

NACIONALSOCIALISMO Y DERECHO PENAL.
APUNTES SOBRE EL CASO DE H. WELZEL.
UN HOMENAJE TARDÍO A JOACHIM VOGEL*

JEAN PIERRE MATUS ACUÑA
Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

El inesperado y prematuro fallecimiento del Prof. Dr. Joachim Vogel el pasado año sirvió para que muchos recordásemos su enorme generosidad, capacidad de trabajo y entrega personal al estudio y enseñanza del Derecho Penal. En ese contexto, también se recordó su interés por la internacionalización de nuestra disciplina, en el sentido de enfrentar las discusiones existentes más allá del ámbito de influencia de la doctrina escrita en alemán y cuestionarse con un espíritu abierto y libre su utilidad frente a los desafíos de las regulaciones de efectos transnacionales, incluyendo cuestiones fundamentales tales como la regulación penal de la economía y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y también, por cierto, su esfuerzo por recuperar la memoria del desarrollo de nuestra disciplina y, sobre todo, dilucidar la influencia en ella del nacionalsocialismo.

Como un homenaje póstumo y tardío a quien tuviera la delicadeza de revisar y corregir versiones preliminares de mi tesis doctoral mientras disfrutábamos de unas vacaciones de navidad del año 1994, me propongo exponer a la comunidad los antecedentes disponibles en los archivos y biblioteca de la Universidad de Göttingen y del Estado de Baja Sajonia (Hannover), que demuestran la compatibilidad de la teoría de la acción final con el derecho nacionalsocialista y el apoyo personal

* El presente texto es un extracto de mi libro “La transformación de la teoría del delito en el Derecho Penal internacional” (2008), el cual fuera escrito durante mi estadía en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (Alemania), durante los meses de marzo y junio de 2008, y es producto de una investigación iniciada en agosto de 2007, como parte de una Beca Post-Doctoral financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a cuyos directivos, funcionarios y colaboradores agradezco profundamente. Mis agradecimientos se dirigen además al Sr. Rector y directivos de la Universidad de Talca, quienes me han permitido disfrutar esta larga estancia de investigación.

Especialmente quiero también agradecer a mi huésped, Prof. Dr. Kai Ambos, quien me facilitó todos los medios materiales y bibliográficos disponibles en la magnífica colección que ha formado sobre Derecho Penal internacional y comparado, los cuales hicieron posible desarrollar mi trabajo.

al régimen de Welzel, manifestado al comienzo de su establecimiento, durante el mismo y aún después de su caída.¹

1. El punto de partida: el método dogmático carecía de herramientas para discutir la legitimidad democrática del ordenamiento penal nacionalsocialista

Es un lugar común entre nosotros afirmar que una de las principales características de la dogmática penal de raíz germana, por su carácter científico,² aunque explica el Derecho Penal vigente en un momento determinado, no estaría limitada “por el acuerdo de las mayorías” que origina ese derecho positivo,³ sino que sería también de “alcance universal”, como desde hace más de un siglo lo declarase *v. Liszt*.⁴

Es más, el fenómeno de la trasposición de la dogmática alemana a diversos países con legislaciones también diferentes en su formulación y origen habla en favor de la idea de que efectivamente, y a pesar de su indiferencia respecto a otros ordena-

¹ Para otros datos biográficos de Welzel en relación a su participación en actividades nacionalsocialistas, así como a su trabajo con posterioridad a la caída del régimen y a sus relaciones académicas con quienes lo formaron y a quienes formó, tanto alemanes como iberoamericanos, especialmente a partir de la década de 1950, ver VELÁSQUEZ, Fernando, Hans Welzel: *Una aproximación a su vida y a su obra* en Urquiza (ed.), *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez* (Lima, 2007), p. 1035. Hay que reconocer, con todo, que no es el de Welzel el único ni el peor de los ejemplos en la materia, como ha demostrado MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, *Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo* (Madrid, 2002), *passim*. Durante el nacionalsocialismo, Mezger, al igual que Welzel, aprobó la introducción de la cláusula de analogía como fuente de creación del Derecho Penal “conforme al sano sentimiento del Pueblo Alemán” e identificó la antijuridicidad material con la infracción al pacto que existía entre el Führer y la “comunidad del pueblo”; no limitándose a apoyar “dogmáticamente” el Derecho Penal nacionalsocialista, sino también participando activamente en su creación, como asesor ministerial en la elaboración de la Ley sobre “delincuente peligroso habitual” y del Proyecto “sobre tratamiento de extraños a la comunidad” (pp. 136 y ss., 233 y ss., y 335 y ss.).

² Véase, por ejemplo, el prólogo del Tratado de Jakobs, donde se declara el carácter “científico” del “desarrollo de una teoría” como la que propone (JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. [Berlín, 1993]), p. vii). En el extremo, Hirsch llega a considerar, que sólo la dogmática alemana sería propiamente científica (HIRSCH, Hans Joachim, *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft*, *ZStW* 116 [2004], pp. 835 [847]).

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, *GA* 151 (2004), p. 684.

