, nacionalsocialismo, elementos subjetivos de lo injusto.

ABSTRACT: Der folgende Beitrag begnügt sich nicht damit, über das nationalsozialistische Strafrechtsdenken in Deutschland von 1933-45 zu informieren, sondern will darüber hinaus dartun, dass viele der damals entwickelten Vorstellungen auch das Strafrecht der Nachkriegszeit bis in die Gegenwart hinein geprägt haben. Dies gilt für die Ersetzung von Individual-durch Kollektivrechtsgüter ebenso wie für die Ergänzung des Rechtsgutsdogmas durch den Pflichtverletzungsgedanken, die Subjektivierung des Unrechtsbegriffs sowie die Ethisierung von Funktionen und Inhalten des Rechts. Zwar reicht der rechtshistorische Ursprung einer Idee im Nationalsozialismus allein noch nicht aus, um sie zu verurteilen oder zu verwerfen, wohl aber führt er zu einem begründeten Anfangsverdacht gegen sie und gibt zu einer kritischen Prüfung Anlass – eine Prüfung, zu der neben der Strafrechtsdogmatik in Deutschland auch die in Spanien wegen dessen gleichfalls faschistischer Vergangenheit besonders herausgefordert ist.

KEYWORDS: Gesetzlichkeitsprinzip, Gesinnungsstrafrecht, Kollektivrechtsgüter, Nationalsozialismus, subjektive Unrechtselemente.

* “Strafrechtswissenschaft und Nationalsozialismus”, texto con notas de la ponencia ofrecida por el autor el 28 de marzo de 2008 en las Universidades de La Laguna y Las Palmas de Gran Canaria, celebradas en el marco del proyecto de investigación “Derecho Penal y nuevas tecnologías: sobre los intentos de adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico, SEJ 2005-07489 MEC”. Traducción castellana de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro.

SUMARIO: A. Introducción. B. El pensamiento jurídico-penal en el nacionalsocialismo. I. Abandono de la protección de los bienes jurídicos individuales como fin del Derecho Penal. II. Abandono del principio de legalidad a favor de un concepto material de delito. III. Subjetivización de los elementos de lo injusto. IV. Unidad del orden jurídico y moral. V. Conclusión provisional. C. Influencias del pensamiento penal nacionalsocialista en la dogmática actual. I. Lesión de deber frente a lesión del bien jurídico. II. Tutela de bienes jurídicos colectivos frente a individuales. III. Construcción analógica frente a principio de legalidad. IV. Ánimo reprochable e infracción moral como fundamentos de la pena. D. Conclusión.

A. Introducción

El tema general de estas jornadas, “Modernos desarrollos de la ciencia del Derecho Penal”, quizá les lleve a preguntarse por qué pretendo exponerles justamente una ponencia histórico-jurídica —y precisamente una que se ocupa exclusivamente de la historia jurídica de mi país, aunque ciertamente esta conferencia no tiene lugar en Alemania, sino en España. En el caso de que teman, en este sentido, una conferencia exclusivamente de Derecho comparado, entonces no se hubiera comprendido mi tema, que no lleva por título, por ejemplo, “Ciencia del Derecho Penal en el nacionalsocialismo”, sino que ha sido titulada conscientemente “Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo”. De conformidad con este título las siguientes explicaciones no deben orientarse primariamente a describir cómo se desarrollaron el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal durante el nacionalsocialismo en Alemania. Tampoco se pretende mostrar y desarrollar el fracaso personal de determinados penalistas que en un primer momento, en los años 1933-1945, contribuyeron al desarrollo de un específico Derecho Penal nacionalsocialista y posteriormente, en el periodo siguiente a la guerra (*Nachkriegszeit*), marcaron de nuevo y de forma decisiva el pensamiento jurídico-penal de la recién nacida República Federal de Alemania. El fin de las siguientes reflexiones pretende ser, ante todo, la detección y cuestionamiento de los restos del nacionalsocialismo en el aún vigente y actual Derecho Penal y en la presente ciencia del Derecho Penal, mientras que la exposición del Derecho Penal y de la ciencia del Derecho Penal en el periodo nacionalsocialista debe

ser aquí un mero instrumento (ciertamente necesario) para tal fin.

De acuerdo con el tema de las jornadas escucharán, por tanto, una ponencia que no sólo quiere preguntar desde una perspectiva histórico-jurídica y contemplativa, “cómo ha sido realmente”,¹ sino que trascendiendo este pasado pretende contribuir a la interpretación del presente y a la conformación del futuro Derecho Penal. Pues “así como una historia del derecho sin referencia al derecho vigente resulta historia muerta, también resulta ingenua una dogmática jurídica sin la experiencia de la historia”.² Como personalmente no me dedico a la historia del Derecho o al Derecho comparado, sólo puedo intentar responder en relación con la ciencia del Derecho Penal alemana, a la cuestión de cómo y en qué medida sus modernos desarrollos descansan aún en el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista, retoman éste inconscientemente o incluso de forma consciente se enlazan con el mismo y lo desarrollan.

Sobre el estado actual de la ciencia del Derecho Penal española no puedo ni quiero pronunciarme por falta de los debidos conocimientos. Pero con todo, Alemania y España no sólo disponen de un presente común como Estados democráticos de Derecho dentro de la Unión Europea, también de un pasado marcado respectivamente por diversas variantes del fascismo. La expresión alemana del fascismo debe caracterizarse aquí, sin duda, como mucho más agresiva, brutal y radical en comparación con la española. Cómo y en qué medida se aprecian, sin embargo, paralelismos entre el desarrollo alemán y español del Derecho Penal en el fascismo, podrán juzgarlo ustedes, como penalistas españoles, mejor que yo. Lo mismo vale

¹ Ranke, *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535*, vol. 1, 1824, p. VI.

² Eckert, “Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts”, en Eckert (edit.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte, Hattenhauer-Festschrift*, 2003, p. 158; véase Schwab, “Geschichtliches Recht und moderne Zeiten”, en Hübner-Festschrift, 1984, pp. 215, 237.

para los respectivos continuismos que aún se dejan observar dentro de la ciencia del Derecho Penal con posterioridad al ocaso hace tiempo acontecido, de nuestras ambas formas fascistas de Estado. En este sentido agradezco ya las intervenciones y apuntes en la discusión siguiente a mi presente esbozo del desarrollo alemán del Derecho Penal en el nacionalsocialismo, pero sobre todo del enlazado con el nacional-socialismo.

