

**DERECHO PENAL NACIONAL SOCIALISTA  
(EL LIBRO DE KAI AMBOS)**

Dr. Javier Llobet Rodríguez\*

(Recibido 27/9/19 • Aceptado 21/11/19)

---

\* Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal  
Universidad de Costa Rica  
javiereduardollobet@gmail.com  
Cel. 8871 2055

**Resumen:** El profesor Dr. Kai Ambos de la Universidad de Göttingen publicó el libro “Derecho Penal nacionalsocialista (*Continuidad y Radicalización*)”, con el que inicialmente pretendía hacer una reseña del libro de Eugenio Raúl Zaffaroni “*Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*), sin embargo, terminó escribiendo una monografía sobre el Derecho penal nacionalsocialista. En la misma se desarrollan los fundamentos del Derecho Penal nazi, entre los que menciona el racismo, el concepto de comunidad del pueblo, el Estado del Führer, el principio del Führer y de exclusión. Se hace en el libro un desarrollo de diversas escuelas durante la época nazi, como la de Marburgo y de Kiel. Además, se hace un análisis del papel de Hans Welzel durante el nacionalsocialismo, con respecto a lo cual se hace una fuerte crítica al libro de Zaffaroni.

**Palabras Clave:** Derecho Penal nacionalsocialista. Comunidad del pueblo. Racismo. Derecho penal de voluntad. Eiticización. Tipo normativo de autor.

**Abstract:** Professor Dr. Kai Ambos from the University of Göttingen published his book “National Socialist Criminal Law (Continuity and Radicalization)”, with which he initially intended to make a review of Eugenio Raúl Zaffaroni’s book “Nazi Penal Doctrine. German Criminal Dogmatics between 1933 and 1945”. However, he ended up writing a monograph on National Socialist Criminal Law. This book develops the foundations of Nazi Criminal Law, among which he mentions racism, the concept of people’s community, the Führer’s State, the Führer’s principle, and exclusion. The book also presents the development of various schools during the Nazi era, such as that of Marburg and Kiel. Additionally, it presents an analysis of Hans Welzel’s role during National Socialism, and presents a strong criticism of Zaffaroni’s book.

**Key Words:** National Socialist Criminal Law, people’s community, racism, criminal law of will, ethicization, normative type of author.

## **Índice:**

- 1.- “Derecho penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización” de Kai Ambos
- 2.- Derecho Penal Nacionalsocialista de Kai Ambos y doctrina penal nazi de Raúl Zaffaroni
- 3.- Contenido del libro de Kai Ambos
- 4.- Subordinación de lo judicial a lo político y a lo judicial en el nacionalsocialismo
- 5.- Radicalización y continuidad del Derecho Penal Nacionalsocialista
- 6.- Karl Binding y Franz von List y la lucha de escuelas
- 7.- Fundamentos del Derecho Penal Nacionalsocialista
- 8.- Derecho Penal Nacionalsocialista y neokantismo
- 9.- El Derecho Penal Nacionalsocialista en la escuela de Kiel
- 10.- La crítica de Zaffaroni en cuanto al rol de Hans Wlzel durante el nacionalsocialismo

Conclusiones

Bibliografía

## **1. “DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA. CONTINUIDAD Y RADICALIZACIÓN” DE KAI AMBOS**

Kai Ambos es un connotado penalista alemán, catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional de la Universidad de Gotinga desde 2003. Es Doctor Honoris causa de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana, Iquitos (Perú). Es el Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Igualmente, es el Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal latinoamericano de dicha Universidad. Desde 1991 hasta 2003, fue el encargado del Área de Derecho Penal Internacional y de Iberoamérica del Instituto Max Planck de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo. Fue miembro de la delegación alemana en la Conferencia de la ONU para el establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente, Roma (Italia); miembro consultor de la Delegación Alemana en el “ICC Preparatory Commission Intersessional Meeting” en Siracusa (Italia) y del círculo de trabajo “Humanitäres Völkerrecht” (Derecho Internacional Humanitario) de la Cruz Roja Alemana. Es juez del Tribunal Especial de la Haya para Kosovo y amicus curiae de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia.

Recientemente, a principios de 2019, publicó el libro de Kai Ambos “Derecho Penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización (Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung)”, lo anterior con la Editorial Nomos. Una edición en castellano saldrá próximamente con la Editorial Tirant lo blanch, de Valencia (España)<sup>2</sup>. Además, se publicará una edición del libro en inglés y en portugués.

## **2. DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA DE KAI AMBOS Y DOCTRINA PENAL NAZI DE EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Kai Ambos inicialmente pretendía realizar una recensión del libro “Dogmática penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945”, publicado por el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni en 2017<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> Ambos, Kai (2019). Sobre el libro. Véase: Matus, Jean Pierre (2019), pp. 322-323. Consúltese, además: Ambos, Kai (2019a), pp. 220-228.

<sup>2</sup> Ambos, Kai (2020).

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017).

sin embargo, terminó escribiendo una monografía sobre el Derecho Penal nazi., El libro de Zaffaroni, lo mismo que el libro de Kai Ambos, se enmarcan dentro del estudio del Derecho Penal nazi, a partir de las diversas publicaciones que realizaron los juristas en la época nazi, haciéndose una distinción entre las diversas escuelas de Derecho Penal y su papel en la época.<sup>4</sup>

Kai Ambos, al respecto enfatiza la importancia del análisis de los textos escritos en la época y no la realización de un juicio moral sobre los autores, ya que considera que ello solamente podría ser posible en su propia época .

Sobresale la amplia bibliografía utilizada en el libro, tanto de la época nacionalsocialista, como de la época anterior y posterior a dicho régimen. Debe destacarse el diálogo que se entabla con la doctrina latinoamericana, no solamente a través del comentario del libro de Eugenio Raúl Zaffaroni, sino además, por medio de la utilización de doctrina latinoamericana, especialmente en lo atinente a crítica de diversos autores latinoamericanos a las publicaciones de Hans Welzel durante el régimen nazi. Este diálogo que se entabla con la doctrina no alemana, es poco común en las publicaciones alemanes, de modo que el mismo Kai Ambos, en alguna otra publicación, se ha referido a la necesidad de superar el “provincialismo presuntuoso” de la dogmática alemana<sup>5</sup>.

### 3. CONTENIDO DEL LIBRO DE KAI AMBOS

El libro está compuesto de 7 capítulos. En el primer capítulo está titulado “*Consideraciones preliminares*”. Allí se hace mención del libro de Eugenio Raúl Zaffaroni “*Doctrina penal Nazi*” y señala Ambos se enfoque propio, del Derecho nazi como continuación de las tendencias autoritarias y antiliberales, que se venían dando en Alemania, desde antes de la República de Weimar. En el capítulo segundo, se refiere a los “fundamentos del Derecho penal nacionalsocialista”. El capítulo tercero hace mención de “la continuidad y disputa de escuelas (?)”, desarrollando especialmente la influencia autoritaria de Karl Binding y Franz von Liszt. El capítulo cuarto se titula “Derecho Penal nacionalsocialismo y neokantianismo El capítulo quinto se refiere al “Derecho Penal nacionalsocialista autónomo de la Escuela de Kiel”. Hace en este capítulo un desarrollo de los aspectos más

---

<sup>4</sup> Ambos, Kai (2020), p. 44.

<sup>5</sup> Ambos, Kai (2016), p. 4-30.

relevantes de dicha Escuela. El capítulo sexto se titula “Erik Wolf: De las figuras de autor a la teoría normativa de autor del delito estructurada en niveles”. Por último, el capítulo VII, lo denomina “Consecuencias”. Kai Ambos rechaza la posición de Zaffaroni de que “el neokantianismo le preparó el terreno al derecho penal nacionalsocialista” y que “la ontología finalista acuñada por Welzel, superó definitivamente el derecho penal nacionalsocialista”.

#### **4. SUBORDINACIÓN DE LO JUDICIAL A LO POLÍTICO Y A LO POLICIAL EN EL NACIONALSOCIALISMO**

Un aspecto de gran importancia cuando se analiza el Derecho nacionalsocialista, es que el mismo tenía un carácter arbitrario, contrario a la seguridad jurídica, y subordinado a la política nacionalsocialista del régimen. Ello se expresaba, por ejemplo, a partir del principio del Führer, y la regulación de la voluntad del Führer como la fuente de más alto rango, lo que implicaba la consagración de la arbitrariedad y la subordinación, de lo jurídico a lo policial y con ello la tolerancia de las reacciones de hecho. Kai Ambos, se refiere en el capítulo primero de su libro a que el “‘Derecho penal judicial’ fue clasificado como lucha policial contra la delincuencia y en gran medida fue subordinado a ésta – organizativa y judicialmente”. Dice:

A partir de esta doctrina, el derecho penal nacionalsocialista puede ser caracterizado como continuación, politizada y radical, de las teorías neoclásica y final del delito, porque las dos corrientes académicas principales, representadas por “los de Marburgo” (Schwinge y Zimmerl) y “los de Kiel” (Dahm y Schaffstein) se declararon a favor de la función política de la ciencia del derecho (penal), a saber, la del Estado nacionalsocialista, populista, racista y total a través de medios jurídico-penales (pero, no obstante, el derecho penal “judicial” fue clasificado como lucha policial contra la delincuencia y en gran medida fue subordinado a esta –organizativa e institucionalmente–). El enfoque político o politizado de la academia jurídica implica, por un lado, la subordinación del derecho y de la doctrina jurídica a la política criminal dominante del liderazgo nacionalsocialista en el sentido de una “reserva de la política” (“Politikvorbehalt”) completamente abarcativa; el derecho se convirtió en un “anexo de la política

nacionalsocialista” y los nazis rápidamente reconocieron la “función eminentemente política” del derecho penal<sup>6</sup>.

Con respecto a la reacción policial, y la subordinación de lo judicial a lo político, Kai Ambos, cita las publicaciones de diversos autores, que, desde el exilio, analizaron el Derecho nazi. Así, se refirió a Ernst Fraenkel y su libro “El Estado dual” y a Franz Neumann y su libro “Behemoth”. Dijo Kai Ambos:

Ernst Fraenkel, en su famoso “The Dual State” (“El Estado dual”), originalmente publicado en inglés en 1941 y luego re-traducido y publicado en alemán en 1974, muestra cómo el “Estado de medidas” nazi desplaza y anula al “Estado normativo”, lo que incluye, y especialmente, al área de la justicia penal. Es necesario señalar a la pasada que un enfoque dualista de estas características es difícil de armonizar con la primacía global de la política (reserva de la política) en el Estado nacionalsocialista, como una de sus principales características (más al respecto inmediatamente). A su vez, no resulta menor el hecho de que Franz Neumann, en su “Behemoth”, también publicado primero en inglés en 1942 y luego re-traducido/publicado en alemán en 1984, primero analiza el derecho “del terror” nazi, lo que incluye al derecho penal, y señala elogiosamente que el enfoque de Kirchheimer es el mejor. Es interesante que en el prefacio a la segunda edición en inglés de 1944 Neumann señale que, en contra de la opinión dualista de Fraenkel, “el dualismo que todavía existe entre el Estado y el Partido” pronto desaparecerá y que, por tanto, los “vestigios del Estado racional y administrativo” (“remnants of the rational and administrative state”) pronto serán reemplazados por un “movimiento amorfo, carente de forma” (“amorphous, shapeless Movement”) y por una “anarquía más o menos organizada” (“more or less organised anarchy”)<sup>7</sup>.

Debe resaltarse que especialmente en los años de consolidación del Estado totalitario, mientras se realizaba el desmantelamiento de las instituciones de la República de Weimar, el papel de los juristas era de

---

<sup>6</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 35-37.

<sup>7</sup> Ambos, Kai (2020), p. 31.

carácter fundamental, para consolidar el Estado totalitario. Los juristas, que conformaban, en general un gremio conservador y antiliberal, se entusiasmaron con la llegada al poder por los nazis y emprendieron inmediatamente labores para tratar de configurar el nuevo Derecho que debía regir en el régimen nazi, conforme a principios germánicos y autoritarios, no exentos del carácter antisemita.