⁴ V. LISZT, Franz, en: v. Liszt (ed), *Das Strafrecht der Staaten Europa* (Berlín, 1894), p. xi (p. xxiv): “La ciencia del Derecho Penal [...] como aclaración de los elementos generales del concepto del delito es necesariamente internacional”, pues “el concepto de responsabilidad penal es el mismo en Francia y en Suecia”.

mientos jurídicos, la dogmática penal alemana tendría en sí misma la capacidad de aplicarse con carácter universal. Si no sólo en los países iberoamericanos se le cita “disciplinadamente”.⁵ Así, también en el otro extremo del mundo, Yamanaka describe la historia de la dogmática japonesa como un proceso similar al vivido entre nosotros.⁶

Sin embargo, esta adaptabilidad de la dogmática alemana a otros sistemas jurídicos, si bien puede ser una confirmación empírica de que algunas de las teorías que sus cultores han desarrollado poseen un grado suficiente de abstracción como para considerarse “universales” e independientes del derecho positivo alemán, al mismo tiempo presenta el problema de que ello supone que, con independencia de si se está ante un régimen dictatorial o uno democrático, si éste adopta en su legislación tales teorías, estaría en lo correcto, desde el punto de vista dogmático.

En palabras de Welzel, para el Strafrechtswissenschaftler

“sólo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito): todo lo demás se sigue forzosamente, aun cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten. Las cosas tienen su propio peso”.⁷

Es decir, lo que sería exigible a la actividad de crear teorías penales sería la capacidad de construir teorías que respondan a la idea de sistema, entendida en Alemania, desde Kant, como “la unidad de los variados conocimientos bajo una idea”;⁸ y a partir de esa unidad deducir las forzosas propuestas normativas que le siguen dentro de ese determinado sistema teórico, por definición no atado a las limitaciones de un concreto sistema jurídico y de su aplicación por parte de una concreta jurisprudencia.⁹

⁵ AMBOS, Kai, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2ª ed. (Berlín, 2002), p. 56.

⁶ YAMANAKA, Keiichi, *Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg. Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre*, en: Jehle/Lipp/Yamanaka (eds.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht* (Göttingen, 2008), p. 173; en: http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap_symposium_GJS_2.pdf (22.10.2014).

⁷ WELZEL, Hans, *Ober den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, en: Bockelmann et al. (eds.), *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht* (Berlín, 1944), p. 101 (116).

⁸ La cita de Kant corresponde a un texto de la *Crítica de la razón pura*, que se reproduce en ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4ª ed. (München, 2006), pp. 194 y s.

⁹ Esto podría explicar por qué a veces resulta tan difícil tolerar a un penalista, sobre todo en Latinoamérica. En efecto, dado que las premisas o puntos de partida dependen de una elección personal, al penalista se le puede escuchar, seguir, aplicar sus premisas a algún problema concreto no estudiado todavía, o declarar “incorrectas” las propuestas surgidas con base a otras premisas. Pero “discutir” con él acerca de la utilidad o practicabilidad de tales teorías en realidad no es posible: la elección de las premisas es indiscutible y las consecuencias, lógicamente necesarias. La idea de

Luego, con total independencia de su origen y práctica reales apartados de los cánones democráticos, si un sistema como el nacionalsocialista ofreciese al menos para los alemanes un Derecho Penal ajustado a los puntos de partida aceptados por una determinada teoría, este derecho no sería criticable teóricamente, sino, por el contrario, serviría de insumo y material para comprobar la operatividad de los puntos de partida elegidos.

Es por ello que Joachim Vogel insiste en que el régimen nacionalsocialista no habría significado realmente para el conjunto de la Strafrechtswissenschaft una ruptura, sino a lo más una “exacerbación” de ciertos rasgos que ya se habían manifestado durante la República de Weimar y que habrían continuado –junto con la continuidad personal de prácticamente todos los profesores de la época– presentes después de 1945, particularmente en lo que respecta a la pérdida de valor del “principio de legalidad”, y la sobrevaloración de la “etización” y la consiguiente “subjetivización” de la teoría del delito,¹⁰ características propias del finalismo.

Esto quiere decir que desde el punto de vista teórico, el Derecho Penal nacionalsocialista, al menos el que se aplicaba a los alemanes, no aparecía como un sistema legislativo contradictorio con los puntos de partida (y el desarrollo) de la teoría de la acción final de Welzel, sino al contrario.

*2. Los aspectos concretos de la compatibilidad
de los planteamientos y conducta personal de Welzel
con el Derecho Penal nacionalsocialista y el Führerstaat*

No obstante lo dicho anteriormente, uno podría considerar que el miedo y el terror reinantes en la época nacionalsocialista eran suficiente estímulo para no mostrarse abiertamente contrario al régimen ni a sus representantes en la vida universitaria; y que el hecho de que la legislación nacionalsocialista (al menos la aplicable a los alemanes) no contradijese los postulados de una teoría sin color político sería más bien una casualidad histórica no vinculada a las preferencias políticas del teórico.

Luego, en condiciones históricas diferentes, podría ser cierto que una teoría puramente científica pudiese presentarse como límite de la actividad política.

De allí que sería posible una afirmación como la de Kai Ambos, quien asegura que la sistemática tripartita tradicional alemana basada en el pensamiento finalista, ofrecería un muy buen punto de apoyo a la función ideal de mantenimiento

que sean posibles otros acercamientos a la cuestión debatida equivale a la idea de que las propias capacidades de elección o deducción lógicas son defectuosas, esto es, casi a una ofensa personal.