B. El pensamiento jurídico-penal en el nacionalsocialismo

I. Abandono de la protección de los bienes jurídicos individuales como fin del Derecho Penal

En mi opinión, la principal particularidad del pensamiento jurídico-penal en el periodo nacionalsocialista residió en el “abandono del individualismo y racionalismo, o desde una perspectiva histórica del pensamiento, de la ilustración y el liberalismo”, difundido por *Georg Dahm* y *Friedrich Schaffstein* en su polémico escrito “¿Derecho Penal liberal o autoritario?”, se pasa con ello, paralelamente, a un “primado incondicional de la nación y de los valores tradicionales encarnados en ella, frente a los intereses del individuo”.³ Esta supremacía de la colectividad frente al individuo la acentuó también *Heinrich Gerland* ya en 1933: “Ante la comunidad significa el particular sólo tanto como es significativo para aquella”.⁴ Correspondientemente, el Derecho Penal ya no puede ser considerado como un instrumento para la protección de los intereses individuales. En palabras de *Schaffstein*: “Para nosotros el sentido de la pena y del Derecho Penal ya no es la protección de esferas de bienes individuales, sino depuración y a la vez pro-

tección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados”.⁵ Ante todo, el Derecho Penal constituye un “medio para el mantenimiento y la conservación del poder coercitivo del Estado... El Estado utiliza la pena, para hacer visible su poder ante los ojos del mundo. En la pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado, la pena de muerte muestra con total claridad que procede entregar el individuo al Estado”.⁶

Las consecuencias que debiera tener este “abandono del individualismo” (*Abkehr vom Individualismus*)⁷ ahora, para el concepto de bien jurídico eran discutidas dentro de la Ciencia del Derecho Penal nacionalsocialista: por una parte, se acentuó que el concepto de bien jurídico no debía ser entendido necesariamente de forma individualista,⁸ sino que como mero principio metodológico era lo suficientemente abierto⁹ como, por ejemplo, para incorporar también “la dignidad del Estado y el honor de la nación”.¹⁰ Pero mayoritariamente se señalaban las insuficiencias derivadas de querer explicar el merecimiento de pena de cada delito mediante el hecho de que se ha producido una lesión del bien jurídico.¹¹ A los delitos especiales impropios no se les dotaba de un mayor marco penal, en relación con los delitos comunes que los subyacen, por la producción adicional de un menoscabo a un bien jurídico, sino por la concurrencia de la lesión de un deber especial.¹² Sin embargo, y más allá de la categoría de los delitos especiales impropios, de la pertenencia del individuo a una comunidad, como la familia o también el pueblo alemán, resultan siempre deberes frente a esta comunidad cuya lesión, llegado el caso, constituye un hecho punible.¹³ El merecimiento de pena de un delito se fundamenta por ello y al menos, tanto en la lesión del deber como en la del bien jurídico.¹⁴

³ Dahm y Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, pp. 37 y s.

⁴ Gerland, “Neues Strafrecht”, *DJZ*, 1933, pp. 857, 860.

⁵ Schaffstein, “Das subjektive Recht im Strafrecht”, *DRWiS*, 1936, pp. 39, 46.

⁶ Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 41.

⁷ Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 37.

⁸ H. Mayer, “Der Verbrechensbegriff”, *DStR*, 1938, pp. 73, 81.

⁹ Schwinge y Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, pp. 67 y s.

¹⁰ Así la demanda de Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 50.

¹¹ Así, por ejemplo, Dahm, “Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft”, *ZStW*, 57 (1938), pp. 225, 235; Schaffstein, “Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?”, *DStR*, 1935, pp. 97, 98; el mismo, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, *DStR*, 1937, pp. 335, 338.

¹² Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, pp. 120 y ss.

¹³ Schaffstein (cit. n. 12), pp. 126 y ss.; el mismo, “Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts”, *Gleispach-Festschrift*, 1936, pp. 70, 101.

¹⁴ Schaffstein (cit. n. 12), p. 132; el mismo (cit. n. 13), p. 99.

II. Abandono del principio de legalidad en favor de un concepto material de delito

El mencionado “abandono del individualismo”¹⁵ no sólo incidió, naturalmente, en el plano de la víctima, ocupando la comunidad la posición del individuo lesionado, sino que además tenía que incidir, incluso con mayor virulencia, sobre la figura del autor: un Derecho Penal que se niega a proteger la esfera de los bienes individuales de la víctima, con mayor razón se opone a respetar la esfera de los bienes individuales del autor. Desde la perspectiva de la comunidad resultaba insoportable, en especial, la protección de la esfera de bienes individuales del autor a través del principio “nulla poena sine lege” frente a los excesos en favor de los intereses punitivos de la comunidad.¹⁶ En lugar de un principio de legalidad formal, constitucionalmente consagrado en el art. 116 WRV, debía situarse —según *Carl Schmitt*— la fórmula material de justicia “nullum crimen sine poena”.¹⁷

El mandato de determinación y la prohibición de la analogía y retroactividad no debían, en aras de una mal entendida seguridad jurídica, proteger al enemigo de la comunidad (*Gemeinschaftsfeind*) del castigo materialmente merecido. Seguridad jurídica ya no significaría más, como en el Estado liberal de Derecho, que el espacio de libertad individual del autor sea garantizado a través de un Derecho rígido y formal, degenerando así el Derecho Penal en una *magna charta* del delincuente,¹⁸ seguridad jurídica significaba la “certeza de la imposición del Derecho en el sentido del pensamiento jurídico de la comunidad del pueblo”.¹⁹ Sin embargo, la necesidad de pena de la comunidad del pueblo se satisface primeramente mediante una “valiente renuncia a las delimitaciones típicas”, así como a través de la su-

presión de la prohibición de la analogía, creándose así una más amplia “zona de peligro” para el autor alrededor del, en cualquier caso indeterminado, tipo legal.²⁰

En lugar de un concepto formal de delito, que se sustenta en la infracción del derecho positivo mediante una conducta, debe situarse un concepto material de delito que se basta con la “contradicción a la comunidad” (*Gemeinschaftswidrigkeit*) de la conducta.²¹ A este concepto material de delito corresponde el legislador cuando, en 1935 en el entonces nuevo § 2 del Código Penal alemán, admite la construcción analógica de la ley penal, “cuando el pensamiento jurídico que la subyace y el sano sentimiento popular exigen castigo”. Interpretamos el concepto jurídico indeterminado “sano sentimiento popular” (*gesunde Volksanschauung*) en el sentido “de la idea del derecho alemana y nacionalsocialista”,²² y se llega así a la siguiente y clara constatación: “Acción materialmente antijurídica es una acción contraria a la ideología alemana nacionalsocialista”.²³

Los tipos legales, por razón de su capacidad analógica, ya no podían desempeñar la función de delimitar el ámbito de la conducta punible de una forma clara y terminante. Antes bien, sólo debían intentar comprender, de forma necesariamente incompleta, el contenido típico del delito descrito en los mismos, esto es, únicamente perfilar un concreto tipo de delito y autor.²⁴ En el caso concreto, el juez podía mediante una interpretación material, tanto extender como reducir el tenor literal del precepto, cuando concurriesen circunstancias atípicas. La completa, terminante y —para el juez— vinculante definición de un delito, por ejemplo de un hurto, no se encuentra ya en la ley, sino que “resulta de la naturaleza de las cosas”, esto es, ladrón es “quien según su propia naturaleza es ladrón”.²⁵

¹⁵ Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), 37.

¹⁶ Dahm, “Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht”, *DStR*, 1934, pp. 87, 92.