Los juristas, inicialmente, menospreciaron el carácter policial que adquiriría el Estado, a partir de reacciones de hecho, como el internamiento en campos de concentración de los opositores políticos y estimaban que ello adquiriría un carácter excepcional. Sin embargo, luego de que el Estado Dual del que hablaba Fraenkel<sup>8</sup>, se fue diluyendo en el Estado Policial, en general, no se expresaron voces de protesta y los juristas en sus elaboraciones siguieron ignorando estas reacciones de hecho, aunque no puede desconocerse que en definitiva a partir del principio del Führer y la voluntad del Führer, como la fuente de mayor rango, tenían plena cabida la arbitrariedad y las reacciones de hecho. Debe recordarse al respecto la justificación de Carl Schmitt de las ejecuciones extrajudiciales de la “noche de los cuchillos largos”<sup>9</sup>. Fundamentalmente con el inicio de la Segunda Guerra Mundial y la aprobación de un Derecho de guerra, el Estado nacionalsocialista fue adquiriendo cada vez más un mero carácter policial, el que se reforzó definitivamente en 1942 a partir del nombramiento de Thierack como Ministro de Justicia.

## **5. RADICALIZACIÓN Y CONTINUIDAD DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA**

Kai Ambos en el prólogo señala cuál es la premisa básica de su libro. Así indica:

Este trabajo entiende al derecho penal nacional socialista –en consonancia con la difundida tesis de la radicalización, que profundiza el desarrollo de la tesis de la continuidad– como una continuación racista (antisemita), nacional (“germana”)

---

<sup>8</sup> Fraenkel (1974).

<sup>9</sup> Cfr. Schmitt, Carl (1934), pp. 946-950. Sobre el texto de Carl Schmitt: Ambos, Kai (2020), pp. 75-76. Véase, en particular, notas 163-164.

y totalitaria de las tendencias autoritarias y antiliberales del derecho penal del cambio de siglo y de la República de Weimar<sup>10</sup>.

El estudio del Derecho nazi y la elaboración doctrinal del mismo, lleva a plantearse en qué medida se ha dado una continuidad de las doctrinas y del mismo Derecho autoritario, luego de superado el régimen tiránico nazi. Ese es un tema que se plantea Kai Ambos en el libro. Ello tiene también relevancia no solamente en el ámbito alemán, sino también en el latinoamericano, por ejemplo, debido a la recepción que se ha dado de la teoría del delito alemana. Desde esta perspectiva, la publicación de Kai Ambos, con una amplísima bibliografía de la época nacionalsocialista y posterior al régimen nazi, realiza un aporte, por ello, no solamente desde el punto de vista de la historia del Derecho, sino también de la Filosofía del Derecho, del Derecho Penal sustantivo actual y del Derecho Comparado.

Más adelante dice en el capítulo primero:

Desde una perspectiva temporal, tanto la teoría de la radicalización como la de la continuidad están basadas en una perspectiva tanto retrospectiva *como prospectiva: el derecho penal nacionalsocialista no surgió de la nada ni desapareció por completo en 1945*. En términos históricos, el derecho penal nacionalsocialista no fue un episodio, sino parte de una época de derecho penal autoritario; este autoritarismo, por supuesto, no estuvo limitado al derecho penal. Como veremos en las siguientes páginas, el derecho penal autoritario tuvo sus raíces en los escritos de los teóricos del derecho penal del siglo XIX y en conceptos del pensamiento idealista alemán y, por tanto, se originó mucho antes que la República de Weimar .<sup>11</sup>

Sobre ello, debe destacarse efectivamente la tendencia autoritaria que se encontraba en la República de Weimar, en donde un sector de la doctrina, por ejemplo, en teoría del Estado y en Derecho Penal, pretendía remontarse al pensamiento popular. Acudía a un lenguaje romántico, de carácter irracional, contrario al método positivista y a los principios de

---

<sup>10</sup> Ambos, Kai (2020), p. 17.

<sup>10</sup> Ambos, Kai (2020), p. 38.

un Estado de Derecho. Se reclamaba que el Derecho debía considerar conceptos como pueblo<sup>12</sup>, comunidad<sup>13</sup>, nación y organismo<sup>14</sup>. Se abogaba en contra del liberalismo, de la igualdad, del parlamentarismo<sup>15</sup>, del sistema de partidos<sup>16</sup> y del pensamiento democrático<sup>17</sup>. Se partía de un nuevo concepto de libertad, que no estaba ligado a los derechos fundamentales, sino a la obligación del individuo con la totalidad. Ello en lo relativo al Derecho Penal conducía al reclamo contra la lenidad del sistema punitivo. Se trata de una concepción que tendió a imperar durante los últimos años de la República de Weimar y que era sostenida por la derecha conservadora no nacionalsocialista. Es importante resaltar que esta concepción pretendía rescatar el Derecho germánico, envolviendo aspectos irracionales y romanticistas. Era una concepción autoritaria<sup>18</sup>, que apelaba en definitiva a términos irracionales. Esta concepción populista durante la República de Weimar no estaba exenta totalmente del carácter racista, aunque sin llegar a los extremos del nazismo. Esta tendencia populista (völkisch) había llegado a ser dominante entre los penalistas alemanes en la sesión del grupo alemán de la Unión de Derecho Penal, celebrada en Fráncfort del 11 al 14 de septiembre de 1932.

Es importante tener en cuenta, como lo indica Kai Ambos, que el nacionalsocialismo debe ser entendido en relación con las épocas anteriores a la llegada al poder por parte de Hitler, incluso los anteriores a la República de Weimar. El conservadurismo popular, que ejerció gran influencia en los grupos conservadores en la República de Weimar, se remonta al romanticismo alemán del siglo XIX, que partía de un rechazo de la razón y de la Ilustración, y realizaba una exaltación de lo místico y lo orgánico, con una orientación historicista y tradicionalista. Esta orientación romántica se expresó especialmente a través de la Escuela Histórica de Savigny. Sobre esta influencia de Savigny<sup>19</sup> dice Kai Ambos:

---

<sup>12</sup> Cf. Sontheimer, Kurt (1978), pp. 244-250.

<sup>13</sup> Sontheimer, Kurt (1978), pp. 250-252.

<sup>14</sup> Sontheimer, Kurt (1978), pp. 255-259.

<sup>15</sup> Sobre la crítica al parlamentarismo: Sontheimer, Kurt (1978), pp. 147-155.

<sup>16</sup> Sontheimer, Kurt (1978), pp. 155-165.

<sup>17</sup> Sontheimer, Kurt (1978), p. 165-186.

<sup>18</sup> Sontheimer, Kurt (1978), pp. 201-207.

<sup>19</sup> Sobre ello: Recasens Siches, Luis (1997), pp. 439-443.

Un buen ejemplo en este punto es el *espíritu del pueblo* [Volkgeist] de Savigny, que fue invocado por una serie de autores nazis (por ej., *Dahm/Schaffstein* (1933), p. 5; para referencias adicionales, véase Rückert, ZRG-GA, 103 [1986], 200 ss; desde una perspectiva externa, *Friedmann* [1967], p. 213) y puede ser visto, al menos en términos conceptuales, como la base del *santo sentir del pueblo* [“gesundes Volksempfinden”]; para un análisis con matices véase, en ese sentido, Rückert, ídem, 238 ss., quien demuestra que si bien hay paralelismos metodológicos y conceptuales, el concepto original fue sometido a un cambio en cuanto a su función y a un abuso político decisivo por parte de los nacionalsocialistas, en miras a la expansión del derecho penal (“Funktionswandel”), mientras que Savigny lo utilizó en un sentido más restrictivo, por ejemplo, con una defensa del principio *nulla poena*<sup>20</sup>.

A pesar de la influencia que pudo haber ejercido la Escuela Histórica sobre el nacionalsocialismo, debe reconocerse que para la Escuela histórica la concepción de nación estaba asociada a un conjunto de individuos con una tradición e historia común, mientras en el concepto de nación del nacionalsocialismo ocupaba un carácter fundamental la concepción racial<sup>21</sup>.

Sobre la continuidad académica de los teóricos del Derecho nacionalsocialista, luego de 1945, indica Kai Ambos:

Después de 1945 se dio una continuidad personal y de contenido también y precisamente en el mundo académico-universitario<sup>22</sup>.

Agrega:

Tal continuidad no solo explica el extendido silencio (“silencio comunicativo”) –lo que hizo difícil, o directamente imposible, la realización de investigaciones sobre el legado nacionalsocialista– sino también la falta de accountability de

---

<sup>20</sup> Ambos, Kai (2020), p. 40, nota al pie 48.

<sup>21</sup> Cf. Bodenheimer, Edgar (1976), pp. 280-281.

<sup>22</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 140-141.

numerosos juristas involucrados, que fue aprobada en las más altas esferas mediante la “*política de tabula rasa*” del gobierno de Adenauer. Desde el punto de vista de la filosofía moral, esta continuidad se debe a que la moral nacionalsocialista estaba tan fuertemente anclada en la sociedad alemana que la siguió impregnando aun después del colapso, y garantizó la integración de la sociedad de posguerra junto con los nacionalsocialistas que seguían viviendo allí. A esto se suma, sin solución de continuidad, la reconstrucción identitaria del mito germánico por parte de la “*nueva derecha*” (“*Neue Rechte*”).

Dice además:

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

El tema del Derecho nazi y la participación de los profesores alemanes en la legitimación del mismo, durante varias décadas fue un tema tabú en Alemania, sobre el que se prefería no escribir o bien se escribía con cautela. Los profesores preferían no escribir sobre un papel que preferían olvidar. Habían recibido con beneplácito la afirmación de que realmente la culpa del rol de los juristas fue debido a lo arraigado del positivismo jurídico, a lo que se hará mención luego. Además, preferían sostener que su papel fue de contención del poder arbitrario del régimen y que muchos de los institutos que se llegaron a imponer durante el nacismo, no reunían realmente un carácter nacionalsocialista, puesto que ya habían sido, por ejemplo, propuestos en la República de Weimar. Los discípulos de los profesores que habían desempeñado sus cargo y habían publicado en la época, o habían participado como jueces, preferían no tratar el tema, puesto que ello era una temática que podría llevar a cuestionar a sus tutores.

El libro de Ingo Müller “Los juristas del horror”<sup>23</sup>, publicado en 1987, marcó todo un cambio. En este libro se combatió directamente el papel de los juristas legitimador de los juristas en el Tercer Reich, ya sea de aquellos que se desempeñaron como jueces o como profesores. Se demostró además, que no era cierta la afirmación de que la culpa de lo que había ocurrido era de lo arraigado del positivismo jurídico, haciéndose referencia al rechazo que la doctrina nazi tenía precisamente de ese positivismo jurídico. Además, se hizo mención a la continuidad que se dio en los puestos de profesores y jueces luego del nacionalsocialismo. Dentro de los juristas que recibieron una fuerte crítica en el libro por su rol durante el régimen nazi, se encuentra Hans Welzel, lo que era novedoso, ya que usualmente se afirmaba que dicho penalista, que llegó a ser el penalista más influyente de la posguerra alemana, se había mantenido al margen de la doctrina nazi y más bien había tratado de establecer una contención a la arbitrariedad. El libro tuvo un gran impacto en Alemania, y, por ejemplo, Günther Jakobs, distribuyó un texto poligrafiado en su clase en la ciudad de Bonn, fechado 17 de diciembre de 1987, en donde arremetía en contra de Ingo Müller, ello por las críticas a Hans Welzel, antiguo maestro de Jakobs<sup>24</sup>. El libro tuvo consecuencias negativas para Ingo Müller, que afectaron su carrera académica<sup>25</sup>. No faltaron incluso demandas judiciales en contra de Ingo Müller, las que, sin embargo, no prosperaron<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Müller, Ingo (1989); Müller, Ingo (2007).

<sup>24</sup> Una copia de esta nota me la facilitó en su momento Fernando Velásquez Velásquez.

<sup>26</sup> Cf. Görtenmaker, Manfred/Safferling, Christoph (2016), p. 17, los que señalan que el libro fue recibido en círculos jurídicos solamente con disgusto y en parte fue tomado en consideración con gran rechazo, provocando daños permanentes en la carrera académica del autor.