¹⁰ VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht* (Berlín, 2004), pp. 14 y ss., 37, 74 y nota al pie N° 299 en p. 82.

del Estado de Derecho que le atribuye al pensamiento sistemático alemán, pues “ya el reconocimiento de las estructuras lógico-objetivas puede poner límites a la arbitrariedad del legislador autoritario”.¹¹

O como en similar sentido afirma Schünemann, al plantear la idea de que la dogmática penal alemana cumpliría en general con una “función de mantenimiento del Estado de Derecho”, consistente en su supuesta capacidad crítica frente a la jurisprudencia, los proyectos y textos legales que se apartarían de las ideas de separación de poderes y respeto a las garantías y derechos mínimos de las personas.¹²

Sin embargo, como ya se dijo, parece que esta idea limitadora de la ciencia penal se encuentra a su vez limitada por la historicidad, pues como reconoce Albin Eser, dado el decidido apoyo que la inmensa mayoría de los profesores de Derecho Penal alemanes dieran en su momento al régimen nacionalsocialista y sus reformas penales, muchas de las cuales son parte de la doctrina dominante hasta hoy en día,¹³ se puede ser “escéptico” respecto a la idea de que la Strafrechtswissenschaft pueda considerarse a sí misma “un medio de protección contra las dictaduras”.¹⁴ Y lo mismo podría decirse del comportamiento de algunos juristas latinoamericanos frente a las dictaduras de la última mitad del siglo XX, que no veían incompatibilidades entre éstas y el sistema dogmático alemán adoptado acríticamente, como claramente demuestran Politoff¹⁵ y Rivacoba.¹⁶

En efecto, en general, la actitud complaciente con el régimen nacionalsocialista y su política criminal de la mayor parte de los cultores de la *Rechtstheorie* en dicha

¹¹ AMBOS, Kai, 100 Jahre Belings “Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?, *ZIS* (2006), 464 (470, nota 89) (hay versión en castellano: RECPC. 09-05 (2007), 05:01; en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>). En el mismo sentido, ver BACIGALUPO, Enrique, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, en: Arnold *et al.* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag (München, 2005), p. 61 (63).

¹² SCHÜNEMANN, Bernd, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *GA* (1995), 201 (224).

¹³ WOLF, Gerhard, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?, *JuS* (1996), 189.

¹⁴ ESER, Albin, Schlussbetrachtungen, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick* (München, 2000), p. 437 (439).

¹⁵ POLITOFF, Sergio, Adecuación Social y terror en América Latina: El papel de la justicia, *Derecho Penal y Criminología* 7 (1984), 71.

¹⁶ RIVACOBAY Y RIVACOBAY, Manuel, Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida en *Doctrina penal* (1987), 713.

época, se derivaba, según Rüpíng, de que ella voluntariamente habría asumido la tarea de “apoyar al sistema” mediante la “legitimación del Führerstaat”.¹⁷

Y en el caso que analizamos, no parece que Welzel le haya dado a su teoría la función de oponerse al nacionalsocialismo cuando tuvo la oportunidad de hacerlo, esto es, antes, durante y después del ascenso y caída del régimen nacionalsocialista. Es más, al contrario de Mezger, no parece que Welzel hubiese tenido que abjurar de ideas previas “liberales”, ni modificar sus pautas de comportamiento, sino que, como veremos, pudo desarrollar sus ideas en el período de auge del nacionalsocialismo, al mismo tiempo que apoyaba las ideas y políticas del Führerstaat.

En efecto, en cuanto a la conducta personal de Welzel frente a la dictadura nacionalsocialista, ésta puede resumirse en la frase de Karl Siegert (1937), “hombre de confianza de la Federación Alemana de Docentes Nacionalsocialistas en la facultad” de Göttingen, cuyo proyecto era establecer una Facultad con los mejores profesores nacionalsocialistas¹⁸: aunque a Welzel no podría considerársele “un activista” sus enseñanzas eran tenidas por completamente compatibles con la ideología nacionalsocialista.¹⁹ Así lo acreditan, además, los informes “políticos” de los estudiantes nacionalsocialistas de Bonn,²⁰ del Decano Niedermeyer al momento de llamarlo en 1936 para asumir la cátedra en Göttingen.²¹ Dichos informes, así como su membresía en el NSDAP y en otras organizaciones “científicas” nacio-

¹⁷ RÜPING, Hinrich, Nationalsozialismus und Strafrecht, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 36 (2007), 1007 (1009).

¹⁸ Una evaluación general de la implementación de este proyecto, que en cinco años supuso el cambio de más de la mitad de los doce profesores de la Facultad, puede verse en HALFMAN, Frank, Eine Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter: Die juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, en: Becker/Dahms/Wegeler (eds.), *Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus*, 2ª ed (München, 1998), p. 102.

¹⁹ Según SIEGERT, Karl, Documento en: Universitäts Archiv Göttingen (UAG); R, 4130, p. 4: “Er ist allerdings kein Aktivist [...] arbeitet aber Loyal mit und vertritt nationalsozialistische Rechtsauffassungen”.

²⁰ La copia de la carta de la Studentenschaft de Köln (UAG, K, XVI.II.B.18.II, folio 51) retransmitida por su correspondiente en Göttingen con fecha 16.1.1936, dice así: “Dr. Welzel ist Führer der juristischen Dozentenschaft der Universität Köln. Er ist als Dozent bei seinen Hörern sehr beliebt. Auch als kameradschaftlicher und brauchbarer Mitarbeiter in Arbeitsgemeinschaften und lagern der Fachschaft hat er sich sehr schnell in unsere Arbeitsdenkweise eingefunden. Wissenschaftlich steht W. in derselben Richtung, wie sie von den beiden Kieler Strafrechtlern Dr. Dahm und Dr. Schaffstein vertreten wird. Heil Hitler! gez. Riechelmann, Leiter der Studentenschaft”.