¹⁷ Schmitt, “Nationalsozialismus und Rechtsstaat”, *JW*, 1934, pp. 713, 714.

¹⁸ Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 9.

¹⁹ Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, p. 66; en un sentido próximo Dahm, “Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes”, *Nulla poena sine lege, Sonderschrift der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, año 11, 1937, pp. 514, 520; Schaffstein, *Formalismus im Strafrecht*, DR, 1934, pp. 349, 351.

²⁰ Henkel (cit. n. 19), p. 68.

²¹ Larenz, *Vom Wesen der Strafe, ZfKulturph*, 1936, pp. 26, 33; en un sentido próximo Dahm, “Gemeinschaft und Strafrecht”, *Kieler Universitätsreden*, 1935, p. 12; Gallas, “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *Gleispach-Festschrift*, 1936, pp. 50, 67.

²² Así Dahm (cit. n. 16), p. 91.

²³ Mezger, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, *ZStW*, 55 (1936), pp. 1, 9; en un sentido próximo E. Wolf, “Der Methodenstreit in der Strafrechtslehre und seine Überwindung”, *DRWis*, 1939, pp. 168, 177.

²⁴ Véase Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 203 y ss.

²⁵ Dahm, “Verbrechen und Tatbestand”, en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, pp. 62, 102.

Esta comprensión esencial debía ser íntegra y sin quebrar las concretas conexiones vitales mediante una separación artificial entre elemento y elemento, categoría de delito y categoría de delito, estableciéndose así, por encima de las mismas, si se han cumplido las correspondientes condiciones para ello. El “pensamiento categorial y atomizador”²⁶ en las categorías de la tipicidad y antijuridicidad, injusto y culpabilidad, autoría y participación se concibe como un producto de “la forma de pensamiento deductivo-racionalista del Derecho natural y de la ilustración”,²⁷ e impide el acceso a la verdadera esencia de las concretas manifestaciones vitales. Correspondientemente, los proyectos de Código Penal alemán de 1934 y 1936 preveían, a propuesta de *Edmund Mezger*,²⁸ una supresión de la distinción formalista entre distintas clases de autoría y participación, y recogen en su lugar un sistema unitario de autoría con un concepto extensivo de autor.

Friedrich Schaffstein ha explicado en 1995, en su recuerdo escrito a su amigo y colega *Georg Dahm*,²⁹ durante los años compartidos en la “escuela de Kiel” (1935-1938), cómo ambos se sintieron fascinados por la condena de *Carl Schmitt* al “pensamiento categorial” (*Trennungsdenken*) como pensamiento liberal de una época pasada: “Dahm y yo nos esforzamos en superar este pensamiento categorial en la parte general del Derecho Penal. Para Dahm se trataba especialmente de la separación entre tipicidad y antijuridicidad, mientras que para mí de la separación de injusto y culpabilidad en la sistemática de la teoría general. Ambos defendimos nuestras comprensiones en dos trabajos coordinados publicados en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”.³⁰ Mientras el rechazo de Dahm “a la separación de tipicidad y antijuridicidad debía haber conducido a una teoría de los elementos de las causas de justificación como ele-

mentos negativos del tipo”, él, Schaffstein, se aferró siempre “a una concepción personal de lo injusto”.³¹

III. Subjetivización de los elementos de lo injusto

Esta concepción personal de lo injusto está en estrecha relación con la crítica al dogma del bien jurídico antes referida, también para *Schaffstein*. Lo merecedor de pena en un delito ya no reside siempre y en ningún modo de forma exclusiva o siquiera primaria en el hecho de que se lesione un concreto bien jurídico existente en el mundo exterior, de forma objetivamente determinable, o se ponga en peligro concreto. En especial, el contenido de lo injusto de la tentativa absolutamente inidónea no se deja explicar ya, mediante el recurso de que ésta ha sido objetivamente lesiva o en cualquier caso, peligrosa para el bien jurídico agredido, sino sólo así: el autor ha confirmado una voluntad merecedora de pena.³² Luego, una parte esencial de lo injusto residiría en el hecho de que el autor no habría orientado su voluntad, conforme a deber, hacia los valores de la comunidad³³ —y precisamente en ello reside su culpabilidad—: “La culpabilidad es precisamente lo injusto”,³⁴ esto es, el ánimo contrario a deber. Ya al comienzo de la ejecución de la conducta actúa el autor como “enemigo del pueblo y su orden vital”.³⁵

Ello repercute aquí de forma que la razón para clasificar una conducta como merecedora de pena, primariamente, ya no reside más en el hecho de que se ha causado o se hubiese podido causar una lesión de un bien jurídico, sino en la infracción de un deber: donde la “fidelidad a los valores comunes” se eleva a deber, la “traición a los valores comunes” constituye ya una infracción de deber.³⁶ Pero los valores comunes son ya traicionados por un acto conforme a un plan de lesión,

²⁶ Kempermann, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente*, 1934, pp. 7 y ss.

²⁷ Schaffstein (cit. n. 11, 1935), p. 97.

²⁸ Schubert, Regge, Rieß y Schmid (eds.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abteilung, NS Zeit (1933-1939) —Strafgesetzbuch, tomo 2— Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums*, 1ª parte, 1988, pp. 799 y s.

²⁹ Schaffstein, “Erinnerungen an Georg Dahm”, en Vormbaum (eds.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, tomo. 7, 2005-2006, pp. 173 y ss.

³⁰ Schaffstein (cit. n. 29), 188; los trabajos coordinados eran, concretamente Dahm (cit. n. 11), pp. 225 y ss., y Schaffstein, “Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems”, ZStW, 57 (1938), pp. 71 y ss.

³¹ Schaffstein (cit. n. 29), p. 189.

³² Schaffstein, “Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht”, ZStW, 55 (1936), pp. 18, 33.

³³ Freisler, “Ergebnisse der Beratungen des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht”, *Denkschrift der Akademie*, 1933, pp. 13 y ss.

³⁴ Dahm, “Verrat und Verbrechen”, ZStW, 95 (1935), pp. 283, 288.

³⁵ Freisler, “Willensstrafrecht, Versuch und Vollendung”, en *Das kommende deutsche Strafrecht AT*, 1934, p. 24.