<sup>27</sup> Ello es valorado en forma positiva por Ingo Müller, como demostración de que los tiempos habían cambiado, puesto que, según él, diez años antes, las demandas en su contra podrían haber prosperado. Cf. Müller, Ingo (2017), p. 280.

<sup>28</sup> Acerca de la disputa entre las escuelas, véase: Elbert, Carlos (2017), pp. 141-156.

## 6. KARL BINDING Y FRANZ VON LISZT Y LA LUCHA DE ESCUELAS

Con respecto a los autores anteriores al nazismo, Kai Ambos le dedica el capítulo tercero a la continuidad y disputa de escuelas, haciendo referencia a la escuela clásica y la moderna, que discutieron en particular sobre los fines de la pena<sup>27</sup>. Hace referencia a la influencia autoritaria que ejercieron sobre la doctrina nazi Karl Binding y Franz von Liszt, a pesar de que fueron también criticados en la época. Hace referencia al conservadurismo y autoritarismo de ambos autores:

Con la denominada “disputa de las escuelas” (“Schulstreit”) entre Binding y von Liszt se construiría una contraposición que simplemente ocultaría el conservadurismo y el autoritarismo que une a estos dos penalistas. Desde el punto de vista del derecho penal liberal actual, la tesis es probablemente correcta, pero no es nueva; en particular, Marxen demostró las tendencias antiliberales de las escuelas clásica y moderna. En tiempos más recientes, en particular Naucke (a quien Zaffaroni hace referencia en primera línea) probó que las escuelas clásica y moderna habían sido “formas políticas complementarias y vicarias de la demanda indiscutida de seguridad y estabilidad social a través de la reducción de la delincuencia” y que, entonces, en última instancia, lo importante para ambas orientaciones había sido “la lucha efectiva contra la delincuencia”, por cierto, especialmente con miras a los “peligrosos”; ambas corrientes usaron argumentos orientados a fines –“retribución adecuada a fines” (“zweckmäßige Vergeltung”) vs. “prevención – y pasaron por alto el aspecto de Estado de derecho y limitador de la pena del derecho penal<sup>28</sup>.

Kai Ambos menciona la contribución de Binding a la concepción autoritaria del Estado y con ello a la consecuencia ulterior de la idea del mando del Führer, ello a partir de su concepto de norma, que implica la obediencia incondicional de normas, como consecuencia de la autoridad estatal. Dice Kai Ambos:

Hay que darle la razón a Zaffaroni con relación a que sobre todo el concepto de norma de Binding –observancia

---

<sup>27</sup> Acerca de la disputa entre las escuelas, véase: Elbert, Carlos (2017), pp. 141-156.

<sup>28</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 99-100.

incondicional de normas como consecuencia de autoridad estatal– le dio apoyo a una concepción autoritaria del Estado y, así, como consecuencia ulterior, también a la idea de un mando del Führer (equiparable a la ley), si se lo considera como expresión máxima de la autoridad estatal –en el sentido del ya mencionado principio del Führer– .<sup>29</sup>

Kai Ambos cita el texto que Binding y Hoche publicaron en 1920 sobre la aniquilación de la vida sin valor de vida<sup>30</sup>, que fue antecedente a la práctica secreta sin base legal<sup>31</sup>, llevada a cabo en el régimen nazi de la llamada eutanasia, por medio de la cual, irrespetando la dignidad humana, se decía que se destruirían las vidas sin valor, en particular de ancianos, los enfermos graves, los que tuvieran una discapacidad, etc.

Menciona, además, a Franz von Liszt, a partir del programa de Marburgo y su influencia sobre la teoría nacionalsocialista del derecho penal de voluntad y los tipos de autor<sup>32</sup>. Dice:

Su exigencia de “inocuizar” a los delincuentes incorregibles en el marco de su segunda vía de un derecho penal pura mente de protección y seguridad (“*Programa de Marburgo*”) no solo preparó la teoría nacionalsocialista preparó la teoría nacionalsocialista (*de derecho penal de la voluntad*) de las *figuras de autor* (“NS-Tätertypenlehre”) intelectualmente sino que al menos también le despejó el campo a la posterior legislación nacionalsocialista sobre inocuización de los “parásitos del pueblo” (“Volksschädlinge”) a través de la Ley de Delincuentes Habituales .<sup>33</sup>

Recientemente Carlos Elbert realizó una amplia investigación sobre Franz von Liszt y resaltó ese autoritarismo del mismo, especialmente expresado en el Programa de Marburgo <sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 100-101.

<sup>30</sup> Binding, Karl/Hoche, Alfred (2009).

<sup>31</sup> Cf. Kershaw (2000), p. 25; Kershaw (2000a), p. 178.

<sup>32</sup> Cf. von Liszt, Franz (1990), pp. 63-76.

<sup>33</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 103-104.

<sup>34</sup> Elbert, Carlos (2017), pp. 121-141. Sobre Franz von Liszt: Muñoz Conde, Francisco (2011), pp. 139-174.

A pesar de la fuerte influencia ejercida por Karl Binding y Franz von Liszt, fueron fuertemente criticados en la época del régimen nazi, la que llegó a extremos que, señala Ambos, posiblemente no podrían haber sido imaginados por Binding y von Liszt. Dice Kai Ambos:

Desde luego que no se puede soslayar que en toda esta continuidad el discurso jurídico-penal antiliberal y anti-individualista del nacionalsocialismo combatió los enfoques liberales de ambas escuelas y las consideró, de la misma manera, representantes –“vástagos de la misma raíz” (“Schößlinge derselben Wurzel”)– del liberalismo individualista y positivista que debía ser superado. Así, el nacionalsocialismo –muy en el sentido de la tesis de la radicalización mencionada al comienzo– intensificó las posiciones autoritarias-estatales de Binding, von Liszt y sus contemporáneos a través del racismo biologista-popular y, así, en la práctica provocó una brutalidad que para estos autores probablemente no era imaginable y tampoco previsible. Como enemigo se erigió al pensamiento liberal de la Ilustración, que también debía ser superado en el ámbito del derecho penal; al respecto, el movimiento antiliberal no se esforzó por presentar el liberalismo de manera diferenciada, sino que, antes bien, lo expuso conscientemente desfigurado, para que la posición propia “brille más resplandeciente”<sup>35</sup>

## **7. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA**

En el capítulo segundo al hacer mención a los fundamentos del Derecho Penal nacionalsocialista cita el racismo, el concepto de comunidad del pueblo, el Estado del Führer, el principio del Führer y de exclusión. Menciona además, el concepto material de la antijuridicidad, la eticización, el Derecho Penal total y la desformalización. Hace mención, además, en relación con la pena a la prevención general y al Derecho Penal expiatorio de voluntad.

Sobre ello, debe destacarse el carácter racial del Derecho Penal nacionalsocialista, como expresión de la concepción del naciismo, que se expresaba en el propio concepto de “Comunidad del Pueblo”. Indica

---

<sup>35</sup> Ambos, Kai (2020), p. 106.

sobre ello Kai Ambos que las líneas rectoras del Derecho nazi, era el racismo, que encontraba expresión en el concepto de comunidad del pueblo y el principio del Führer. Dice:

Comunidad del pueblo entendida en sentido racista y sanguíneo, así como Estado del Führer y principio del Führer eran también las líneas rectoras de la ciencia del derecho penal “político”<sup>36</sup>

Sobre la importancia del concepto de comunidad del pueblo y su carácter racial, indica Kai Ambos, citando a Roland Freisler, uno de los autores nazis más radicales:

Roland Freisler, quien también se inspiró fuertemente en el modelo norteamericano, hizo del concepto de la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) entendida como raza y sangre el fundamento central del derecho penal nacionalsocialista. Vale la pena resaltar que en lo que a esto respecta, sin embargo, la comunidad del pueblo tenía sus fundamentos en el concepto de comunidad, que tiene una larga tradición en el pensamiento alemán y fue la base de la política jurídica nacionalsocialista y también de la ciencia. Los nazis invocaron a *la comunidad del pueblo* de un modo inflacionario y fue desplazando la idea original de *comunidad*. El pensamiento alemán (ario, nórdico) fue considerado, de un modo propagandístico, como orgánico, concreto, basado en la vida y en la gente, entre otras cosas, y fue contrastado con el pensamiento “romano-jurídico”, en tanto liberal, racional, positivista, abstracto-conceptual, individualista, etc.<sup>37</sup>

La referencia a la comunidad del pueblo, no solamente envolvía un carácter racial, sino también autoritario, puesto que se utilizaba en un sentido organicista, propio de una concepción autopoyética, contraria a los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva el nacionalsocialismo partía de la existencia obligaciones con la comunidad del pueblo, negando la existencia de derechos de contención del poder estatal, los

---

<sup>36</sup> Ambos, Kai (2020), p. 77.

<sup>37</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 51-52.

que estimaba eran excesos de la Ilustración y del individualismo. Sobre ello indica Kai Ambos:

No se puede acentuar suficientemente la importancia reflejada aquí de la *comunidad del pueblo* –entendida en el sentido racista y de sangre recién mencionado–: es el punto de partida y la finalidad del derecho (penal) nacionalsocialista y su objeto de protección prioritario (cuya pureza ha de ser preservada), en especial por medio de las tristemente célebres “Leyes de Núremberg”. El *concepto de la comunidad del pueblo* además hace las veces de punto fijo normativo, incluso de fuente de derecho a través del notorio “gesunde Volksempfinden” (“sano sentir del pueblo”). Tanto el particular como el Estado son puestos al servicio de la comunidad del pueblo, con lo cual el particular pierde su propio fin en sí mismo (e incluso también su identidad de clase) y es obligado a la lealtad; al mismo tiempo, el Estado se convierte en un Estado fascista y sin par –lo cual deja atrás la división tradicional entre pueblo y Estado–.<sup>38</sup>

Luego del nacionalsocialismo, los diversos juristas que tuvieron participación en el régimen nazi, entre ellos Karl Larenz y Hans Welzel, recibieron con entusiasmo la afirmación hecha por Gustav Radbruch de que los juristas habían quedado indefensos durante el nacionalsocialismo, debido a lo arraigado que estaba el positivismo jurídico<sup>39</sup>. Dijo así: “El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de ‘la ley es la ley’, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley (...)”.<sup>40</sup> Se trataba de una afirmación de gran importancia, no solamente

---

<sup>38</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 62-63.

<sup>39</sup> Dice Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno: “No deja de ser indignante que juristas tan importantes como Karl Larenz o Hans Welzel, tras haber criticado durante al positivismo jurídico, se atrevieran luego a imputarle responsabilidad en los sucesos acaecidos durante el régimen nacionalsocialista”. Ortiz de Urbina Gimeno (2007), pp. 90-91. Véase, además: Atienza, Manuel (2007), p. 13; Frommel, Monika (2016), pp. 915-916, nota al pie 11

<sup>40</sup> Cf. Radbruch, Gustav (2002), pp. 178-179. Véase también: Radbruch, Gustav (1980), p. 134.

porque provenía de un autor que era asociado con el positivismo jurídico, sino además, porque Gustav Radbruch no era sospechoso de haber colaborado con el régimen nazi, sino era considerado un demócrata, que había sido destituido por el régimen nazi, como consecuencia de pasado como ministro de un gobierno socialdemócrata y que aunque había permanecido durante el nazismo en Alemania, no había colaborado con el régimen. Kai Ambos, hace mención a lo indicado por Gustav Radbruch, al indicar en el capítulo cuarto:

Esta tesis del positivismo o de la indefensión de Radbruch es, de hecho, un mito positivista, dado que el propio nacionalsocialismo, como ya se explicó anteriormente, combatió al positivismo por sus efectos restrictivos, alistando principalmente a los jueces como operadores “del pensamiento del derecho natural”, pervertidos por el racismo y la ideología popular; el derecho solo había de ser estrictamente obligatorio en cuanto legislación nacionalsocialista, en especial los mandatos del Führer. Por tanto, hoy en día se reconoce que el cumplimiento de los juristas alemanes con los mandatos del nacionalsocialismo se originó a partir de una combinación de “un positivismo jurídico pervertido... y un ‘derecho natural pervertido’”. Más allá de eso, en el período de posguerra muchos jurista (con orientaciones nacionalsocialista) retrospectivamente libraron una batalla contra el “hombre de paja” del positivismo, como si fuese una batalla contra el pensamiento jurídico nacionalsocialista, y después de 1945 se dedicaron a renovar el derecho con un enfoque tendente al derecho natural, con el fin de tercerizar su responsabilidad y desplazar su propia culpa. En consecuencia, la “tesis de la indefensión” convirtió a las víctimas de la persecución nacionalsocialista, como Kelsen o Radbruch, en autores de la persecución y sirvió como argumento en contra del castigo de la perversión del desarrollo de la administración de justicia y para la rehabilitación del poder judicial nacionalsocialista en su conjunto<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Ambos, Kai (2020), p. 149.