²¹ El informe del Decano Niedermeyer, de 2.1.1936, p. 3, al momento de pedir al Ministerio de Educación el llamado de Welzel para la Cátedra (UAG XVI.II.B.18, Kur 808, folio 48), en la parte que corresponde, dice así: “Seine Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus ist aufgeschlossen und ehrlich, was auch seine Schriften bezeugen. Er ist nicht Parteimitglied, war aber in Köln Unterführer der Dozentenschaft in der Juristischen Fakultät Köln und ist Bannreferent der Hitlerjugend”.

nalsocialistas, condujeron a que, en el primer proceso de desnazificación a que fue sometido con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial, Welzel fuese considerado en la categoría de Mitläufer. Posteriormente, en el proceso escrito de revisión de dicha calificación, no se consideraron tales informes como “medios de prueba”, sino únicamente los “Persilscheine” (declaraciones juradas de amigos y colegas) que presentó Welzel en su defensa con el efecto de declararse, en definitiva, como “entlastet”, esto es, sin cargos.²²

Y en lo que respecta a la compatibilidad con el régimen de las propuestas sistemáticas y político-criminales de Welzel, las “diferencias” que Bacigalupo detecta entre la teoría finalista y las propuestas de Schaffstein y Dahm,²³ los más reconocidos “ideólogos” del Derecho Penal nacionalsocialista o Escuela de Kiel,²⁴

²² El proceso de desnazificación de Welzel, que he consultado personalmente, consta de 43 fojas y se encuentra en el Staatsarchiv Hannover, bajo la signatura H-VE/GÖ-ST, Nr. 3680 (Nds. 171 Hild. 10951). La resolución que desestima los informes nacionalsocialistas citados en la nota anterior se encuentra a fojas 22 vuelta. Una exposición detallada del proceso de desnazificación de Welzel, así como una crítica a la conocida falta de apego a la verdad de los mencionados “Persilscheine”, puede verse en STICHT, Oliver, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977) (Paderbon y otro, 2000), pp. 25 y ss., quien, además, “explica” el comportamiento de Welzel durante el régimen nacionalsocialista por su “interés personal en asegurar su existencia y la de su familia” (p. 20). La afirmación de un discípulo de Welzel en Göttingen, LOOS, Fritz, Literaturbericht: Rechtsphilosophie, *ZStW* 114 (2002), 674 (675), en el sentido de que Welzel habría compartido con Smend una “posición de rechazo al régimen” nacionalsocialista dentro de la Facultad de Derecho de Göttingen, según el “Persilschein” que el propio Smend le diera, omite el hecho de que Smend fue todo menos un “opositor” al régimen. En efecto, según me confirmara la Prof. Dr. Eva Schumann, Catedrática de Historia del Derecho en Göttingen, en entrevista personal de 7.4. 2008, Smend fue obligado a incorporarse a la Facultad de Göttingen por el Ministerio Prusiano de educación, a petición del entonces Decano Siegert, precisamente en razón de su entonces conocida “lealtad” con el nacionalsocialismo (SIEGERT, *op. cit.*) lo que explica no sólo que haya sido delegado (Stellvertreter) del propio Siegert cuando éste se alistó en el ejército (1939) y su sucesor como Decano a partir de 1941, sino también que le diera a Siegert un “Persilschein” prácticamente idéntico al empleado por Welzel, contradiciendo así la historia construida, a posteriori, donde se hace aparecer ese traslado obligatorio como una “degradación” por su supuesta posición contraria al régimen (véase especialmente SCHUMANN, Eva, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955, en: Schumann [ed.], *Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im “Dritten Reich” und in der Nachkriegszeit* (Göttingen, 2008), p. 65 [114], nota al pie N° 187). Anteriormente, LOOS, Fritz, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, *JZ* (2004), 1115 (1115 s.), omite también toda referencia a las relaciones de su “maestro” con el nacionalsocialismo y, en cambio, destacaba su innegable éxito dogmático, tanto en la jurisprudencia alemana a partir del año 1952, como en la enseñanza del Derecho Penal en Alemania a través de su “Derecho Penal alemán”, y finalmente como asesor ministerial en la Reforma del Código penal comenzada con el Proyecto de 1962, que cristalizó en 1975, con varios cambios en la parte general que reflejaban sus propuestas.

²³ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 61.

²⁴ Por todos, véase el detallado análisis de CATTANEO, Mario A., *Strafrechtstotalitarismus, Terrorismus und Willkür* (Baden-Baden, 2001), pp. 194 y ss.

no parecen tan radicales. Al contrario, bien pueden asimilarse a las diferencias que hoy existen entre la sistemática tradicional tripartita y la escuela holística de Jakobs,²⁵ pero sin que ello significase diferencias en los conceptos fundamentales de la ideología nacionalsocialista en materias penales.²⁶ Estas diferencias “intra-sistémicas”, que no alcanzaban a servir de base para una crítica decidida de parte de Welzel a la Escuela de Kiel,²⁷ son atribuibles por Frommel más bien al carácter “conservador” que, dentro del nacionalsocialismo, representaban las ideas “eti-zantes” de Welzel frente a las de Schaffstein y Dahm.²⁸

Y todo ello se puede demostrar con un análisis desprejuiciado de las obras de Welzel antes de que el régimen derivara en una dictadura completa, durante la misma y con posterioridad a su total derrota en la Segunda Guerra Mundial, parece apuntar también a que ellas no sólo tenían como propósito ofrecer un sistema de imputación compatible con el estado totalitario que se creaba, sino, además, justificar algunos de sus rasgos más destacables, en lo que a antiliberalismo, odio racial y operaciones eugenésicas se refiere.