³⁶ Dahm, “Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht”, *Schriften der Deutschen Hochschule für Politik*, nº 12, 1935, pp. 17 y ss.

mientras que la consecución o no del concreto plan puede depender del puro azar.³⁷ Por ello recogía ya el proyecto de Código Penal de 1934, ante todo, la supresión de la distinción entre delito consumado e intentado a través del concepto de “emprendimiento” (*Unternehmen*) de una puesta en peligro inmediata de un bien jurídico. Los proyectos de ley de 1936 y 1939 mantenían frente a ello la diferencia conceptual entre tentativa y consumación, pero sin pretender obligar al juez, a diferencia del derecho vigente hasta entonces, a efectuar una reducción del marco penal en la tentativa.³⁸

IV. Unidad del orden jurídico y moral

A raíz de la subjetivización del concepto de lo injusto fue además posible la introducción de elementos relativos al ánimo, más allá del dolo, como elementos constitutivos o de agravación de lo injusto en los tipos penales. Para un Derecho Penal que, siguiendo a *Schaffstein*, se ocupa de la “depuración y a la vez protección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados”, no queda “nada más próximo que reconocer a la expresión de un ánimo degenerado significación inmediata en lo injusto”.³⁹ En este contexto, resulta degenerado todo ánimo enemigo de la comunidad, donde la “contradicción a la comunidad” (*Gemeinschaftswidrigkeit*) es definida como un “ataque contra el orden moral del pueblo”.⁴⁰

Según esto, ya no debería haber más una separación entre los órdenes moral y jurídico, a diferencia del liberalismo.⁴¹ Al Derecho Penal de un Estado autoritario, que no considera a éste como un fin en sí mismo, sino “al servicio de un orden de valores morales y generalmente vinculantes, corresponde precisamente, una tenaz protección de estos valores espirituales y morales”.⁴² El Estado en cuanto forma de expresión de la unidad del pueblo puede exigir no sólo el cumplimiento de deberes jurídicos, sino también morales sin base jurídica positiva. A la vista de la identidad entre derecho y moral en el ordenamiento jurídico del

pueblo se hace innecesaria la distinción entre deberes morales y jurídicos.⁴³ Desde el momento en que *Schaffstein* sitúa, con carácter general, la infracción de deber como esencia del delito, las normas penales pueden vincularse a la inobservancia de deberes morales no codificados por el Derecho positivo.

Por ejemplo, para la punibilidad por un delito impropio de omisión debiera bastar cuando el omitente permanece inactivo, a pesar de su sujeción a un deber de actuación derivado del orden moral del pueblo.⁴⁴ Junto a la infracción de este deber (cuando menos moral) de actuación debiera constatarse únicamente si el omitente, “según el sano sentimiento popular”, corresponde al tipo de autor del correspondiente delito.⁴⁵ Para ello bastaría una comparación del ánimo y la motivación de los cuales surge la conducta omisiva, con aquellos que el legislador ha pensado para el correspondiente delito de acción.

V. Conclusión provisional

Resumidamente, y según lo expuesto hasta ahora, el Derecho Penal nacionalsocialista se deja caracterizar, a grandes rasgos, con las siguientes notas: sustitución de bienes individuales por bienes colectivos; complemento del dogma del bien jurídico con la idea de la lesión de deber; sustitución del principio de legalidad formal por un concepto material de delito mediante el recurso al sano sentimiento popular; comprensión esencial y total frente al pensamiento analítico y categorial; subjetivización del concepto de lo injusto así como impregnación ética de las funciones y contenido del Derecho.

C. Influencias del pensamiento penal nacionalsocialista en la dogmática actual

Como avanzamos en la introducción se tratará, en lo siguiente, de establecer en qué medida son observables aún (o nuevamente) en el Derecho y en la Ciencia

³⁷ Freisler, “Der Versuch”, *Denkschrift der Akademie*, 1933, pp. 73 y s.

³⁸ Véase Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000, pp. 200 y s.

³⁹ Schaffstein (cit. n. 5), p. 46.

⁴⁰ Dahm (cit. n. 36), p. 17.

⁴¹ Véase Marxen (cit. n. 24), p. 74.

⁴² Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 50.

⁴³ Dahm, “Bemerkungen zum Unterlassungsproblem”, *ZStW*, 59 (1940), pp. 133, 146; Schaffstein, *Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte*, *DJ*, 1936, p. 767.

⁴⁴ Schaffstein (cit. n. 13), p. 96.

⁴⁵ Schaffstein (cit. n. 13), p. 95.

del Derecho Penal actual reminiscencias del esbozado Derecho Penal nacionalsocialista. A esta búsqueda no subyace una “lógica de la desacreditación” (*Logik der Diskreditierung*) de forma que todas las tesis desarrolladas entre 1933 y 1945 por la Ciencia del Derecho Penal alemana serían, simplemente por ello, por su especial acentuación en este periodo, definitivamente comprometidas, reprocharles su superación histórica y negarles por ello todo papel en la “ilustrada” dogmática jurídico-penal actual.⁴⁶ Contra una tal absolutización del argumento histórico en la práctica interpretativa habla ya la circunstancia de que algunas de las tesis aludidas y asociadas al Derecho Penal nacionalsocialista eran ya esgrimidas con bastante anterioridad a 1933, en el tiempo de la República de Weimar en Alemania, aunque ciertamente no pudieron imponerse como opinión mayoritaria dentro de la Ciencia y tampoco fueron expuestas con la radicalidad que adquirieron crecientemente a partir de 1933.⁴⁷

Es con seguridad cierto que el desarrollo de la Ciencia del Derecho Penal alemana en el siglo XX ha estado marcado por líneas visibles de desarrollo trascendentes a las distintas épocas y presentes durante largo tiempo en la misma que, en el periodo nacionalsocialista únicamente, culminaron, pero no se introdujeron entonces.⁴⁸ Pero con todo, alcanzaron estas líneas de desarrollo su punto culminante en el nacionalsocialismo: lo que con anterioridad sólo se había mostrado tímidamente en ideas y tendencias, adquiere ahora su desarrollo pleno y sin límites.⁴⁹ El hecho de que el nacionalsocialismo con todas sus connotaciones teóricas no “cayera del cielo” súbitamente en 1933, sino que tuviera precedentes históricos, no puede llevar tampoco a abordar tales elementos con menor desconfianza. La peligrosidad del brote de una enfermedad que puede, a la postre, llegar a ser mortal no se relativiza con la verificación, a la postre, de que las cepas bacterianas responsables de la misma se encontraban presentes de forma latente en el cuerpo con anterioridad a la manifestación de aquélla. Si con posterioridad a la

remisión del estado agudo de la enfermedad se dejan observar aún o de nuevo similares cepas bacterianas en el cuerpo, entonces se tratará a las mismas *prima facie* con desconfianza, cuando menos.

Correspondientemente se procede con los principios dogmáticos jurídico-penales que se han mostrado en el nacionalsocialismo como susceptibles de abuso y radicalización, habiendo favorecido en ese momento al sistema de lo injusto de entonces o integrándose, incluso, como parte del mismo. Expresado en términos procesales jurídico-penales, la constatación de una continuidad histórica desde el (o cierto paralelismo con el) nacionalsocialismo, si bien no debe llevar aún a una condena de la concreta idea, sí que basta suficientemente para justificar una sospecha inicial (*Anfangsverdacht*) contra la misma.