Tal y como lo indica Kai Ambos, el nacionalsocialismo, combatió al positivismo jurídico, el que se consideraba un resabio liberal y por ello inadmisibles. Precisamente, el autor más criticado por los autores nazis era Hans Kelsen, quien reunía no solamente el carácter de judío, sino también de demócrata. Además, lejos de estar arraigado en positivismo jurídico en Alemania y los jueces se caracterizaron en la República de Weimar, por su poco apego a la ley, especialmente para favorecer a las fuerzas de la derecha, llegando a una aplicación desigual de la ley, según que los desmanes provinieran, por ejemplo, de los grupos de la derecha, ello con respecto a los que llevaran a cabo los grupos de la izquierda. Durante el nacionalsocialismo los juristas proclamaron su rechazo al positivismo jurídico y su superación por la posición nacionalsocialista<sup>42</sup>. En este sentido indicó Ernst Forshoff en 1933: “El Estado de hoy en día no puede, bajo ninguna circunstancia. Buscar sustento alguno en el pensamiento positivista, que es necesariamente individualista y carente de utilidad”<sup>43</sup>. La concepción nacionalsocialista se basaba, al contrario del positivismo jurídico, en un irracionalismo, que partía como aspecto fundamental en la comunidad viviente del pueblo, que tenía su base en conceptos como el ligamen entre la raza, la sangre y el pueblo. El intérprete supremo de ello se consideraba que era el Führer Adolf Hitler.

Menciona Kai Ambos que “el cumplimiento de los juristas alemanes con los mandatos del nacionalsocialismo se originó a partir de una combinación de “un positivismo jurídico pervertido... y un ‘derecho natural pervertido’”. Con respecto a esa afirmación, debe considerarse que el Derecho en la concepción del nacionalsocialismo permitía dejar de aplicar el Derecho aprobado antes del régimen nazi cuando fuera contrario al programa del Partido Nacionalsocialista, a los principios nacionalsocialistas, a la concepción nacionalsocialista del mundo, al sano

---

<sup>42</sup> Véase por ejemplo: Schaffstein, Friedrich (1934); Mezger, Edmund (1939), p. 259; Nicolai (1934), p. 207. Con respecto al rechazo del positivismo jurídico por el Estado totalitario: Fenech, Miguel (1941), p. 152, 156-157. Acerca de que los postulados positivistas eran contrarios a la concepción nacionalsocialista del Derecho: Rùthers, Bernd (1991), pp. 98-99; García Amado, Juan Antonio (1991), pp. 347-350; García Amado, Juan Antonio (2009); García Amado, Juan Antonio (2010) (capítulo: ¿Se puede ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?; Baratta, Alessandro (2016), pp. 41-71.

<sup>43</sup> Citado por: Müller, Ingo (2007), p. 298.

<sup>44</sup> Cf. Rùthers (1991), pp. 175-322. Sobre el tema véase además: Grimm (1987) pp. 374-384; Rùthers (2016), pp.55-63. Sobre la utilización política de las

sentimiento del pueblo, a la voluntad del Führer (líder), etc., lo que constituía el llamado escape a las cláusulas generales<sup>44</sup>. Con respecto a ello señala Kai Ambos en el capítulo segundo:

Más concretamente, y en línea con los lineamientos formulados por *Dabm et al.*, el juez, como “miembro de la comunidad vital del pueblo alemán” (“Glied in der lebendigen Gemeinschaft des deutschen Volkes”) tiene que “preservar el orden concreto de la comunidad del pueblo, erradicar los parásitos y castigar la conducta contraria a la comunidad” (“die konkrete völkische Gemeinschaftsordnung zu wahren, Schädlinge auszumerzen, gemeinschaftswidriges Verhalten zu ahnden”). Y esto ha de ser realizado a partir de la “concepción del mundo (*Weltanschauung*) nacionalsocialista”, tal como ha sido expresada en el programa del partido (lo que en sí mismo era una fuente del derecho” y las declaraciones del Führer, cuyas decisiones nunca pueden ser cuestionadas (“kein Prüfungsrecht”). Las normas que preceden a la “revolución nacionalsocialista” “no deben ser aplicadas” si “se oponen al sano sentir del pueblo de la actualidad”. Irónicamente, estos lineamientos finalizan con un llamado a la “independencia” judicial y su libertad respecto de instrucciones (“nicht an Weisungen gebunden”), lo que ignora de forma notoria las múltiples interferencias del régimen en la administración de justicia y sus directivas detalladas, por ejemplo a partir de las tristemente célebres “cartas de los jueces”, publicadas por el Ministro de Justicia del Reich a partir de 1942. En todo caso, los jueces tenían amplias facultades para (re)interpretar el derecho o incluso para moldearlo según la concepción del mundo nacionalsocialista—de hecho, sirvió como pauta de interpretación para todos los actores judiciales (“Rechtswahrer”)— y muchos jueces se tomaron en serio su nuevo rol activo y contribuyeron a la implementación del proyecto nacionalsocialista<sup>45</sup>.

---

clausulas generales: Lautmann, Rüdiger (2011), p. 164. Señala Menger que antes del nacionalsocialismo se venía ya acudiendo en forma creciente a cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados. Cf. Menger (1993) p. 188.

<sup>45</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 69-70.

Debe resaltarse la importancia del principio del Führer, como la fuente de mayor importancia durante el nacionalsocialismo. La voluntad del Führer podía ser indicada incluso en discursos y hasta en conversaciones privadas<sup>46</sup>.

El principio del Führer, ocupó un papel importante dentro de la Escuela de Kiel, pero, era un principio que trascendía a dicha Escuela, puesto que era en general aceptado como la fuente de mayor rango en el nacionalsocialista. Este principio llevaba a la negación del principio de independencia judicial y a concebir al Führer como el juez de más alto rango.

Además, hacía a que se considerara que el Führer era quien mejor expresaba la voluntad de la comunidad del pueblo, por lo que era el mejor intérprete de éste.

Se suma a ello que el principio del Führer, llevaba al mismo a no estar vinculado a las formas jurídicas y a justificar las actuaciones de hecho, es decir a la total arbitrariedad, lo que encontró expresión en la “noche de los cuchillos largos”<sup>47</sup>. Carl Schmitt, mencionado por Kai Ambos<sup>48</sup>, justificó esta matanza al publicar un artículo que tituló: “El Führer protege el Derecho”<sup>49</sup>, en el que dijo que el Führer (líder) era el juez de mayor jerarquía, por lo que al proteger el Derecho, frente al peor abuso, en vista del peligro, refiriéndose a la “Noche de los cuchillos largos” y las muertes ordenadas por Hitler en la misma, creaba Derecho. La independencia del Juez no significa - indicó - una independencia frente a la dirección política, ya que si al juez se le dotase de un poder independiente se convertiría en un instrumento de un anti-Führer<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre ello: Bedürftig (1994), p. 142. Sobre el principio del Führer en el nacionalsocialismo véase en particular: Majer, op. cit., pp. 77-116; Sampay (1940), pp. 144-145; Hartl, Benedikt (2000), pp. 45-46; Benz, Wolfgang/Graml, Hermann/Weiss, Hermann (Editores) (2001), pp. 475-476; Llobet Rodríguez (2018), pp. 101-110.

<sup>47</sup> Señala Álvaro Lozano que con el asunto Röhm el Estado Constitucional alemán pasó definitivamente a la historia. Indica que éste implicó que el poder del Führer no se encontraba restringido por normas de Derecho positivo ni por las leyes morales anteriores a la fundación del nuevo Estado. Lozano, Álvaro (2013), p. 19.

<sup>48</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 75-76. Véase, en particular, notas 163-164.

<sup>49</sup> Cfr. Schmitt, Carl (1934), pp. 946-950. Sobre este artículo véase: Rütters (1989), pp. 120-125; Rütters (2016), pp. 141-144.

<sup>50</sup> Sobre ello véase: Fenech (1941), pp. 134-135.

Desde esta perspectiva se llegó a sostener que el poder del Führer no estaba sometido a garantías y controles, sino era independiente, exclusivo e ilimitado<sup>51</sup>. Ello se expresó en la llamada solución eutanásica, que no encontró ninguna justificación legal, sino solamente en una nota posterior de Hitler, enviada en forma privada. Se agrega que el genocidio sistemático y planificado de los judíos y otros grupos sociales, nunca se expresó de manera normativa, de modo que ni siquiera se encuentra un orden por escrito de Hitler al respecto.

En el caso de los juristas, entre ellos los representantes de la Escuela de Kiel, el principio del Führer se concebía como la fuente máxima de interpretación del Derecho, como expresión del antiformalismo. Este principio formaba parte del escape a las cláusulas generales, siendo el principio de más importancia dentro de éstas. En este principio encontraba acogida el principio de antijuridicidad material, el antipositivismo y el antiliberalismo, del nacionalsocialismo.

La posibilidad de dejar de sin efecto el Derecho vigente, acudiendo a cláusulas generales de carácter nacionalsocialista y racial, hizo que algunos en el régimen nazi, como Hans-Helmut Dietze en 1936, hablasen de un “Derecho Natural de sangre y tierra”<sup>52</sup>, para explicar el Derecho nacionalsocialista. Es decir, ya no se acudía a principios de igualdad y dignidad humana, para fundar este “Derecho Natural”, sino el aspecto fundamental era el carácter racial, siendo el método utilizado por el sistema nazi para desvincularse del Derecho positivo, similar al utilizado desde el iusnaturalismo<sup>53</sup>. En este sentido entenderse la crítica de Kai Ambos a la aplicación por parte de los juristas de ‘derecho natural pervertido’. Ello lo expresa al señalar en el capítulo segundo:

Se trata de superar las restricciones formales del positivismo a través de una concepción del derecho natural cargada de

---

<sup>51</sup> Representativo con respecto al principio del Führer es el texto: Schmitt, Carl (1934), pp. 946-950.

<sup>52</sup> Dietze, Hans-Hellmut (1936), pp. 818-821. Sobre el nacionalsocialismo y el Derecho Natural: Wittreck, Fabian (2008); Aguilar Blanc, Carlos (2013), pp. 187-210.

<sup>53</sup> Cf. Horster, Detlef (2014), pp. 62-70. Véase, además: García Amado, Juan Antonio (1991), p. 349.

racismo según el pueblo y orientada a la voluntad del Führer (equiparada a la ley)<sup>54</sup>.

Una expresión del escape a las cláusulas generales, en encuentra en la eliminación de la prohibición de la analogía, conforme a la reforma al parágrafo 2 del Código Penal, dispuesta el 28 de junio de 1935, ello en cuanto permitía acudir al sano sentimiento del pueblo, para sancionar penalmente conductas similares a las previstas en el Código Penal como delictivas. Se dijo en esa ley.

“Será castigado, quien comete un hecho que la ley declare punible o que según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, el hecho será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él”<sup>55</sup>.

La eliminación de la prohibición de la analogía en 1935, estaba relacionada con el concepto material del ilícito, que se defendía en el régimen nazi, que suponía la superación de los límites formales, establecido en la ley, pero también permitía la impunidad de los partidarios del régimen. La superación del principio de legalidad, que se pretendía en el régimen nazi, proponía la superación de dicho principio a partir del concepto material del delito, llegándose a la expresión “no delito sin pena”, propuesto por Carl Schmitt<sup>56</sup>.