Así, en su trabajo de habilitación, aparecido en 1935, dos años después del ascenso al poder de Hitler, Welzel afirmaba que “el prodigioso suceso de la revolución nacionalsocialista” lo había llevado a preguntarse por la historia y el futuro del Derecho Penal, rechazando con Karl Schmitt el “liberalismo” y el “positivismo

²⁵ Lo que se aprecia claramente en la propuesta de sistematización DAHM, Georg, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft.*, *ZStW* 57 (1938), 225 (315), donde se propone que “la tipicidad se amplíe más allá del tipo penal, abarcando en sí no sólo las causales de exclusión del injusto, sino también las causales de exclusión de la culpabilidad como elementos negativos de los comprendidos en el tipo penal”.

²⁶ Al respecto, véase especialmente DAHM, Georg, *op. cit.* (1938), 225 (292 y ss.), donde defienden su teoría del Derecho Penal como realización del “orden concreto” (del momento), útil para, sin llegar a “exagerar el pensamiento jurídico normativista”, “la determinación de los deberes de actuación”, decisiva en los “delitos de omisión” y, al mismo tiempo, los contornos de la parte especial; pero, sobre todo, para comprender la esencia del delito “en la comunidad del pueblo”, esto es, como un acto “contrario al orden” (“das Verbrechen eben ‘Unordnung’ ist”), esto es, como “una contradicción insoportable a la moral de la comunidad”.

²⁷ De hecho DAHM, Georg, *op. cit.* 225, presenta la obra como una respuesta a las críticas recibidas anteriormente por parte de los penalistas de Marburg, Zimmerl y Schwinge, citándose a Welzel únicamente en apoyo de sus propias tesis y no de las de sus críticos. Así, por ej., en nota 4, p. 227, se cita su *Naturalismus (Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935, passim)* como otra obra contraria a las tesis “naturalistas” de la “Escuela de Marburg”; en nota 63, p. 251, se lo trae a colación para fundamentar la idea de que la ley no crea artificialmente el “orden vital”, sino que éste emana de la “comunidad del pueblo”; y en nota 33, p. 312, para fundamentar la crítica a la distinción entre injusto y culpabilidad de la escuela “clásica” alemana.

²⁸ FROMMEL, Monika, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel, *ADPCP* XLII (1989), 621.

naturalista” anteriormente imperantes, y afirmando que la “tarea política” que Schaffstein le asignaba a la “ciencia jurídica” del nacionalsocialismo era “comprender los valores de la época histórica concreta” que en ese entonces se vivía, por lo que la “dogmática” no debía ser más vista como un “dominio de lo puramente jurídico”, sino que debía permanecer “estrechamente” unida en su sentir con “la vida histórica, económica, sociológica, religiosa y política” de la comunidad “estado-pueblo”, “de cuyo destino depende”, pues “el concreto orden vital debe ser visto en la gran unidad [...] en la comunidad del pueblo, y en relación con la situación histórica concreta, la cual en el ámbito jurídico se condensa sobre todo en la voluntad expresada del Führer, esto es, en la ley”. En este contexto, no parece casualidad que en este trabajo Welzel llame a unir la dogmática con los valores del pueblo; cite profusamente a Schmitt, Dahm, Schaffstein y Freisler; califique al positivismo como “cienticismo” incapaz de comprender “la realidad” de “la raza y el carácter nacional” (“Rasse und Volkstum”); y considere como una valiosa “aclaración” del pensamiento “fascista, bolchevique y nacionalsocialista” la denuncia del “relativismo” como una “cosmovisión cultural dominante” que debería cambiarse junto con “la idea del Estado”.²⁹

Por eso es consecuente con estas ideas la identificación que, suponemos en aplicación de este “programa” para el futuro Derecho Penal, posteriormente hace Welzel entre el “desvalor de acto” y el abandono de los “valores ético-imperantes” en la dictadura nazi;³⁰ y en su concepto de delito como “una fractura o caída del orden real de las costumbres del pueblo”.³¹ Nótese que Mezger, supuesto contradictor de Welzel, suscribía este concepto en 1941, por estimar que correspondía plenamente a la realización del programa nacionalsocialista, reflejado en el punto 3 de los “Principios” elaborados por la oficina de asuntos jurídicos del NSDAP en 1935, a saber, que “el Derecho Penal nacionalsocialista debe ser construido sobre el deber de fidelidad al pueblo”.³² Lo mismo cabe decir del “descubrimiento” a

²⁹ WELZEL, Hans, *op. cit.*, las citas literales, en el orden que aparecen en el texto, corresponden a las p. vii, 74, 75, 76, las notas al pie N°s. 50, 51, 53, 56 y 57, la p. 72 y la nota al pie N° 48.

³⁰ WELZEL, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), 491 (497).

³¹ WELZEL, Hans, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen* (Berlín, 1940), p. 2. La frase original de Welzel es: “ein Ausbrechen oder Abfallen von der wirklichen sittlichen Gemeinschaftsordnungen des Volkes”.