I. Lesión de deber frente a lesión del bien jurídico

Una tal sospecha inicial se cierne, en consecuencia, también, sobre la comprensión desarrollada decisivamente por *Schaffstein* de que la esencia del delito reside en cualquier caso e incluso, también, prioritariamente en una lesión del deber.⁵⁰ Esta concepción fue recogida en 1951 por el Tribunal Supremo (BGH) para poder condenar por un delito de estafa consumado, pese a la falta de menoscabo de un bien jurídico individual susceptible de protección. Según los hechos que recoge esta sentencia, un receptor había privado de parte de los beneficios de la venta al ladrón de quien había obtenido, para tal fin, el objeto sustraído. La consideración de que el ladrón, como primer autor, “no es merecedor de protección jurídico-penal”, lo rebate el BGH con el argumento de que esta comprensión ve “el contenido esencial del delito unilateralmente en la lesión del interés individual, y desconoce que el delito debe ser valorado, y no en último lugar, como infracción de deber del autor; obvia el ánimo por el confirmado y, en ello, desatiende completamente la peligrosidad mostrada para el orden jurídico general”.⁵¹

⁴⁶ Sin embargo, tendencialmente Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, pp. 427 y ss.; Vormbaum, *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, 1999, pp. 54 y s.; G.Wolf, *Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?*, JuS, 1996, pp. 189, 195.

⁴⁷ Pauli, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 1992, pp. 241 y ss.; Vormbaum (cit. n. 46), pp. 43 y ss.; Vogel, “Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht”, ZStW, 115 (2003), pp. 638, 641.

⁴⁸ Así Hartl (cit. n. 38), p. 377.

⁴⁹ Vogel (cit. n. 47), p. 668.

⁵⁰ Schaffstein (cit. n. 12), p. 132.

⁵¹ BGHSt 2, 364, 368.

La citada sentencia no recoge una doctrina ni mucho menos superada, sino que aún hoy, es citada con asentimiento por la literatura jurídico-penal dominante.⁵² Así explica especialmente *Lenckner*, que el delito “según su naturaleza” no es sólo lesión del bien jurídico, sino “a la vez infracción de deber. Sólo a través del menoscabo al bien jurídico no se puede caracterizar suficientemente el hecho punible. Pues una conducta puede ser ya punible, aunque en el caso concreto falte la producción o puesta en peligro de un bien jurídico (tentativa inidónea). Por otra parte, para el Derecho Penal no basta en ningún caso con la mera lesión del bien jurídico en el sentido de la causación de un estado negativamente valorado”.⁵³

Esta última consideración de *Lenckner*, según la cual a esta exigencia de la infracción de deber corresponde un significado de limitación de la pena, en mi opinión, puede asumirse plenamente: Si alguien, a través de una conducta arriesgada pero permitida, lesiona los bienes jurídicos de otro, no fundamenta por ello la imposición de una pena, ni siquiera ya la constitución de lo injusto. No todo comportamiento que se demuestre *ex post* como lesivo de bienes jurídicos es ya por ello también típico y precisa de una específica justificación. Pero tanto el BGH en la sentencia citada como *Lenckner* en su comentario, van más allá del significado limitativo de la infracción de deber y asignan al mismo también significado como fundamento de la pena. Según esto, el fundamento de la pena no debe residir sólo en la lesión del bien jurídico, en tanto consecuencia de una conducta contraria a deber, sino que también la falta de peligrosidad de la conducta para el bien jurídico debe poderse sustituir por la contrariedad a deber. En mi opinión, la sujeción al deber de conducta se eleva aquí al fin mismo,⁵⁴ aunque la imposición de un deber de conducta como limitación de la libertad general de acción precisa de legitimación jurídico-constitucional y sólo procede, según ello, en tanto que tal limitación se muestre

como un medio adecuado, necesario y proporcionado para la protección de bienes jurídicos.

La punibilidad de la tentativa inidónea, que ya *Schaffstein* quisiera deducir de la idea de la infracción de deber,⁵⁵ se deja igualmente legitimar con meras consideraciones relativas al bien jurídico: Cada tentativa por inidónea que sea fundamenta con todo un peligro abstracto que en la realidad, de estar efectivamente así constituida, como se representa el autor, podría dar lugar a una lesión del bien jurídico.⁵⁶ Pero sólo por esta vía se deja también fundamentar la impunidad de la tentativa supersticiosa, que precisamente no se sustenta en un enjuiciamiento erróneo de los hechos, sino en la expectativa de que intervengan poderes irreales en la realidad.⁵⁷ Sin embargo, a cada tentativa con medios reales subyace necesariamente, una determinada representación de la realidad por parte del autor, y aún a través de la tentativa más inidónea se expone al riesgo, al menos abstractamente, el bien jurídico agredido; y tal concepción subjetiva de la realidad podría también confirmarse objetivamente. Este abstracto y perenne “riesgo de coincidencia” (*Übereinstimmungsrisiko*) no puede, sin embargo, justificar el mismo marco penal que un delito consumado, donde el riesgo se concreta en un primer momento, y finalmente también se realiza en el caso concreto. Si el fundamento individual de la pena de toda conducta refleja su incidencia lesiva sobre el bien jurídico, entonces debe hacerse un uso obligatorio de la posibilidad de reducción de pena prevista en el § 23 II StGB para los casos de mera tentativa de delito, y no simplemente facultativo.⁵⁸

Tampoco en los delitos especiales es preciso, oponiéndonos a *Schaffstein*,⁵⁹ recurrir a la infracción de deber en ellos presentes como elemento de fundamentación de la pena. Que por ejemplo, a un funcionario (§§ 331 siguientes), un administrador patrimonial (§ 266) o un médico (§ 203 I Nr. 1) se les cargue con deberes especiales jurídico-penalmente asegurados,

⁵² Ike, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 36ª ed., 2006, § 1 marg. 15.

⁵³ Schönke, Schröder y Lenckner, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., 2006, Vor § 13 marg. 11.

⁵⁴ Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, p. 77.

⁵⁵ Schaffstein (cit. n. 12), p. 137; el mismo (cit. n. 5), pp. 48 y s.

⁵⁶ Hoyer (cit. n. 54), p. 193.

⁵⁷ Hoyer (cit. n. 54), p. 195.

⁵⁸ Lo que significaba un retorno a la situación jurídica previa al decreto de 29.5.1943 (RGBl. I, 341). Kohlrausch, *Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 1947, p. 43 califica críticamente esta disposición, a mi juicio con razón, como “una exageración de la idea de voluntad, propia del nacionalsocialismo, hasta el punto de un Derecho Penal del ánimo”. Sobre su proceso de gestación véase Hartl (cit. n. 38), pp. 332 y s.

⁵⁹ Schaffstein (cit. n. 12), pp. 120 y ss.

encuentra su razón en las también especiales posibilidades fácticas y jurídicas de estas personas de intervenir y menoscabar los bienes jurídicos de un tercero.⁶⁰ Que la infracción de un deber especial funja como fundamento o agravación de la pena se deja, por tanto, explicar mediante una mayor necesidad de protección del bien jurídico frente a las personas sujetas, precisamente por ello, a tales deberes especiales, sin que para ello el dogma del bien jurídico deba limitarse o complementarse con un segundo fundamento de pena independiente.