Con respecto a la relación entre el concepto substancial del ilícito y la regulación de la analogía, indica además Kai Ambos en el capítulo segundo:

En su discurso inaugural del 11.º Congreso Internacional de Derecho Penal y Cárceles de 1935, Franz Gürtner, Ministro

---

<sup>54</sup> Ambos, Kai (2020), p. 89.

<sup>55</sup> Citado conforme a: Finzi, Marcelo/Núñez Ricardo (Traductores) (1940), p. 228. Par. 2 de la Ley del 28 de junio de 1935 (RGBl 1935, I, 839). Sobre esta ley: Werle, Gerhard. (1992), pp. 141-178. Sobre la previsión de la analogía en el régimen nazi: Hartl (2000) pp. 297-299; Neumann, Franz (1993), p. 511. Véase la crítica de Ferrajoli a la introducción de la analogía en el régimen nazi: Ferrajoli, Luigi (1995), pp. 376 y 384.

<sup>56</sup> Sobre ello: Ambos, Kai (2020), p. 88.

de Justicia del Reich, se declaró a favor de suplantar la legalidad formal por un concepto sustantivo o material de justicia e ilícito, cuyo contenido les incumbía completar a los jueces con ayuda de las “exigencias de la vida del pueblo” y del “principio del Führer”. Unos años después, un funcionario líder en el Ministerio escribió sobre la “consagración” del concepto material de justicia, a partir de las últimas palabras del Führer en el juicio por traición de Múnich de 1924, que aludía a una justicia eterna y divina y contrastaba con un concepto formal de justicia, representado por el principio *nulla poena*. Freisler también propagaba un concepto material de derecho y de ilícito, libre de condicionamientos formales, “arraigado” en el “ordenamiento moral del pueblo”, es decir, que recibía su contenido del “sano sentir del pueblo” –reconocido “como fuente de derecho”.

Según este concepto del derecho, ya no existe una la separación de moral y derecho y –además de otras consecuencias para la “técnica del tipo penal” (“Tatbestandstechnik”) – permitir la analogía. Se debe señalar, no obstante, que la versión de 1935 del respectivo § 2, RStGB, todavía tenía una referencia a la ley y, por tanto, constituía más un *relajamiento* que una abolición completa de la prohibición de analogía<sup>57</sup>.

Con respecto a ello, debe agregarse que el Derecho Penal de guerra, que se fue implementando especialmente a partir de 1939, se caracterizó por la vaguedad de los tipos penales, en los cuáles se incluían conceptos indeterminados, que eran expresión de las cláusulas generales nacionalsocialistas, que partían de este sano sentimiento del pueblo. La vaguedad de la descripción de las conductas prohibidas, llevaba hasta a hacer innecesario acudir a la analogía<sup>58</sup>. Esta vaguedad era expresión del desprecio del principio de legalidad y de la seguridad jurídica. En este sentido indicó Georg Dahm que el nuevo Derecho Penal que se debe llegar a aprobar, debe en forma amplia contener cláusulas generales y elementos normativos<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 78-79.

<sup>58</sup> Acerca de la legislación penal y la vaguedad de las conductas prohibidas en la época nazi: Llobet Rodríguez, Javier (2018), pp. 152-204.

<sup>59</sup> Cf. Dahm, Georg (1935a), p. 403.

El concepto material del delito, defendido por la doctrina nazi, llevaba a partir de la cosmovisión nazi, a una eticización del Derecho, ello conforme a los principios nazis, ocupando un papel fundamental términos como lealtad, honor, obediencia, que se expresaban además en un Derecho Penal de voluntad y de ánimo.

Dice Kai Ambos, en el capítulo segundo, sobre la relación entre la antijuridicidad material, el antipositivismo y la eticización del Derecho Penal nazi:

Como consecuencia, el dualismo entre costumbre (moral) y derecho fue rechazado y, en su lugar, se favoreció una eticización perfecta del derecho (penal). Por tanto, lo determinante era, en resumen, una fundamentación (material) del derecho, anti-positivista, cargada de eticización popular – esto es, a partir de un entendimiento místico de la nación y la raza alemana y una conceptualización metafísica orientada al ser y a la vida (que será discutida en mayor detalle en el cap. IV 4., con respecto al rol y a la influencia del neokantianismo)–, sobre la base del sano sentir del pueblo, el cual debía ser transmitido por el Führer<sup>60</sup>.

## 8. DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA Y NEOKANTISMO

En el capítulo cuarto hace referencia Kai Ambos al Derecho Penal nacionalsocialista y *neokantianismo*. Critica duramente la identificación que hace Zaffaroni del neokantianismo como legitimador del Derecho nazi. Critica que Zaffaroni no haga una distinción entre las diversas corrientes neokantianistas, que no constituían un movimiento acabado, puesto que era un movimiento político que tenía múltiples ramificaciones<sup>61</sup>. Hacer una fuerte crítica Kai Ambos a la vinculación que hace Zaffaroni entre *neokantianismo* y Derecho Penal nacionalsocialista, no tomando en cuenta las diversas corrientes del neokantianismo. Agrega que deja de considerar, por ejemplo, que la mayoría de *neokantianos* habían muerto antes de la llegada al poder del nacionalsocialismo y Gustav Radbruch,

---

<sup>60</sup> Ambos, Kai (2020), p. 85.

<sup>61</sup> Ambos, Kai (2020), p. 129.

Max Grünhut y James Goldschmidt, fueron destituidos como profesores con la llegada al poder del nacionalsocialismo<sup>62</sup>. Señala Kai Ambos:

Al lector atento no le habrá pasado inadvertida la crítica implícita contra la vinculación que construye Zaffaroni entre *neokantianismo* y derecho penal nacionalsocialista. Cuando, más adelante, en el marco de su análisis de la escuela de Kiel, Zaffaroni tilda a “los” (!) *neokantianos* de meros tecnócratas leales al régimen (en contraposición a los nazis convencidos de la escuela de Kiel), demuestra una incomprensible oposición a toda la corriente del *neokantianismo*, que ignora soberanamente la “variedad” de aquello que es entendido por neokantianismo (lo que probablemente se deba a la recepción selectiva que tuvieron en Latinoamérica). Zaffaroni cataloga a determinados pensadores en el neokantianismo (jurídico) sin definir en absoluto qué debe entenderse por tal. Sin esta aclaración conceptual no se puede demostrar la proximidad de contenidos entre un autor determinado y el *neokantianismo*; en todo caso, se puede hacer referencia a una relación maestro-discípulo, pero categorizar a un maestro como *neokantiano* presupone, justamente, definir el concepto de *neokantianismo*.

El neokantianismo “no es una escuela acabada”, sino un “movimiento político de múltiples ramificaciones”, existente desde fines del siglo XIX, que unifica las más diversas corrientes (individuales y colectivas)<sup>63</sup>.

Hace una crítica Kai Ambos a Zaffaroni, en cuanto según éste los valores imperantes que fueron tomados del pensamiento de la Ilustración, ahora la ideología nacionalsocialista se tornó en el punto normativo de referencia, detrás de esta doctrina neokantianista de orientación a la comunidad<sup>64</sup>.

Según la tesis de Zaffaroni –altamente dudosa y cuyas conclusiones deben ser rechazadas (más detalladamente, *infra* 3.)–, los valores neokantianos solo podían ser cumplidos por el derecho nazi. Según Zaffaroni, si anteriormente los valores

---

<sup>62</sup> Ambos, Kai (2020), p. 110.

<sup>63</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 128-130.

<sup>64</sup> Ambos, Kai (2020), p. 110.

imperantes fueron tomados del pensamiento de la Ilustración, ahora la ideología nacionalsocialista se tornó en el punto normativo de referencia, con su orientación a la comunidad del pueblo definida de manera racista y a la voluntad del Führer<sup>65</sup>

Se refiere en este capítulo Kai Ambos a Edmund Mezger, partiendo de la importancia que le otorga Eugenio Raúl Zaffaroni, como el más relevante neokantiano, de inspiración nacionalsocialista<sup>66</sup>. Hace mención Kai Ambos, a la orientación racista y populista del nuevo Derecho Penal según Edmund Mezger. Dice:

El propio Mezger, tal como ya hemos visto supra, tempranamente había puesto de relieve la orientación racista y populista y del “nuevo” derecho penal, había dividido “grupos típicos de enemigos de la sociedad”, había exigido la “segregación de la comunidad del pueblo de piezas nocivas para el pueblo y la raza” (“Ausscheidung volksschädlicher Bestandteile”) y había caracterizado al derecho penal –al igual que Freisler– como “derecho combativo para protección y desarrollo del pueblo” (“Kampfrecht zum Schutz und zur Entfaltung des Volkes”). Al derecho penal le tocaría la misión especial de educar jurídicamente al compatriota del pueblo y de expiar los delitos conforme a la culpabilidad de sus autores, con el fin de salvaguardar el derecho y la justicia<sup>67</sup>.

Muy importante en relación con Edmund Mezger es su concepto de culpabilidad por la conducción de la vida<sup>68</sup>, con lo que defendió la agravación de la pena por reincidencia, lo que implica la asunción de una concepción propia de un Derecho Penal de autor, pero integrándola al concepto de culpabilidad<sup>69</sup>. Mezger hizo una relación entre un Derecho penal de acto y de autor, de modo que estimó que la pena no solamente

---

<sup>65</sup> Ambos, Kai (2020), p. 110.

<sup>66</sup> Ambos, Kai (2020), p. 111.

<sup>67</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 111-112.

<sup>67</sup> Mezger, Edmund (1938), pp. 688-690. Véase: Cf. Thulfaut, Gerit (2000), pp. 201-211.

<sup>68</sup> Sobre ello véase: Muñoz Conde, Francisco (2010), pp. 245-246; Muñoz Conde, Francisco (2009), p. 248; Thulfaut, Gerit (2000), p. 289-290.

está relacionada con lo externo, sino también lo está en su contenido con la personalidad del autor. Sostuvo que la pena es dependiente de la personalidad, no de lo objetivo del hecho, sino de lo subjetivo, personal y esencia interna del hecho<sup>70</sup>. Estas ideas formaban parte de lo que Edmund Mezger en respuesta a la concepción de la Escuela de Kiel, denominaba “El delito como un todo”<sup>71</sup>, lo que implicaba la mezcla entre ideas de un Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor. Ello quedó claro con la participación de Mezger en diversos proyectos en los que defendió la eliminación de los que consideraba los elementos nocivos para la comunidad del pueblo, de modo que con respecto a ellos asumió una concepción propia de un Derecho Penal de autor. Sobre el concepto de Mezger de la culpabilidad por la conducción de la vida indica Kai Ambos:

La culpabilidad misma no solo debería ser medida según el hecho (derecho penal de acto), sino también según la esencia y la personalidad del autor (derecho penal de autor), más precisamente según la culpabilidad por la conducción y decisiones de vida (*Lebensführungsund-entscheidungsschuld*), con lo cual si bien Mezger no abjuraba explícitamente del concepto de culpabilidad, sí lo adelantaba infinitamente –más todavía que con la actio libera in causa–. En última instancia, le incumbía al juez valorar, a la luz de la ideología del pueblo, la conducción de vida del autor expresada en el hecho. En tanto siguiera las reglas nacionalsocialistas, el juez podía excluir de la comunidad del pueblo, en cuanto “culpables”, a aquellos que hubieran conducido una “mala vida”<sup>72</sup>.

Con respecto a Edmund Mezger es importante tener en cuenta su participación junto con Franz Exner en la elaboración del proyecto de ley de extraños a la comunidad de 1944<sup>73</sup>. Sobre dicho proyecto indica Kai Ambos en el capítulo quinto:

---

<sup>70</sup> Mezger, Edmund (1941), pp. 353-423.

<sup>71</sup> Mezger, Edmund (1938), p. 675 y ss. Sobre ello, véase: Gómez Martín, Víctor (2007), pp. 145-146.

<sup>72</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 113-114.

<sup>73</sup> Cf. Muñoz Conde (2003), pp. 168-250.

