

Buchrezension

Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 161 S., € 39,-.

Quien conociera el trabajo de *Kai Ambos* y la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, sabría que él, tarde o temprano, tendría que enfrentar el problema de la relación entre la ciencia penal alemana y la dictadura nacionalsocialista.

Ambos es uno de los primeros profesores alemanes que no rechazó los procesos de Nüremberg como “justicia de vencedores”. Por el contrario, en su extraordinaria Habilitación los estudia como parte esencial del desarrollo del Derecho Penal Internacional, incluyendo el llamado “proceso a los juristas” (U.S. v. Alstötter et al), donde se rechazó como defensa el cumplimiento formal de la legalidad nazi, “cuando esa legalidad contiene la realización de un crimen bajo el derecho internacional”.¹ Desde 2003 él es Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad de Gotinga. Sus obras, traducidas a varios idiomas, especialmente al español y portugués, son mundialmente conocidas y citadas. Su influencia es reconocible en los fallos de la Corte Penal Internacional. Además, se encuentra ligado hace varios años a la práctica de los tribunales penales internacionales, desempeñándose actualmente como juez del Tribunal Especial para Kosovo. Y en el año 2018 fue nombrado Consejero (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Su permanente vinculación científica con Latinoamérica se refleja en la dirección del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga.

Y como *Halfmann* explica, la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, en la cual *Ambos* hoy enseña, fue una de las tres facultades donde la implantación del nacionalsocialismo fue más evidente, junto con Kiel y Estrasburgo. De allí fue expulsado R. Honig y allí llegó a enseñar H. Welzel en 1936, hasta su traslado a Bonn tiempo después de finalizada la guerra.²

La oportunidad para *Ambos* de hacerse cargo del tema llegó al momento de asumir la tarea de escribir una reseña del libro “Doctrina Penal Nazi”, del profesor argentino Eugenio R. Zaffaroni (2017). Ello explica el método, la estructura y el fondo de sus planteamientos.

En cuanto al método, *Ambos* se enfrenta al documentado trabajo de Zaffaroni a través de una “exhaustiva revisión de las fuentes empleadas” y una propia “recopilación de otras fuentes primarias y secundarias” (p. 7). Ello explica la profusa y detallada bibliografía empleada por *Ambos*, que le permite, a través de la exposición de los textos de la época, confirmar o rebatir las propuestas de Zaffaroni. Se cuida *Ambos*

de sostener que su investigación de las fuentes “debe ocuparse en un análisis sistemático de lo que los textos de los autores relevantes por sí mismos nos dicen, no en un juicio moral acerca de sus autores” (p. 7).

Respecto de la estructura, el libro de *Ambos* se desarrolla siguiendo la del libro de Zaffaroni, cuidando en cada apartado confirmar o rechazar lo que allí se sostiene. Así, en el primer capítulo se describe someramente el contenido del libro de Zaffaroni y su importancia tanto para el lector alemán como para el latinoamericano, cuya doctrina está profundamente influenciada por la que se produce en Alemania. Además, se establece el punto de partida de *Ambos* en su aproximación al tema: la tesis dominante en Alemania de la continuidad del desarrollo de la ciencia penal alemana antes y después del nacionalsocialismo, etapa que puede describirse como radicalización de ciertos elementos preexistentes en la doctrina del cambio de siglo y de la República de Weimar. En el capítulo segundo se describen los fundamentos del derecho penal nacionalsocialista: en primer lugar, racismo, comunidad del pueblo, Führerstaat, Führerprinzip y exclusión; en segundo término, concepto de injusto material, etización, derecho penal “total” o totalitario y desformalización; y finalmente, el establecimiento de un derecho penal con una finalidad preventivo general, expiatorio y de la voluntad. Hasta aquí, no parece existir una diferencia de fondo, más allá de correcciones formales de ortografía y referencia, entre el planteamiento de *Ambos* y Zaffaroni. En el capítulo tercero, se describe la aparente lucha entre las escuelas clásica y moderna del Derecho Penal en el cambio de siglo, que escondería su común carácter conservador y autoritario. No obstante, *Ambos* deja establecido que, “el discurso antiliberal del penalismo nacionalsocialista se dirigía por igual contra ambas escuelas y sus representantes, vistas como hilos de la misma madeja liberal, individualista y positivista” (p. 54).

En el capítulo cuarto, se discute con Zaffaroni la (supuesta) influencia del neokantismo en el Derecho Penal nacionalsocialista. Se sostiene que la mayor parte de los autores de esa doctrina estaban muertos al momento de la asunción al poder de Hitler (1933), y los que quedaban vivos, rápidamente fueron separados de sus cátedras, sea por su origen judío (Grünhut y Honig) o su liberalismo (Radbruch), sin desconocer la abierta adscripción de Mezger, Schwinge y Zimmerl a los postulados nacionalsocialistas, pero entendida como su propia posición personal antes que una consecuencia de los postulados neokantianos, “especialmente en la variante relativista y pluralista de Radbruch, diametralmente opuesta a la absolutización de determinados valores o visión del mundo” (p. 81). Finaliza el capítulo afirmando que también el neokantismo permite sostener, como hizo el propio Radbruch, el “reconocimiento de los derechos humanos inalienables”, “por lo que no puede sorprender que el pensamiento neokantiano fundamente el pensamiento del Derecho Penal en la República Constitucional de Bonn y Berlin” (p. 86).