II. Tutela de bienes jurídicos colectivos frente a individuales

Otro postulado central del Derecho Penal nacionalsocialista residía en el “abandono del individualismo”,⁶¹ para encontrar en su lugar, el “sentido de la pena y del Derecho Penal” en la “protección de la comunidad del pueblo”.⁶² Una tendencia a ello, a adscribir a las normas jurídico-penales en caso de duda también o incluso, de forma exclusiva una orientación hacia la tutela de la comunidad, se encuentra aún hoy en la jurisprudencia y en la doctrina dominante: Así se sigue interpretando el § 315c por el BGH en el sentido de “que este precepto no sólo protege la integridad y la vida del usuario individual de la carretera, sino sobre todo persigue la protección del tráfico viario y con ello de la colectividad”.⁶³ Aun cuando esta “protección de la colectividad en el caso concreto, sólo pueda redundar en un individuo, como representante o miembro de la generalidad protegida”, no se puede “de ningún modo dejar la seguridad de las vías en general... a la voluntad del individuo”. Por esta razón no es posible un consentimiento eficaz de la víctima individual del peligro en relación con la puesta en peligro de su

propia integridad física o su patrimonio.⁶⁴ Esta interpretación que hace el BGH del § 315c orientada hacia bienes jurídicos colectivos, no constituye por tanto una mera *façon de parler*, sino que repercute en los resultados acentuando la punibilidad y con ello en perjuicio del autor.

La literatura dominante,⁶⁵ por el contrario, adscribe al § 315c una doble función de tutela, por una parte, en favor del bien jurídico colectivo “seguridad en el tráfico viario”, por otra a favor de los bienes jurídicos individuales de las potenciales víctimas del peligro. Para la punibilidad según el § 315c, debieran perjudicarse antijurídicamente ambos bienes jurídicos de forma cumulativa, de modo que en caso de consentimiento de la víctima individual del peligro sólo interviene el § 316, que asegura únicamente bienes jurídicos de la colectividad.⁶⁶ Una interpretación individualista consecuente de los §§ 315c y 316 sólo se postula de forma aislada,⁶⁷ aunque dista de ser evidente, que el supuesto bien jurídico colectivo “seguridad en el tráfico viario” deba comprender algo más que la seguridad de todos los bienes jurídicos individuales expuestos al tráfico viario en y ante el tráfico viario.

Una similar discrepancia de opiniones sobre una interpretación orientada hacia bienes jurídicos individuales o colectivos se registra en relación con el § 164: Jurisprudencia⁶⁸ y doctrina mayoritaria⁶⁹ consideran que a través del § 164, y a diferencia del § 145d, junto a la “administración de justicia” (*Rechtspflege*) como bien jurídico colectivo, se protegen también los bienes individuales del *imputado* (*Verdächtigten*). Sin embargo, para la imposición de una pena de acuerdo con el § 164 basta con que se haya puesto en peligro únicamente el bien jurídico colectivo. Y sobre este bien jurídico colectivo no puede “disponer el lesionado; por ello su consentimiento carece de significa-

⁶⁰ Véase Hoyer, SK-StGB, 7ª ed., 2001, § 28 marg. 36 y ss.

⁶¹ Dahm y Schaffstein (cit. n. 3), p. 37.

⁶² Schaffstein (cit. n. 5), p. 46.

⁶³ BGHSt 23, 260, 263.

⁶⁴ BGHSt 23, 260, 264.

⁶⁵ Tröndle y Fischer, *Strafgesetzbuch*, 53ª ed. 2006, § 315c marg. 2; Groeschke en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 4, 2006, § 315c marg. 1; Lackner y Kühl, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed. 2007, § 315c marg. 1.

⁶⁶ Schönke, Schröder, Cramer y Sternberg-Lieben (cit. n. 53), § 315c marg. 43; Schröder, *Die Teilnahme des Beifahrers an der gefährlichen Trunkenheitsfahrt*, JuS 1994, pp. 846, 848; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd. II, 8ª ed. 2007, § 44 marg. 9.

⁶⁷ Especialmente, Horn y Wolters, SK-StGB (cit. n. 60), 2006, § 315c marg. 2 y § 316 marg. 2; Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 140 y s.; Schünemann en Hefendehl, Hirsch y Wohlers (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133, 152.

⁶⁸ BGHSt 9, 240, 242; 14, 240, 244; 18, 333.

⁶⁹ Schönke, Schröder y Lenckner (cit. n. 53), § 164 marg. 1; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 164 marg. 2; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 164 marg. 1; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 521.

ción; es más, éste aumentará incluso el contenido de lo injusto del hecho ya en consideración, esto es, el engaño de las autoridades”.⁷⁰

La teoría pura de los bienes individuales,⁷¹ que llevaría aquí a unos resultados favorables al autor, se rechaza de forma muy mayoritaria. Lo mismo resulta para la denominada “teoría de la acumulación” (*Kumulationaltheorie*),⁷² la cual para castigar según el § 164 exige, en todo caso, que tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos hayan sido perjudicados de forma antijurídica; en caso contrario sólo entraría el § 145d en consideración. Mediante este rechazo de la teoría de la acumulación, la doctrina mayoritaria se pone en contradicción con su argumentación, antes citada, relativa al § 315c, que se encuentra en la misma relación con el § 316, que el § 164 con el 145d.

Más claramente colectivista resulta el estado de opinión relativo al bien jurídico del § 267, que es visto de forma muy mayoritaria en la “seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico documental”,⁷³ en lugar de atender a la libertad de disposición individual del destinatario del documento que, como víctima del engaño mediante tal documento falso, se ve empujada de ese modo a la adopción de un comportamiento no querido.⁷⁴ El consentimiento de aquél, del único frente al que ha sido o debiera ser utilizado el documento, no puede excluir entonces un delito consumado, pues se trata de la protección de la “comunidad jurídica”. El alto significado de los bienes jurídicos colectivos protegidos a través del § 267 llevó, por su parte, al legislador nacionalsocialista en 1943 a renunciar a la estructura hasta entonces vigente del delito de false-

dad documental como delito de dos actos, y a contentarse para su punibilidad con un mero acto en el estadio de preparación del fraude proyectado.⁷⁵ Por tanto, también aquí se dejan equiparar, en definitiva, colectivización del fin de protección y extensión de lo punible.

Cabe citar numerosos ejemplos en los que la construcción de bienes jurídicos colectivos da lugar a una expansión de la punibilidad. En este sentido, se discute en la mayoría de los tipos de la sección vigésimo segunda del Código Penal alemán, si éstos no valen (también) para la protección de bienes jurídicos colectivos junto o simplemente en lugar de los bienes jurídicos individuales. Así, por ejemplo, el § 264 debiera servir (también) a la confianza de la colectividad en la fiabilidad del mercado de capitales,⁷⁶ el § 265 a la capacidad de rendimiento del sector asegurador (*Leistungsfähigkeit der Versicherungswirtschaft*), el § 266a a la seguridad social (*Versichertensolidargemeinschaft*),⁷⁷ el § 265b a la capacidad funcional de la forma crediticia como un instrumento especialmente importante del tráfico económico,⁷⁸ el § 265 al sector transportes de personas y telecomunicaciones (*Personen- und Fernmeldeverkehrswesen*),⁷⁹ el § 266b al tráfico monetario crediticio⁸⁰ y en el § 264 a los fines públicos que se persiguen con una subvención.⁸¹ En el momento en que se orienta la interpretación de los concretos elementos típicos de la norma a tales bienes jurídicos colectivos, se legitima, por una parte, el adelantamiento de la punibilidad acometido por el legislador y se renuncia, por otra, a la necesidad de por lo menos un concreto peligro patrimonial para la víctima individual.