Quizá el intento más importante, o al menos el que conozco, de legislar un derecho penal del ánimo puro puede encontrarse en el proyecto nacionalsocialista de una “*Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*” (“Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”), donde, entre otros, un “grupo de criminales” (“*Verbrechergruppe*”) era definido a partir de la “personalidad y estilo de vida” de sus miembros, que demuestra que su “mentalidad está centrada en la comisión de delitos graves (delinquentes hostiles a la comunidad y delinquentes por inclinación)”<sup>74</sup>.

Como parte del neokantismo hace un desarrollo Kai Ambos, de la Escuela de Marburgo, encabezada por Erich Schwinge y Zimmerl, que llegaron a ser los principales antagonistas de la Escuela de Kiel. Usualmente, se afirma la existencia de un conflicto de escuelas durante el nacionalsocialismo, la Escuela de Kiel y la Escuela de Marburgo. Se dice que esta última escuela trató de contener el carácter autoritario del nacionalsocialismo y para ello se enfrentó al a Escuela de Kiel<sup>75</sup>. En realidad, como bien dice Kai Ambos, no existió propiamente tal discusión en el plano ideológico, ya que tanto unos como los otros defendían los postulados del Derecho nazi. Debe considerarse que la Escuela de Marburgo, si bien, a diferencia de la escuela de Kiel, defendía que el Derecho protege bienes jurídicos, estos estaban dotados de un contenido nacionalsocialista, de modo que se trataba de otorgarle prioridad a la protección de la comunidad del pueblo como bien jurídico<sup>76</sup>. Sobre ello dice Kai Ambos en el capítulo quinto:

En un derecho penal dominado por la lealtad y por deberes frente a la comunidad del pueblo ya no le corresponde ningún significado autónomo a la lesión (externa) al derecho o a bienes jurídicos. Estos son reemplazados por la actitud interna (ánimo)

---

<sup>74</sup> Ambos, Kai (2020), p. 197, cita al pie 666.

<sup>75</sup> Dieter Grimm señala que el libro de Erich Schwinge y L. Zimmert (*Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*) muestra que en el Tercer Reich todavía era posible protestar en forma decidida. Grimm, Dieter (1987)., p. 383, nota al pie 36.

<sup>76</sup> Cf. Gómez Martín, Víctor (2007), p. 203; Baratta, Alessandro (2016), p. 98; Hassemer, Winfried (1980), p. 54.

respecto de estos deberes de lealtad, de modo que el hecho punible se convierte en una lesión al deber que expresa una actitud interna respecto de los mencionados deberes de lealtad. Con esto, Schaffstein dio el salto desde un “derecho penal de lesión de bienes jurídicos” (*Rechtsgutsverletzungsstrafrecht*) a un “derecho penal de ánimo o de deberes” (*Gesinnungs- oder Pflichtenstrafrecht*), en el que si bien ya no era necesaria la función completa del concepto de bien jurídico, este era (¡y es!) lo suficientemente “elástico” como para cargarlo de contenido nacionalsocialista a través del entendimiento teleológico promocionado por Schwinge/Zimmerl. Por ese motivo, la Escuela de Kiel pudo convivir pacíficamente con el concepto de bien jurídico “a ser completado en cuanto a su contenido y sustancia”–del mismo modo que otros juristas nazis– y dirigir su verdadera agresión contra la doctrina de Feuerbach de la lesión (subjética) al derecho (*Rechtsverletzungslehre*). El núcleo de la disputa entre “los de Kiel” y “los de Marburgo” residió, por tanto, solo en definir qué postura –lesión al deber o doctrina teleológica del bien jurídico– era más apta para superar el pensamiento liberal; además, también los de Marburgo concibieron la culpabilidad como ánimo que contradice al nacionalsocialismo. Así, puede observarse que se trata de una *disputa ficticia o aparente*, como ya se mencionó<sup>77</sup>.

Hace referencia Kai Ambos a que cada uno de los autores de la corriente neokantianista, deberían ser investigados por separado para determinar cuál fue su comportamiento personal frente al nazismo, no pudiéndose generalizar. Reconoce que Mezger, Schwinge y Zimerln podrían haber sido influenciados por el neokantismo, como muchos profesores a comienzos del siglo XX, pero no podrían ser catalogados como los representantes más significativos del neokantismo, e incluso cataloga como más significativo en el Derecho Penal a Schwinge que a Mezger. Dice:

Sobre cada uno de estos autores debería investigarse por separado cómo se comportaron personalmente frente al

---

<sup>77</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 184-186.

nacionalsocialismo, al igual que sí, y dado el caso cómo, sus teorías le dieron apoyo al derecho penal nazi o si le fueron útiles. Otros autores, tales como Mezger y Schwinge/Zimmerl, mencionados por Zaffaroni, podrán haber estado influenciados por el neokantianismo –lo que, desde luego, en razón del significado del neokantianismo a comienzos del siglo XX, podría valer para casi todos los autores de las humanidades, de manera que sería de poco valor informativo–; pero, en todo caso, no pertenecían a los representantes más significativos del neokantianismo (Mezger –[más] significativo en cuanto penalista– aún menos que Schwinge). Por lo demás, la clasificación resulta difícil ya por el hecho de que en el neokantianismo jurídico-penal tampoco existía una edificación teórica acabada –al igual que en el neokantianismo jurídico en general–

Menciona incluso, que los neokantianos de izquierda, de orientación jurídico-filosófica, en su mayoría pueden ser catalogados como víctimas de la toma de poder nacionalsocialista<sup>78</sup>. Señala que otros neokantianos se alinearon al régimen o lo apoyaron activamente por ejemplo Georg Dahm y Erik Wolf<sup>79</sup>.

## **9. EL DERECHO PENAL NACIONALSOCIALISTA EN LA ESCUELA DE KIEL**

En el capítulo quinto desarrolla Kai Ambos el Derecho Penal nacionalsocialista autónomo en la escuela de Kiel. Esta escuela estaba encabezada en el Derecho Penal por dos jóvenes juristas: Georg Dahm y Friedrich Schaffstein. Ellos poco antes de la llegada del nacionalsocialismo al poder, habían escrito el libro “Derecho Penal liberal o Derecho Penal autoritario?”<sup>80</sup>. Kai Ambos, quien hace un amplio análisis de este libro, considera este texto como la contribución más importante de la Escuela de Kiel y lo cataloga como el escrito, quizá más relevante, del movimiento de renovación jurídico penal antiliberal. Señala que Dahm y Schaffstein expandieron los fundamentos políticos criminales del nuevo pensamiento

---

<sup>78</sup> Ambos, Kai (2020), p. 139.

<sup>79</sup> Ambos, Kai (2020), p. 139.

<sup>80</sup> Dahm, Georg/Schaffstein (1933); Dahm, Georg/Schaffstein (2011).

jurídico penal, es decir de la ideología nacionalsocialista, el Estado del pueblo y del Führer, absolutamente racista, así como la equiparación del mandato del Führer. Indica Kai Ambos que Georg Dahm y Friedrich Schaffstein desarrollaron posteriormente en mayor medida su sistema de Derecho Penal nacionalsocialista en numerosos trabajos individuales.

Hace mención. Kai Ambos, al desarrollar el pensamiento de la Escuela de Kiel, a la crítica al principio de legalidad y la defensa de la sujeción al principio del Führer, como forma de superación del formalismo. Hace referencia, además, Kai Ambos, a la importancia de la lealtad y el deber, dentro de la Escuela de Kiel y su relación con el carácter eticizante del Derecho Penal, lo que formaba parte de la superación del contraste entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor. Ello conducía a la crítica de dicha Escuela a la protección de bienes jurídicos por el Derecho<sup>81</sup> y a la concepción del delito como un acto de traición y de deslealtad con la comunidad del pueblo<sup>82</sup>. Igualmente, ello justificaba el carácter infamante de la pena. Indica Kai Ambos:

Los conceptos de *deber*, *honor* (del compatriota del pueblo o del derecho) y *lealtad* (frente al Führer, al pueblo y al Estado) prepararon –a modo de “conceptos jurídicos” vinculantes– el campo para la *eticización* o moralización del derecho penal –ya mencionada con frecuencia–; los “círculos concretos de deberes” –que encontraban su orientación en los “ordenamientos concretos” de Carl Schmitt– superarían “el viejo contraste entre derecho penal de acto y derecho penal de autor”. La lesión del deber de lealtad frente a la comunidad del pueblo es una “traición”, y esto sin embargo regiría solo para los alemanes en tanto compatriotas del pueblo con deberes especiales de lealtad, mientras que los extranjeros solo lesionarían sus normas de hospitalidad (lo que se dejaba ver,

---

<sup>81</sup> Contra la caracterización del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos véase además: Schaffstein, Friedrich (1936), pp. 39-49; Schaffstein, Friedrich (1993), pp. 258-264. Sobre el rechazo del Derecho Penal como protección de bienes jurídicos durante el nacionalsocialismo: Hassemmer, Winfried (1980), pp. 50-56; Gómez Martín, Víctor (2007), pp. 142, 194-219; Fernández, Gonzalo (2004), pp. 31-33.

<sup>82</sup> Cf. Dahm, Georg (1938), p. 225 y ss.; Dahm, Georg (1935), p. 14 y 18.

por ej., en la “traición a la tierra”); la vinculación entre lealtad y honor explica la importancia especial de las penas infamantes, por tratarse de una pérdida del honor (reprochable moralmente) a causa de una lesión al deber de lealtad. Aunque el deber de lealtad, por regla general, estaría limitado a “aquellos casos en los cuales el hecho así caracterizado agrediese a la pertenencia a la comunidad del autor realmente en su núcleo y la pusiese en duda”, Schaffstein traslada la idea de lealtad también a lesiones de deberes en el tráfico (económico) privado, como por ej., la lesión a deberes derivados de la profesión, el cargo y el oficio, deberes familiares y matrimoniales, así como a la administración desleal<sup>83</sup>.

Se rechazaba por Schaffstein y Dahm el desarrollo estratificado que había tenido la teoría del delito, que había partido del delito como acción o conducta típica, antijurídica y culpable. En vez de esta clasificación Georg Dahm criticó la distinción entre tipicidad y antijuridicidad y Friedrich Schaffstein la diferenciación entre antijuridicidad<sup>84</sup> y culpabilidad<sup>85</sup>. Se pretendía con la Escuela de Kiel eliminar el análisis racional del delito a partir de una “contemplación total de las esencias” o su “auténtico ser, en atención al significado para el ordenamiento del pueblo. Ello forma parte de la concepción del tipo normativo de autor, defendido por Georg Dahm<sup>86</sup>, que expresaba propiamente un Derecho Penal de autor:

El rechazo de la idea de separación conduce a una contemplación total de la esencia (*wesensmäßige Gesamtbetrachtung*), que estaría orientada a la realidad de la comunidad del pueblo, al “ser del pueblo” –el ordenamiento concreto de Schmitt–: “El ‘homicidio’, visto en sí mismo, no puede ser constatado ‘como tal’ y luego ser provisto del sello de ‘asesinato’. Es asesinato, de antemano, allí donde la

---

<sup>83</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 181-183.

<sup>83</sup> Sobre ello véase: Jiménez de Asúa, Luis (1947), pp. 98-99; Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011), p. 25.

<sup>84</sup> Cf. Schaffstein (1938), pp. 295-336. Sobre ello: Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011), p. 25.

<sup>86</sup> Cf. Dahm, Georg (1940). Sobre ello véase: Telp, Jan (1999), pp. 79-89; Gómez Martín, Víctor (2007), pp. 162-170; Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011), p. 36.

comunidad es destruida. Quien piensa desde la comunidad, de ninguna manera ve un homicidio, sino un asesinato...”. Pues el “pensamiento abstracto lleva consigo el germen de la destrucción” y el tipo penal abstracto en soledad carece de sentido; este recibe su sentido solo en relación con la comunidad del pueblo, “de su ser y parecer en la comunidad, entendida como pueblo y raza”. La acción humana no podría ser vista de otro modo que “en la comunidad, no como acontecimiento individual, autónomo y natural..., sino que lleva consigo su sentido o su ausencia de sentido, es decir, su ser derivado del pueblo”; se trata, entonces, de una acción que resulta del “ordenamiento moral del pueblo”. El ilícito delictivo no podría ser abarcado por medio del mero análisis lógico-racional del tipo penal, sino solo según su esencia o bien su “auténtico ser”, es decir, –“materialmente”– en atención al “significado para el ordenamiento del pueblo”. Así, los crímenes de guerra de los soldados alemanes en la Primera Guerra Mundial no serían homicidio o directamente asesinato del mismo modo que –según su esencia– tampoco sería hurto la sustracción de una bandera de una organización católica por parte de las Juventudes Hitlerianas<sup>87</sup>.