³² MEZGER, Edmund, *Deutsches Strafrecht*, 3ª ed. (Berlín, 1943), pp. 42 y s. Es de destacar que, en esta época, Mezger tampoco veía diferencias con Welzel en cuanto a que “el concepto de la conducta”, “no pertenece al mundo del simple, naturalista y causalista ser, sino al mundo del ser valorado (mundo de los valores)”, y que en ese mundo la valoración sólo “se logra mediante un concepto finalista de conducta”, poniendo únicamente en duda la reducción de todo el concepto de conducta al “contenido de la voluntad” y la consecuente sistematización welzeliana (p. 47).

posteriori de la filosofía de Hartmann, como fundamento para la teoría de la acción finalista, dado el carácter declaradamente nazi y antiliberal de dicho autor.³³

En concreto, Welzel no sólo estimaba de “enorme significado” para “la nueva formación del Derecho Penal” “las investigaciones sobre eugenesia y raza”,³⁴ sino también otorgó su aprobación “científica” a la disolución de la garantía del principio de legalidad para aplicar el Derecho Penal con fines políticos.

Así, aprobó categóricamente la introducción de la cláusula de aplicación analógica del Derecho Penal conforme “al sano sentimiento del pueblo alemán”, introducida por el régimen Nazi en el § 2 del entonces vigente StGB, pues ella permitiría aplicar el Derecho Penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su “contenido material”, esto es, “los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas del Derecho Penal”, entre los cuales menciona, en primer lugar, “la fidelidad al pueblo, al Reich, a la Führung” y “la obediencia al poder estatal”.³⁵

Por eso no extraña que Welzel, en vez de criticarlo, se haya dado el trabajo de buscar una fundamentación adecuada a su teoría de la acción final para la “delimitación” del concepto de Volkschädlinge (“parásitos del pueblo”), título de la “ley” de 5.9.1939, cuyo § 4 castigaba con la pena de prisión de 15 años y hasta la de muerte, “cuando así lo exija el sano sentimiento del pueblo”, al que “aprovechándose de las circunstancias de la guerra”, “dolosamente” “cometa cualquier delito”. Según la interpretación del Tribunal Supremo del Reich, siguiendo las directrices del Secretario de Estado Freisler, la amplitud del texto se “limitaba” por el hecho de que sólo se aplicaba a los “parásitos del pueblo”.³⁶ En la interpretación “finalista” de Welzel, el “contenido de ilicitud” de estos delitos, esto es, lo que convertía a una persona en un “parásito del pueblo”, estaba constituido únicamente por los “elementos subjetivos de autor” que demostraban la existencia de “un ánimo que lleva el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo”,

³³ Al respecto, CATTANEO, Mario A., *op. cit.*, pp. 237 y s., muestra como la idea de la “recta conciencia” de la voluntad en el pensamiento ético de Hartmann, se presenta como contraria con el liberalismo de la ilustración, al exigir la constatación de un contenido “positivo” de la voluntad, “superior” al mero comportamiento externo ajustado a la norma.

³⁴ WELZEL, Hans, *De Allgemaine*, *op. cit.*, p. 75.

³⁵ WELZEL, Hans, *Ober...*, *op. cit.*, p. 101 (108).

³⁶ Según WERLE, Gerhard, *Das Strafrecht als Waffe - Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5 September 1939*, *JuS* (1989), 952 (956), la doctrina de Freisler afirmaba que esta calidad se podría determinar cuando, según la clase de delito, la vida anterior del autor, sus condenas anteriores, su “ánimo” criminal contra la comunidad, o la forma y modo como ha cometido el delito, quede “demostrado” que “el autor corresponde al tipo del Volkschädling”. El texto de esta “ley” puede leerse en http://de.wikisource.org/wiki/Verordnung_gegen_Volksschädlinge (22.10.2014).

que debía castigarse con “todo el rigor del Derecho Penal”, esto es, según la “ley” en que ellos se contenían, la pena de muerte.³⁷

Que este apoyo al Derecho Penal nacionalsocialista no se encontraba únicamente dirigido al público interesado en la literatura especializada y en las “notas al pie” de sus obras, queda claro cuando se revisan las ediciones de su Derecho Penal alemán durante el régimen nacionalsocialista. Así, aparte de su ya citado concepto de delito aparecido en la primera de ellas (1940), en la tercera, aparecida un año antes del término de la guerra (1944), reproducía para sus estudiantes que lo que estaba detrás de la ley penal eran “los valores positivos de la recta conciencia”, esto, es, la “lealtad al pueblo, al Reich, a la Führung, etc.”,³⁸ y agregaba, valorando positivamente las reformas nacionalsocialistas, lo siguiente:

“A pesar de que el StGB se ha mantenido inalterado en su gran parte, las modificaciones legales del Tercer Reich lo han llevado en un nuevo nivel. Entre ellas se cuentan: a) la eliminación de limitaciones liberales, especialmente de la estricta vinculación del juez a la ley, la reordenación y revaloración de los delitos de traición y el aumento de la penalidad en numerosos delitos; b) la complementación de las penas con medidas de seguridad y reeducación; c) el cambio del acento en el concepto de delito, pasando desde el resultado al lado de la voluntad y la conciencia, la derogación de la atenuación obligatoria en la tentativa y la complicidad (una exigencia del “Derecho Penal de la voluntad”), la introducción de “momentos de la conciencia” en la construcción de delitos, como en el caso del § 211 StGB. Así, la valoración del autor se considera en primer plano frente a la del hecho externo (lo que se denomina muchas veces como Derecho Penal de autor)”.³⁹

³⁷ WELZEL, Hans, *Persönlichkeit und Schuld*, *ZStW* 60 (1941), 428 (461), nota al pie 61.