⁷⁰ BGHSt 5, 66, 68.

⁷¹ Hirsch, *Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung*; Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, pp. 307, 312 y ss.; Vormbaum, NK-StGB, tomo 2, 2ª ed., 2005, § 164 marg. 10.

⁷² Frank, *Das StGB für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 164 n. I.

⁷³ BGHSt 2, 50, 52; Schönke, Schröder, Cramer y Heine (cit. n. 53), § 267 marg. 1; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 267 marg. 1; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 164 marg. 1; Rengier (cit. n. 66), § 33 marg. 1.

⁷⁴ Así, sin embargo, Puppe, NK-StGB (cit. n. 71), § 267 marg. 8; Hoyer, SK-StGB (cit. n. 60), 1998, Vor § 267 marg. 12; Erb, *Münchener Kommentar* (cit. n. 65), § 267 marg. 2.

⁷⁵ Art. 11 *StrafrechtsangleichungsVO* de 29.5.1943, RGBI. 1943, I, pp. 339 y s.; sobre ello véase Hartl (cit. n. 38), pp. 318 y s.

⁷⁶ BT-Drs. 10/318, p. 22; OLG Colonia NJW 2000, pp. 598, 600; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 264a marg. 1; Tiedemann, LK-StGB (cit. n. 52), 1997, § 264a marg. 13.

⁷⁷ Tiedemann (cit. n. 76), § 265 marg. 6; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 265 marg. 2; Rönau, *Der neue Straftatbestand des Versicherungsmisbrauchs—eine wenig geglückte Gesetzesregelung*, JR, 1998, pp. 441, 445.

⁷⁸ BT-Drs. 7/5291, p. 14; Tiedemann (cit. n. 76), § 265b marg. 9; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 265b marg. 1; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 265b marg. 3.

⁷⁹ OLG Stuttgart NJW 1990, pp. 924, 925.

⁸⁰ BGH, NSZ 1993, p. 283; Tröndle y Fischer (cit. n. 65), § 266b marg. 1; Lackner y Kühl (cit. n. 65), § 266b marg. 1.

⁸¹ Tiedemann (cit. n. 76); § 264 marg. 11; Schönke, Schröder, Cramer y Perron (cit. n. 53), § 264 marg. 4.

III. Construcción analógica frente a principio de legalidad

Pero aún en mayor medida, el ámbito de las conductas punibles se amplió en el Derecho Penal nacionalsocialista a través del denominado concepto material de delito y de la permisión de la analogía que se desprendía del mismo en la antigua formulación del § 2. Ciertamente, una semejante autorización de la analogía no se encuentra hoy en la parte general del Código Penal. Sin embargo, se tropieza con numerosas cláusulas en la parte especial del mismo que, en realidad, no representan otra cosa que habilitaciones para la analogía, si bien respectivamente limitadas a los concretos tipos penales. Así prevé el § 315b I Nr. 3 la punibilidad de aquel que “ejecute una intervención similar pero igualmente peligrosa” a la que se ha descrito en los números 1 y 2. Correspondientemente, el nuevo tipo del *Stalking*, introducido en 2007, penaliza en el § 238 I Nr. 5 a aquel “que ejecute otra acción comparable” a las que se recogen bajo pena en los números 1 a 4. La técnica legislativa nacionalsocialista de la autorización para la analogía del viejo § 2,⁸² que alude a la posibilidad de castigar “un hecho similar” a aquellos que eran “amenazados con pena en el Código”, se diferencia de las citadas cláusulas del Derecho vigente sólo en su extensión, no cualitativamente.

Nada distinto sucede con los ejemplos regla (*Regelbeispielen*), que son considerados por el legislador como una “técnica [especialmente] moderna de legislación penal”.⁸³ Junto a los casos especialmente graves de delito nombrados en los ejemplos regla, parece que hay también correspondientes casos especialmente graves innominados que deben desarrollarse en relación con los casos descritos y referidos en tales ejemplos. Pero en la apreciación de un caso especialmente grave se trata “sólo” de la determinación de la pena y no de la tipicidad de una conducta. Según el Tribunal Constitucional alemán el principio

de legalidad, consagrado en el art. 103 II de la Ley Fundamental de Bonn, garantiza no sólo el principio *nullum crimen sine lege*, sino también el principio *nulla poena sine lege*.⁸⁴ No obstante, el mandato constitucional de determinación legal debiera “no exagerarse” dada la multiformidad de la vida.⁸⁵ Por ello, a través de los ejemplos regla se “hace suficientemente claro el criterio material de la especial gravedad del caso” pensado por el legislador.⁸⁶ Cuando el Tribunal Constitucional permite que un “criterio material” insinuado por el legislador determine la aplicación jurisdiccional de la norma, ello suena bastante ya pero no sólo terminológicamente al concepto material de delito.

Pero más cuestionables aún deben resultar, en relación con la determinación legal, en los casos especialmente graves completamente innominados, los cuales no son siquiera algo más detallados a través de un ejemplo regla “material”; por ejemplo, el § 212 II con su amenaza punitiva absoluta de cadena perpetua. La diferencia de los casos especialmente graves totalmente innominados frente a los vinculados a ejemplos regla reside, según *Hans Joachim Hirsch*: “sólo en ello, que en los primeros la construcción agravatoria del tipo se deja completamente al criterio del juez. En las cláusulas generales de la técnica de los ejemplos regla, se trata de una habilitación legal para la analogía, y de ese modo, aquí, de una habilitación a la creación libre del derecho”.⁸⁷ La propagación de los casos especialmente graves completamente innominados en el Código Penal alemán tiene lugar, por primera vez, de forma considerable, en el periodo nacionalsocialista.⁸⁸ El Tribunal Constitucional alemán ha declarado el § 212 II,⁸⁹ introducido en 1953, acorde con el art. 103 II de la Ley Fundamental de Bonn, pues del § 211 resultarían “criterios suficientemente seguros” para ello, para establecer qué contenido de injusto y culpabilidad pretendió el legislador (¡nacionalsocialista!) presuponer a la imposición de una pena indefinida de privación de libertad.⁹⁰

⁸² Al respecto, véase Marxen (cit. n. 24), pp. 172 y ss.

⁸³ Así BT-Drs. 13/7164, p. 36.

⁸⁴ BVerfGE 25, 269, 295.

⁸⁵ BVerfGE 45, 363, 371; en un sentido próximo Gribbohm, LK-StGB (cit. n. 52), 1992, § 1 marg. 63 y s.