En el capítulo quinto se desarrolla propiamente la doctrina nacionalsocialista del derecho penal, a través de una reseña de los textos de sus cultores más prominentes: Dahm y Schaffstein (Escuela de Kiel). Aunque en el sexto capítulo *Ambos* discrepa con Zaffaroni acerca de la valoración de la

¹ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, p. 118

² *Halfmann*, en: Becker/Dahms/Wegeler (ed.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. edición 1998, p. 102.

persona y el trabajo de Erik Wolf, en estos dos capítulos el trabajo de Ambos confirma en general lo propuesto por el profesor argentino, en el sentido que estos juristas – especialmente los de Kiel (entre los cuales también se puede incluir al civilista Larenz) – parecen ser los responsables de la radicalización del pensamiento penal durante el nacionalsocialismo, con planteamientos directamente dirigidos a confirmar o desarrollar, en el derecho penal, la ideología nazi.

Finaliza el texto dando cuenta de lo que Zaffaroni describe como una “recepción selectiva del derecho penal alemán (inspirado en el nacionalsocialismo) en Latinoamérica” (p. 129) y rechazando su tesis sobre Welzel como el “superador del derecho penal nacionalsocialista (neokantiano)” (p. 131), que desconoce el testimonio escrito del propio Welzel y las investigaciones sobre sus ideas y actividades personales antes, durante y después del nacionalsocialismo, incluyendo la que cita en su obra.³ En este punto, a juicio de *Ambos*, lamentablemente la obra de Zaffaroni parece más que una investigación imparcial sobre el derecho penal nacionalsocialista, una “continuación de la disputa entre causalismo y finalismo por otros medios” (p. 139), donde el profesor argentino aparece cegado ante la evidencia por su previa adscripción al finalismo, como también lo estuvieron Bacigalupo, Donna y (recientemente) Aller (p. 132 y 133, nota al pie 709). No obstante, en el último apartado, donde se aborda la pregunta acerca de la continuidad del pensamiento del Derecho penal nacionalsocialista en Latinoamérica, *Ambos* coincide en términos generales con Zaffaroni en la imagen de la existencia de peligrosas tendencias moralistas, populistas y estigmatizadoras de la disidencia en nuestra legislación y jurisprudencia, y en la necesidad de que estudios de esta clase permitan a la ciencia penal latinoamericana cumplir con su función de limitar racionalmente el poder sancionador del Estado.

En cuanto al fondo, se trata de un trabajo dialéctico, en que se expone y rebate la tesis central del texto de Zaffaroni, que puede resumirse en la idea de la superación de la doctrina penal nacionalsocialista, a través de la teoría final de la acción de Welzel y sus estructuras lógico-objetivas. Contra esa tesis, *Ambos* levanta la dominante en Alemania hoy en día: la continuidad y radicalización de las tendencias racistas (antisemitas), populistas (germánicas) y totalitarias del Derecho penal del cambio de siglo y la República de Weimar, que no puede entenderse solo hacia el pasado anterior a la guerra. También existió continuidad después de ella, en la República de Bonn, pues la inmensa mayoría de los profesores que en sus escritos apoyaron la doctrina nacionalsocialista continuaron en sus puestos, enseñando esencialmente lo mismo que enseñaban durante la dictadura, cuidándose únicamente de silenciar su conducta durante ella y distanciarse de sus aspectos radicales. Sin embargo, como señala *Ambos*, “se puede constatar con estupor que solo uno de esos profesores de derecho penal [Schaffstein] se distanció abiertamente de sus enseñanzas anteriores” (p. 25).

¡He allí el quid del asunto, lo incontestable, nuestro elefante en el cuarto!: Si entendemos que la democracia es incompatible con el totalitarismo, ¿qué significa que las teorías

desarrolladas por la ciencia penal alemana sean compatibles tanto con la dictadura nazi como con la República de Bonn?

Frente a la respuesta simplista de Zaffaroni (“solo el neokantismo y la Escuela de Kiel habrían posibilitado o desarrollado el derecho penal nacionalsocialista”), *Ambos* desarrolla a lo largo del texto una más sutil: la radicalización de la doctrina penal alemana durante el nacionalsocialismo fue nada más y nada menos que eso, radicalización, por intereses políticos o personales, de ideas que no necesariamente conducían a los excesos nazis. Eso permite distinguir a quienes intentaron llevar directamente la ideología nazi al derecho penal (Escuela de Kiel), de aquellos otros que no, aún cuando hubieran incluso participado en organizaciones nacionalsocialistas. Las ideas de estos otros, anteriores al nacionalsocialismo, aunque conservadoras y autoritarias, no necesariamente llevaban a las propuestas nacionalsocialistas radicales, y por eso pudieron servir como fundamento del Derecho Penal de la República de Bonn.

Por eso mismo, al contrario de lo que concluyen *Ambos* y Zaffaroni, no me parece que la ciencia penal se encuentre en condiciones de servir como fuente autónoma de criterios que permitan limitar el poder del Estado. Mi alternativa es más modesta: asumir la sujeción de la dogmática penal a la democracia. Esto significa que la validez de la ley y la sujeción al principio de legalidad no pueden discutirse sino con argumentos constitucionales, y no con relación a teorías más o menos sofisticadas acerca del hombre o la sociedad que cada profesor de Derecho Penal tenga. Y cuando no vivamos en democracia, cada uno asumirá la responsabilidad política de sus actos, pero no podremos excusarnos con que lo nuestro es solo ciencia “apolítica” o sólo “buena política”. Las experiencias y enseñanzas de los profesores alemanes durante el nacionalsocialismo y a su término, detallada y críticamente analizada por *Ambos*, así lo demuestra.

Afortunadamente, pronto tendremos en inglés y español una versión de este importante texto, que prepara en la Editoriales Nomos/Hart y Tirant Lo Blanch. Esto permitirá seguir entre nosotros con este debate imprescindible, habiendo vivido dictaduras, similar continuidad personal del profesorado y no muy disímil radicalización del pensamiento de algunos de nuestros autores de aquellos tiempos.

Jean Pierre Matus, Santiago

³ Matus, ZIS 2014, 622.