³⁸ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 3. ed. (Berlín, 1944), p. 1. La cita literal es: “stärker als jeder andere Teil der Rechtsordnung wurzelt das Strafrecht in den spezifisch sittlichen Grundwerten eines Volkes. Hinter seinen Normen, die überwiegend ein ‘Du sollst nicht’ gebieten, stehen die positiven Grundwerte der aus rechtlicher Gesinnung Fließenden Handlungen: die Treue gegenüber Volk, Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt, die Wehrbereitschaft, die Reinheit des Eides [...]”.

³⁹ WELZEL, Hans, *Der allgemeine*, *op. cit.*, p. 11. Nuevamente, para evitar malos entendidos, reproduzco literalmente el texto traducido: “Die Gesetzgebung des Dritten Reiches stellte das StGB trotz unveränderter Beibehaltung der großen Stoffmasse in entscheidenden Punkten auf eine neue Ebene. Hiervon sei hervorgehoben: a) Beseitigung liberaler Einschläge, besonders der strengen Gesetzesgebundenheit des Richters, Neuordnung und Neubewertung der Verratsverbrechen, Strafschwererungen für zahlreiche Tatbestände, b) Ergänzung der Strafe durch sicherende und bessernde Maßnahmen, c) Akzentverlagerung im Verbrechensbegriff von der Erfolgs- auf die Willens- und Gesinnungsseite, Beseitigung der obligatorischen Milderbestrafung von Versuch und Beihilfe (Forderungen des ‘Willensstrafrechts’), Ausbau der Gesinnungsmomente, vgl. § 211 StGB. Die Bewertung des Täters rückt in der Vordergrund gegenüber der Bewertung der äußeren Tat (vielfach Täterstrafrecht genannt)”.

Esta aprobación personal de Welzel al proyecto penal nacionalsocialista explica por qué, en la siguiente edición de su Derecho Penal, un par de años después del término de la Segunda Guerra Mundial (1947), le atribuyese a dichas reformas un carácter “apolítico”⁴⁰ y, por tanto, compatible con el nuevo orden, tal como otros de sus colegas alemanes también lo sugirieron, permitiendo así, que no se produjese una verdadera “desnazificación” en el Derecho Penal de la posguerra.⁴¹

Pero, al igual que en el período anterior, una vez restaurada la democracia, Welzel no sólo se limitó a apoyar “en abstracto” las manifestaciones nacionalsocialistas del Derecho Penal, sino que también prestó, “en concreto”, apoyo “científico” con sus ideas a quienes, por su participación en los crímenes nacionalsocialistas y, en particular, respecto a la “operación eutanasia”, empezaron a ser juzgados penalmente.

Así, con base en su “teoría subjetiva” de la autoría, felicita el fallo del OGH de 5.3.1949, en que se condenó como “cómplices” a un par de médicos que habían participado en la “operación eutanasia”, mediante la selección y transporte a su destino final de los extranjeros, incapaces para el trabajo o la guerra que padecieran determinadas enfermedades mentales.⁴²

Según Welzel, sólo Hitler, como el que dio la orden (Befehlgeber), sería “el autor” de la operación eutanasia, por lo que estima adecuado considerar a los médicos que materialmente dieron muerte a quienes consideraron “vidas sin valor” a lo más como “cómplices”, para no caer en un “burdo” “objetivismo” (!); criticando, por “incorrecto”, otro fallo del OLG Frankfurt que consideró al que ejecutaba materialmente los hechos como autor.⁴³ Además, rechaza Welzel categóricamente que en dicho fallo no se haya aceptado para estos médicos como causa de exclusión de la penalidad el “estado de necesidad extralegal” (como sí lo había hecho el tribunal de instancia, liberando de cargos a los acusados). Según Welzel, ese estado de necesidad derivaba del “derecho natural” y operaba justamente en situaciones extraordinarias como las vividas bajo el régimen nazi, y, donde se debía

⁴⁰ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 4ª ed. (Berlín, 1947), p. 10.

⁴¹ Al respecto, véase, con detalle, VOGEL, Joachim, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁴² Su resumen se encuentra en las pp. 341 y ss. de la Revista MDR (1949). Esta doctrina se ha mantenido incluso en el fallo más o menos reciente del BGH de 14.12.1988, donde, aplicando esta doctrina welzeliana, se calificó como mera complicidad la conducta de un médico que se habría encargado personalmente de “abrir el grifo” en la matanza de al menos 2.340 pacientes psiquiátricos mediante el sistema de “duchas” de gas ideado al efecto, condenándolo apenas a tres años de cárcel. Vogel (nota 10), nota N° 329 en p. 89, calificó este fallo como “escandaloso”. Una valoración crítica global de los procesos llevados adelante por los tribunales alemanes sobre la operación eutanasia, puede verse en Benzler/Perels, en: Loewy/Winter (eds.), “Euthanasie” vor Gericht, Fritz Bauer und die Grenzen juristischer Bewältigung, 1996, p. 15.