⁸⁶ BVerfGE 45, 363, 373.

⁸⁷ Hirsch, *Die verfehltete deutsche Gesetzesfigur der “besonders schweren Fälle”*, en Dölling y Erb, *Gössel-Festschrift*, 2002, pp. 287, 299.

⁸⁸ Hirsch (cit. n. 87), p. 288.

⁸⁹ BGBl, 1953, 735.

⁹⁰ BVerfG JR, 1979, 28.

IV. *Ánimo reprochable e infracción moral como fundamentos de la pena*

Tampoco la tendencia general observable en el Derecho Penal nacionalsocialista hacia la subjetivización e impregnación ética (*Ethisierung*) de los elementos de lo injusto llegó precisamente a su fin en 1945. Así, el BGH utilizó con posterioridad un concepto de autor extremadamente subjetivo, el cual para la delimitación entre autores y partícipes atendía sólo a la “actitud interna frente al hecho”.⁹¹ Esta continuidad en la jurisprudencia dominó también en la fundamentación de los deberes de garante precisos para los delitos improprios de omisión: Como el *Reichgericht*,⁹² dedujo también el Tribunal Supremo alemán⁹³ deberes de garantes jurídico-penales para un supuesto de estafa por omisión, directamente de la confianza, en tanto que existiera un contrato o relación similar a la contractual entre los intervinientes. También el legislador alemán federal dejó en buena medida en su sitio la acentuación subjetiva y ética de los presupuestos de lo injusto llevada a cabo por su predecesor; por ejemplo, el elemento introducido en la figura de asesinato de que la muerte tenga lugar “por motivos bajos” (*aus niedrigen Beweggründen*),⁹⁴ o la exclusión del consentimiento, consagrada legalmente desde 1933, cuando la lesión corporal a pesar del consentimiento vaya “contra las buenas costumbres” (*gegen die guten Sitten*).⁹⁵ Desde 1953 el legislador, si bien ya no atiende en las coacciones, como en la formulación de 1943, a si el hecho “contradice el sano sentimiento popular”,⁹⁶ lo hace en su lugar a si resulta “reprochable”.⁹⁷ La separación de los órdenes jurídico y moral está tan presente en esta “reforma” como un aumento en la seguridad jurídica.

Tampoco la teoría de lo injusto personal, que considera lo injusto como integrado por elementos objetivos

y subjetivos (desvalor de acción y resultado), está precisamente superada, sino que es aceptada como nunca antes, de forma general.⁹⁸ En tanto que la inclusión de elementos subjetivos en el concepto de lo injusto conduce a una limitación de la punibilidad y ayuda así a evitar una pura responsabilidad por el resultado, no cabe oponer nada a ello. En este sentido funge limitando la punibilidad, por ejemplo, cuando una mera producción del resultado, pese a que tiene lugar de forma objetivamente imputable, no constituye por sí misma injusto, sino que precisa para ello una conducta individual dolosa o imprudente. También resulta una limitación de lo punible de la exigencia del dolo en el delito intentado, puesto que así se deja impune la imprudencia sin consecuencias. Pero los elementos subjetivos de lo injusto comienzan a ser problemáticos siempre entonces, cuando deben conducir a una ampliación o agravación de la punibilidad, como por ejemplo los “motivos bajos” en el marco del § 211 —mientras que, por el contrario, el ser determinado por una seria petición de muerte en el marco del § 216 funciona limitando la punibilidad, y por ello no debe temerse punición alguna de lo injusto del ánimo (*Gesinnungsunrecht*).

Correspondientemente, debe diferenciarse también en la valoración ética de los comportamientos en el marco de la ley: Que se excluya la eficacia del consentimiento, cuando la lesión corporal pese al consentimiento resulte contraria a la moral (*sittenwidrig*), se extiende la punibilidad por razones morales. Lo mismo resulta, cuando las coacciones a pesar de la adecuación a Derecho de los medios empleados y del fin perseguido deben ser punibles, sólo porque la relación medio-fin resulta “reprochable”.⁹⁹ Tampoco las numerosas limitaciones ético-sociales del derecho a la legítima defensa, que defiende la doctrina mayoritaria,¹⁰⁰ pueden convencer bajo esta

⁹¹ BGHSt 18, 87, 90.

⁹² RGSt 70, 151, 159.

⁹³ BGHSt 6, 198, 199.

⁹⁴ BGHSt 6, 198, 199.

⁹⁵ RGBl. I, 295.

⁹⁶ RGBl. I, 341.

⁹⁷ BGBl. I, 742.

⁹⁸ Véase Schönke, Schröder, Lenckner y Eisele (cit. n. 53), Vor § 13 marg. 52; Hirsch, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre”, ZStW 94 (1982), pp. 239, 240; Günther, SK-StGB (cit. n. 60), 1998, Vor § 32 marg. 20; Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, 87 (1975), pp. 539, 541; Welzel (cit. n. 69), p. 62.

⁹⁹ Así BGHSt 17, 324, 331, donde se engarza como criterio decisivo con el “sentimiento jurídico del pueblo”; críticamente, al respecto, Horn y Wolters (cit. n. 60), 2003, § 240 marg. 37.

¹⁰⁰ Véase BT-Drs. V/4095, p. 14; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 4ª ed., 2006, § 15 marg. 55 y ss.; Schönke, Schröder, Lenckner y Perron (cit. n. 53), § 32 marg. 43; Günther, SK-StGB (cit. n. 60), § 32 marg. 103 y s.; Lenckner, “Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr”, GA, 1968, pp. 1, 9.

óptica.¹⁰¹ Frente a ello, debieran merecer distinto juicio limitaciones ético-sociales del tipo como, por ejemplo, la exclusión bajo el punto de vista de la adecuación social, de una conducta que sólo literalmente pudiera subsumirse en una norma penal.

D. Conclusión

Si a modo de conclusión resumo mis palabras una vez más, no tengo más remedio que llegar a la constatación de que todos los conceptos con los que ha sido caracterizado más arriba el Derecho Penal nacional-socialista, encuentran sin esfuerzo correspondencias

en la dogmática actualmente defendida o incluso dominante. En mi opinión, esta conclusión no sólo debe ser motivo de preocupación, también, y ante todo, de un examen crítico. Pero muestra finalmente, a su vez, que “los modernos desarrollos de la ciencia del Derecho Penal” sólo debieran tener lugar mediante la atención y el tratamiento de la propia experiencia histórico-jurídica y de la acontecida en otros Estados —para que todo nuestro desarrollo jurídico no se quede en vueltas irreflexivas e inseguras, sino que mediante el intercambio de nuestros respectivos conocimientos histórico-jurídicos y aprendiendo unos de otros, avancemos juntos hacia un mejor desarrollo.

¹⁰¹ Así también, Spendel, LK-StGB (cit. n. 52), § 32 marg. 308; Marxen, *Die sozioethischen Grenzen der Notwehr*, 1979, pp. 27 y ss.; Erb en *Münchener Kommentar* (cit. n. 65), § 32 marg. 179 y ss.