Georg Dahm desarrolló en particular la teoría de los tipos normativos de autor, teniendo como antecedente al respecto a Erik Wolf, del que se ocupa Kai Ambos en el capítulo sexto de su libro. En efecto Erik Wolf en 1932 se había ocupado de “La esencia del autor”, desarrollando ideas de la concepción de los tipos de autor. Posteriormente Erik Wolf volvió en 1936 sobre el tema con el artículo: “Tipo de hecho y Tipo de autor”<sup>88</sup>. Indica Kai Ambos, refiriéndose a Georg Dahm:

Según Dahm, esto depende del papel y la posición del autor en la comunidad –“las condiciones externas en las que vive, la pertenencia a un determinado oficio o posición, etc.”– y su valoración. Se trata –frente a una acentuación “demasiado unilateral de la esencia del autor”– de una objetivización según

---

<sup>87</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 188-191.

<sup>88</sup> Sobre ello: Gómez Martín, Víctor (2007), pp. 123-135; Castillo González, Francisco (2008), pp. 117-119.

los estándares de la esencia del hecho concreto que resulta del ordenamiento moral del pueblo (unión entre intuición de las esencias y derecho penal de la voluntad), de “la profundización y la comprensión correcta del derecho penal de ‘acto’” a través de la figura de autor, de una figura de autor ajustada –a la “representación del asesino, del ladrón, que vive en el pueblo”–, de una “representación de la personalidad”, de una “imagen humana”, de una figura delictiva, de un “hecho y autor como unidad”, es decir, en última instancia, de un “determinado ser en la comunidad”, que finalmente tiene que plasmarse también por medio del reconocimiento legal de determinadas figuras de autor<sup>89</sup>.

La concepción de los tipos normativos de autor partía de que no bastaba que la conducta estuviera prevista legalmente como delictiva, sino además que el autor debía encajar en las características del autor de ese tipo de delitos, lo que estaba relacionado con el concepto material del delito, que llevaba a excluir de la punición a aquellos que actuaran conforme a una conciencia nacionalsocialista<sup>90</sup>. Así el tipo normativo de autor, podría llevar a la incriminación de una conducta, o bien a que materialmente se considerara que la conducta no se ajusta al tipo penal. En efecto, la concepción de los tipos normativos de autor partía de que no bastaba que la conducta estuviera prevista legalmente como delictiva, sino además que el autor debía encajar en las características del autor de ese tipo de delitos, lo que estaba relacionado con el concepto material del delito, que llevaba a excluir de la punición a aquellos que actuaran conforme a una conciencia nacionalsocialista<sup>91</sup>. En definitiva, la teoría de los tipos normativos de autor, como lo indican Manfred Görtemaker y Christoph Safferling tenía dos lados, por un lado, expandía las penas en

---

<sup>89</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 193-194.

<sup>90</sup> Cf. Dahm, Georg (1940), pp. 39 y 44. Acerca de la teoría de los tipos normativos de autor véase: Schönke/Schroeder (2014), Vorberm. Par. 13 ff. No. 5, p. 139; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich (1985), Par. 10, 3, a), pp. 112-113; Roxin, Claus (1997), Par. 6, No. 3, pp. 181-184.

<sup>91</sup> Cf. Dahm, Georg (1940), pp. 39 y 44. Acerca de la teoría de los tipos normativos de autor véase: Schönke/Schroeder (2014), Vorberm. Par. 13 ff. No. 5, p. 139; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich (1985), Par. 10, 3, a), pp. 112-113; Roxin, Claus (1997), Par. 6, No. 3, pp. 181-184.

contra de las personas a eliminar y, por otro lado, limitaba igualmente la pena a favor de los compatriotas dignos (*würdige Volksgenossen*)<sup>92</sup>. Resulta así que con respecto a los primeros llevaba a una agravación de la pena, mientras que en lo atinente a los segundos podía llevar incluso a su no punición<sup>93</sup>.

Debe anotarse que el concepto substancial del delito en el nacionalsocialismo, lo mismo que la teoría de los tipos normativos de autor, aparte de la extensión de la punibilidad conforme a los principios nacionalsocialistas, tenía también la función de limitar dicha punibilidad cuando la actuación, a pesar de enmarcarse en el tipo penal, fuera conforme a los principios nacionalsocialistas. Esa es una de las características del nacionalsocialismo. La teoría de la adecuación social de Hans Welzel debe ser entendida también en este sentido<sup>94</sup>. Así según Georg Dahm, podía prestar buenos servicios para descongestionar la justicia como indicio de casos atípicos. Sin embargo, estimó que para ello la teoría de la adecuación social no era de ninguna manera suficiente para substituir a la relación con el tipo de autor (*Tätertyp*)<sup>95</sup>. Kai Ambos, al respecto menciona a la teoría de la adecuación social llega a resultados similares a los que formula Georg Dahm. Dice:

Nótese a la pasada que Hans Welzel llega al mismo resultado por medio de su doctrina de la adecuación social (“*Sozialadäquanz*”) pues “en las situaciones de combate de la guerra” las “acciones adecuadas y normales en la guerra de antemano no [se subsumen] en tipos delictivos”; en última instancia “la idea de que el ejército, en la lucha entre la vida y la muerte, realizaría varios tipos penales –aunque de un modo conforme al derecho– [sería] demasiado absurda y construida en los papeles, tanto que no podría ser correcta”<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Görtemake, Manfred/Safferling, Christoph (2016), p. 370.

<sup>93</sup> Sobre ello: Ambos, Kai (2020), p. 191.

<sup>94</sup> Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier (2000), pp. 27-34; Hattenhauer (1983), Par. 662, p. 315-316; Vogel, Joachim (2004), p. 74; Politoff, Sergio (1984), pp. 73-75.

<sup>95</sup> Dahm, Georg (1940), pp. 44-45.

<sup>96</sup> Ambos, Kai (2020), p. 192.

## **10. LA CRÍTICA A ZAFFARONI EN CUANTO AL ROL DE HANS WELZEL DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO**

El capítulo sétimo lo denominado Kai Ambos “consecuencias”. En este capítulo se hace una fuerte crítica al libro de Zaffaroni, en cuanto a la tesis de Zaffaroni, que presenta a Hans Welzel como superador del derecho penal nacionalsocialista (neokantianista). Dice Kai Ambos:

La tesis consta de dos premisas: “El” neokantianismo le preparó el terreno al derecho penal nazi y la ontología finalista acuñada por Welzel superó definitivamente este derecho penal. Ambas premisas son incorrectas, porque, por un lado, y tal como hemos visto anteriormente (cap. IV, 3 y 4), el derecho penal nacionalsocialista directamente no era neokantiano y, en especial, rechazaba radicalmente el dualismo metodológico, que era sustituido por una eticización. Por otro lado, también Welzel siempre fue crítico frente al neokantianismo –ya en su escrito de habilitación, pero también en la posguerra (si bien en sus obras posteriores reconoció la tesis de la separación como diferencia fundamental)– y precisamente los planteos ontológicos de su escrito de habilitación muestran una asombrosa cercanía a la idea nacionalsocialista eticizante de la unidad<sup>97</sup>.

Kai Ambos analiza diversos textos de Hans Welzel, desde su tesis de habilitación “Naturalismo y Filosofía de los Valores en el Derecho Penal” de 1935<sup>98</sup> hasta la Edición del Manual de Derecho Penal de 1944<sup>99</sup> y el artículo “Sobre el concepto substancial de la ley penal”<sup>100</sup>. Incluye referencias a dos de los textos con más contenido nacionalsocialista de Hans Welzel: el artículo “Sobre los fundamentos de la Filosofía del Estado de Hegel<sup>101</sup>” de 1937 y “Sobre el honor de las comunidades”<sup>102</sup> de 1938. Dice Kai Ambos:

---

<sup>97</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 221-222.

<sup>98</sup> Welzel, Hans (1935).

<sup>99</sup> Welzel, Hans (1944).

<sup>100</sup> Welzel, Hans (1944a).

<sup>101</sup> Welzel, Hans (1937), pp. 87-104.

<sup>102</sup> Welzel, Hans (1938), pp. 28-52.

Zaffaroni se muestra fiel al finalismo ortodoxo y sostiene la difundida narrativa –especialmente también en los círculos jurídicos hispanohablantes– de que Welzel habría rechazado tácitamente al nacionalsocialismo y que sus estructuras lógico-objetivas demostraron ser un baluarte contra todo derecho penal autoritario, incluso su variante nacionalsocialista. Esta presentación completamente acrítica de Welzel, no obstante, no resiste un análisis realista de sus escritos publicados entre 1933 y 1945 –con independencia de los motivos personales de Welzel–. Ya al comienzo hemos señalado el *entendimiento* absolutamente *político* de Welzel de la ciencia del derecho penal, que finalmente se orientó hacia el Estado nacionalsocialista como finalidad –en el sentido de la orientación finalista, también mencionada al comienzo, de todas las doctrinas del hecho punible en el Tercer Reich–. *El escrito de habilitación* de Welzel (1935) –ya mencionado– habría de ser caracterizado al menos como legitimación de filosofía del derecho y, en razón de lenguaje patéticamente eticizante, también como exaltación de la renovación jurídica del nacionalsocialismo, pues, en contra de Kubiciel, en este no habría solo una (sobre) acentuación –algo que posiblemente estaba de moda en ese momento– de la idea de comunidad, sino que también se encuentran allí unas huellas (adicionales) del pensamiento nacionalsocialista.

Vale la pena citar algunas partes de este trabajo corto de aprox. 90 páginas. Welzel comienza señalando “el enorme acontecer político de la revolución nacionalsocialista” que nos impone “a todos la pregunta por nuestro lugar en la historia...” (p. vii). Luego enfatiza la “importancia de la mezcla de razas para la caída de la antigua Roma” (p. 49) y, más concretamente, se refiere a la “idea de Estado” como “‘posición’ política metafísicamente arraigada de un carácter nacional concreto” (“die im Metaphysischen wurzelnde politische ‘Haltung’ eines konkreten Volkstums”), “raza y carácter nacional” como lo “real” (p. 72), la idea concreta de ordenamiento con referencia a C. Schmitt y punto culminante en “la voluntad expresada del Führer” (p. 74-76) así como la importancia de la “eugenesia y la investigación racial... para la reorganización del derecho penal” (p. 77). Termina remarcando la “importancia insustituible...”

para nuestra ciencia...” del “cambio radical en el nivel espiritual del año 1933” (p. 88). Además, la doctrina de la acción final se enmarca en la moda del giro hacia un entendimiento subjetivo del ilícito. Empero, en todo caso en sus escritos posteriores –y ya anteriormente por medio de ciertas afiliaciones– Welzel se manifestó inequívocamente en favor del nacionalsocialismo; al respecto, son de especial importancia sus contribuciones sobre la filosofía del Estado de Hegel (1937) y sobre el honor de las comunidades (1938), no solo por su contenido, sino también a causa del marco nacionalsocialista de la publicación. Esos impulsos nacionalsocialistas también se encuentran en otras contribuciones de Welzel y prácticamente hasta el final del régimen nacionalsocialista, lo que incluye la edición de 1944 de su influyente manual de derecho penal (en el que se comenta de forma aprobatoria la relajación de la prohibición de analogía) y su contribución al libro homenaje a Kohlrausch (1944), a pesar de que esta fue considerada en la posguerra por el propio Welzel como un distanciamiento<sup>103</sup>.