⁴³ WELZEL, Hans, *MDR* (1949), 373.

elegir “el mal menor”. A ello agrega que los médicos “podían creer subjetivamente en la adecuación al derecho de la orden” de eliminar a las “vidas sin valor”, pues la prohibición de la eutanasia en esos casos no aparecía como una “regla evidente” del derecho natural, citando escolástica del siglo XVI (!) en ese sentido, por lo que “de ninguna manera” se les debió negar “la posibilidad” de alegar un “error de prohibición excluyente de la culpabilidad”.⁴⁴

CONCLUSIÓN

Los hechos expuestos demuestran que la teoría de la acción final no se desarrolló en un ambiente político completamente aséptico y que el Prof. Welzel no se condujo durante el nacionalsocialismo de manera “apolítica”.

Sin embargo, todavía podría sostenerse que la coincidencia histórica entre la elaboración teórica de Welzel y el nacionalsocialismo no pasaría de ser eso, una mera coincidencia, tal como se demostraría por el hecho de su enorme influencia al término de la guerra, no sólo en Alemania sino también en Iberoamérica y Asia, incluso en profesores que se declaran abiertamente socialistas o de ideas afines a la izquierda política: la teoría (y sus derivaciones), despojada de la lamentable coincidencia histórica del momento de su surgimiento, sería suficientemente explicativa del Derecho Penal, con independencia de las diferencias históricas y culturales entre Alemania y los países en los cuales se ha importado.

Pero si esto es así, habría que empezar por reconocer que nuestra forma de hacer Derecho Penal no es, precisamente, una que fomente el respeto por el principio democrático y permita alzar la voz con cierta autoridad moral frente a las dictaduras pasadas, actuales o futuras. Y quizás también, habría que repensar en qué medida nuestros actuales planteamientos siguen siendo compatibles con las ideas nacionalsocialistas y, por lo mismo, en alguna medida contrarios al ideal democrático y más bien cercanos al de las verdades absolutas no sujetas a deliberación política de aquellos aciagos años.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, 2ª ed. (Berlín, 2002).

———. 100 Jahre Belings “Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?, *ZIS* (2006).

⁴⁴ *Ibidem*. Sobre la “operación eutanasia”, y la pretensión de Welzel de que sus autores materiales estaban amparados por un “error de prohibición”, véase, además, WELZEL, *SJZ* (1948), 368 (371), nota al pie N° 8.

- BACIGALUPO, Enrique, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, en: Arnold *et al.* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag (München, 2005).
- CATTANEO, Mario A., *Strafrechtstotalitarismus, Terrorismus und Willkür* (Baden-Baden, 2001).
- DAHM, Georg, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 57 (1938).
- ESER, Albin, Schlussbetrachtungen, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick* (München, 2000).
- FROMMEL, Monika, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel, *ADPCP XLII* (1989).
- HALFMAN, Frank, Eine Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter: Die juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, en: Becker/Dahms/Wegeler (eds.), *Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus*, 2ª ed (München, 1998).
- HIRSCH, Hans Joachim, Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 116 (2004).
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. (Berlin, 1993).
- V. LISZT, Franz en: v. Liszt (ed), *Das Strafrecht der Staaten Europa* (Berlin, 1894).
- LOOS, Fritz, Literaturbericht: Rechtsphilosophie, *ZStW* 114 (2002). Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, *JZ* (2004).
- MEZGER, Edmund, *Deutsches Strafrecht*, 3ª ed. (Berlín, 1943).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, *Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo* (Madrid, 2002).
- POLITOFF, Sergio, Adecuación Social y terror en América Latina: El papel de la justicia, *Derecho Penal y Criminología* 7 (1984).
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida. En *Doctrina Penal* (1987).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4ª ed. (München, 2006).
- RÜPING, Hinrich, Nationalsozialismus und Strafrecht, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 36 (2007).
- SCHUMANN, Eva, Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955, en: Schumann [ed.], *Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit* (Göttingen, 2008).
- SCHÜNEMANN, Bernd, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, *GA* (1995).

- SIEGERT, Karl, Documento en: Universitäts Archiv Göttingen (UAG).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, *GA* 151 (2004).
- STICHT, Oliver, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels (1904-1977) (Paderbon y otro, 2000).
- VELÁSQUEZ, Fernando, Hans Welzel: Una aproximación a su vida y a su obra en Urquiza (ed.), *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez* (Lima, 2007).
- VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht* (Berlín, 2004).
- WELZEL, Hans, Ober den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, en: Bockelmann *et al.* (eds.), *Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht* (Berlín, 1944).
- . Studien zum System des Strafrechts, *ZStW* 58 (1939).
- . *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechtes in seinen Grundzügen* (Berlín, 1940).
- . *Persönlichkeit und Schuld*, *ZStW* 60 (1941).
- . *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 3ª ed. (Berlín, 1944).
- . *Das deutsche Strafrecht in seinen Gründzügen*, 4ª ed. (Berlín, 1947).
- . *MDR* (1949).
- . *SJZ* (1948).
- WERLE, Gerhard, Das Strafrecht als Waffe - Die Verordnung gegen Volksschädlinge vom 5 September 1939, *JuS* (1989).
- WOLF, Gerhard, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?, *JuS* (1996).
- YAMANAKA, Keiichi, Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: Jehle/Lipp/Yamanaka (eds.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht* (Göttingen, 2008), p. 173; en: http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2008/dtjap_symposium_GJS_2.pdf (22.10.2014).