Es importante tener en cuenta que el desarrollo que hace Kai Ambos, tiene como antecedente diversos textos, que han hecho un estudio de las diversas publicaciones de Hans Welzel durante el régimen nazi, por ejemplo, las publicaciones hechas por Monika Frommel<sup>104</sup>, Oliver Sticht<sup>105</sup>, Jean Pierre Matus<sup>106</sup>, Sergio Politoff<sup>107</sup>, Fernando Velásquez<sup>108</sup>, Michael Kubiciel<sup>109</sup>, Javier Llobet<sup>110</sup> y Heike Stoff<sup>111</sup>. Comparto la posición de Kai Ambos, en cuanto en contra de la tesis de Michael Kubiciel, sostiene que en la tesis de habilitación de Hans Welzel “no habría solo una (sobre) acentuación –algo que posiblemente estaba de moda en ese momento– de la idea de comunidad, sino que también se encuentran allí unas huellas (adicionales) del pensamiento nacionalsocialista”. Por mi parte, considero

---

<sup>103</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 224-232.

<sup>104</sup> Frommel, Monika (1984), pp. 86-96; Frommel, Monika (1990), p. 621 y ss.

<sup>105</sup> Sticht, Oliver (2000), pp. 17-33.

<sup>106</sup> Matus, Jean Pierre (2014), pp. 622-628; Matus, Jean Pierre (2016), pp. 255-268.

<sup>107</sup> Politoff, Sergio (1984), pp. 73-75; Politoff, Sergio (2004), pp. 537-538.

<sup>108</sup> Velásquez Velásquez, Fernando (2005), pp. 69-96.

<sup>109</sup> Kubiciel, Michael (2015), pp. 135-155.

<sup>110</sup> Llobet Rodríguez, Javier (2018), pp. 248-357.

<sup>111</sup> Stopp, Heike (2018).

que esta tesis de habilitación, en medio del alto contenido filosófico que tiene, que hace difícil su entendimiento, se encuentra expresiones claramente nacionalsocialistas. Entre los artículos de Hans Welzel de evidente contenido nacionalsocialista, agregaría yo: “Tradicición y nueva conformación de la Ciencia Jurídica Penal”, publicado en 1938<sup>112</sup>.

Hace Kai Ambos una fuerte crítica a la posición acrítica de Eugenio Raúl Zaffaroni con respecto al papel de Hans Welzel durante el régimen nazi, no tomando en cuenta en su bibliografía a diversos autores latinoamericanos, a excepción de Jean Pierre Matus. Dice:

El hecho de que Zaffaroni incluso en la actualidad adopte esta posición apologética es realmente sorprendente e incomprensible, al menos por dos razones. Por un lado, ya el maestro de Zaffaroni, Jiménez de Asúa –en el marco de su notable investigación de 1947, ya mencionada, sobre el derecho penal nacionalsocialista– criticó la teoría del delito de Welzel por considerarla “autoritaria”. Por otro lado, dentro de la ciencia jurídico-penal de habla hispana, en especial de Latinoamérica, a más tardar en los años ochenta del siglo pasado se puso en marcha una recepción crítica de Welzel –y que de cierto modo confirmó y profundizó lo señalado por Jiménez de Asúa–, que comenzó con el chileno Sergio Politoff, que fue continuada por el colombiano Fernando Velásquez y por el discípulo de Politoff, Jean Pierre Matus, y que de cierto modo fue perfeccionada recientemente por la completa monografía de Javier Llobet sobre el derecho penal nacionalsocialista. Todos estos autores –a excepción de Matus– fueron ignorados por Zaffaroni, de modo que no es posible dejar de pensar que aquí no se está en presencia tanto de una reconsideración completa y objetiva del derecho penal nacionalsocialista, sino más bien de una continuación, por otras vías, de la disputa entre causalismo y finalismo, que el mismo Zaffaroni critica<sup>113</sup>.

Sobre ello debe resaltarse efectivamente la posición acrítica de Eugenio Raúl Zaffaroni. En publicaciones anteriores había defendido

---

<sup>112</sup> Welzel, Hans (1938a), pp. 113-121.

<sup>113</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 234-237.

que Hans Welzel no fue ningún nacionalsocialista<sup>114</sup> y que había actuado como contención del autoritarismo, a partir de su teoría de las estructuras lógico objetivas como límite al legislador<sup>115</sup>. Había negado también Zaffaroni cualquier conexión entre la teoría finalista de Hans Welzel y la escuela de Kiel<sup>116</sup>. Había señalado para ello que no pretendió un derecho penal de autor ni sostuvo una concepción unitaria del delito, sino defendió una “*corriente bien analítica, poseedora de una teoría netamente estratificada*”<sup>117</sup>. Había indicado que aunque el finalismo surgió en la época nacionalsocialista, eso no significa que participara de esa corriente. Había señalado que Welzel no pretendía apuntalar a la escuela de Kiel, sino por el contrario corregir en el plano dogmático los errores que la citada escuela había explotado políticamente<sup>118</sup>. Había dicho además Zaffaroni en otro texto que al momento de escribir Welzel, todavía no estaban positivizados los derechos humanos<sup>119</sup>.

En el libro “Doctrina penal nazi (Dogmática penal alemana entre 1933 y 1945), Eugenio Raúl Zaffaroni no varía lo que había dicho con anterioridad. Indica que no fue un penalista oficial y que no tuvo un papel descollante en la época. Indica que muchas de sus precisiones son respuestas a la Escuela de Kiel y que se enfrentaba a ésta. Dice que si bien los representantes de la Escuela de Kiel invocaban las publicaciones de Hans Welzel, ello era porque explotaban cualquier crítica a la construcción neokantianista. Reitera la importancia de la elaboración de Hans Welzel sobre las estructuras lógico objetivas<sup>120</sup>. Sobresale en el libro la forma escueta en que trata el rol de Hans Welzel durante el régimen nazi y la ausencia de análisis alguno de los textos que el mismo escribió en la época.

Debe resaltarse, que con frecuencia se menciona por la doctrina latinoamericana, al igual que lo hace Eugenio Raúl Zaffaroni, que Hans Welzel durante el régimen nazi trató de contener el autoritarismo del régimen y se menciona la teoría de las estructuras lógico objetivas, que

---

<sup>114</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (s.f.).

<sup>115</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (2013), pp. 20-21.

<sup>116</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl (1973), p. 47.

<sup>117</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (1973), p. 47.

<sup>118</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (1996), p. 333.

<sup>119</sup> Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl (2013), pp. 20-21.

<sup>120</sup> Zaffaroni (2017), pp. 287-289.

tuvo un esbozo en un artículo publicado por Hans Welzel “Sobre las valoraciones en el Derecho Penal” de 1933<sup>121</sup>. Sobre ello señala Kai Ambos:

Zaffaroni se muestra fiel al finalismo ortodoxo y sostiene la difundida narrativa –especialmente también en los círculos jurídicos hispanohablantes– de que Welzel habría rechazado tácitamente al nacionalsocialismo y que sus estructuras lógico-objetivas demostraron ser un baluarte contra todo derecho penal autoritario, incluso su variante nacionalsocialista. Esta presentación completamente acrítica de Welzel, no obstante, no resiste un análisis realista de sus escritos publicados entre 1933 y 1945 –con independencia de los motivos personales de Welzel<sup>122</sup>

Lo que indica Kai Ambos es acertado. En la posguerra Hans Welzel estableció como la principal estructura lógico objetiva el respeto a la dignidad humana, pero ello no lo sostuvo mientras el nacionalsocialismo estuvo en el poder. A pesar de que Eugenio Raúl Zaffaroni, al igual que Hans Welzel<sup>123</sup>, pretenda buscar antecedentes de la formulación de las estructuras lógico objetivas en el texto mencionado de 1933, lo cierto es que la concepción de Welzel durante el régimen nazi no fue a favor del principio de dignidad de la persona humana, sino era conforme a los postulados del régimen nazi, que implicaban no solamente la prioridad de la colectividad sobre el individuo, sino también la discriminación a los que no formaban parte de la Comunidad del Pueblo.

A pesar del contenido nacionalsocialista de las publicaciones de Hans Welzel durante el régimen nazi, Kai Ambos reconoce que las mismas no tuvieron de ninguna manera el radicalismo de las que corresponden a la Escuela de Kiel, de modo que no puede ser catalogado como “literatura de batalla” nacionalsocialista, título que reserva Kai Ambos para la Escuela de Kiel. Dice:

---

<sup>121</sup> Véase también: Moccia, Sergio (2003), p. 19.

<sup>122</sup> Ambos, Kai (2020), pp. 224-225.

<sup>123</sup> Welzel, Hans (1964), pp. 30-31. Dicho texto forma parte del prólogo a la cuarta edición, publicada en 1960. Sobre ello: Loos, Fritz (2009), p. 230, quien dice que “en el temprano artículo ‘Über Wertungen im Strafrecht’, se encuentran ya los puntos de vista decisivos para la teoría de las estructuras lógico objetivas”. Indica Fritz Loos que, sin embargo, posiblemente fue en la primera edición de su libro “Naturrecht” en 1951, cuando utilizó por primera vez el término “estructuras lógico-objetivas”.

Incluso si, por un lado, no se debe convertir irreflexivamente a Welzel –al igual que a otros científicos del derecho penal de esa época– en un “ideólogo del derecho penal de la dictadura de Hitler”, ni se le puede atribuir a sus escritos el rótulo de “literatura de batalla” (“Kampfliteratur”) nacionalsocialista – esta caracterización probablemente solo pueda ser aplicable a la Escuela de Kiel–, eso no significa que, por otro lado, pueda desmentirse el contenido nacionalsocialista de sus escritos durante esa época. Por eso Welzel puede ser ubicado en las filas de aquellos autores que lucharon en “una especie de competencia por crear un nuevo esquema ideológico básico, en lo posible agradable para los nuevos detentadores del poder” y que, en todo caso, ofrecieron de manera *oportunistamente* sus servicios al régimen<sup>124</sup>.

Debe reconocerse que Hans Welzel no fue ningún activista durante el régimen nazi, ni tuvo un papel protagónico durante el nacionalsocialismo. Llegó tarde a las discusiones de renovación del Derecho Penal, debido a que no fue sino hasta 1935 en que presentó su tesis de habilitación. No llegó a los extremos de la teoría nacionalsocialista de la Escuela de Kiel, aunque no puede afirmar la existencia de un enfrentamiento con ésta, puesto que la Escuela de Kiel lo sentía como cercano, aunque no suficientemente radical. Él mismo citaba con frecuencia en apoyo a sus tesis a los autores de la Escuela de Kiel. Sin embargo, no renegó de la estructura estratificada de la teoría del delito, apartándose con ello de la posición de la Escuela de Kiel. Dentro del radicalismo de la época, sus posiciones pueden ser consideradas como moderadas, pero no por ello no concordantes con la tendencia de la época. Sin embargo, no puede desconocerse su papel acorde con las tendencias de la época, hacia la subjetivización y a un Derecho Penal de ánimo, impregnado de valores nazis, como, por ejemplo, la lealtad frente al pueblo, al Imperio (Reich), la dirección (Führung), la obediencia frente al poder estatal y la disposición militar<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Ambos, Kai (2020), p. 237.

<sup>125</sup> Cf. Welzel, Hans (1975) (Texto: Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes), p. 231. Sobre el papel de Hans Welzel: Llobet Rodríguez, Javier (2018), pp. 332-357.

## CONCLUSIONES

El libro de Kai Ambos “*Derecho Penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización*”, implica una contribución de gran importancia, para el entendimiento del Derecho Penal nazi, a partir de sus fundamentos y el ligamen entre el Derecho Judicial y el Policial. Debe resaltarse como aspecto esencial el entendimiento del Derecho nazi desde el punto de vista de sus antecedentes históricos, lo mismo que la continuidad del mismo, aun después de la caída del régimen nazi.

Dentro de los aspectos que deben resaltarse del libro es el diálogo que se entabla con la doctrina latinoamericana, poco común en Alemania, a partir de la crítica al libro de Eugenio Raúl Zaffaroni “Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945”. A partir de la recensión del libro de Zaffaroni, Kai Ambos escribió una monografía sobre el Derecho Penal nacionalsocialista, con una amplia utilización de bibliografía de la época, lo mismo que bibliografía anterior y posterior al nazismo, incluyendo además el estudio de la bibliografía latinoamericana, especialmente en relación con el papel de Hans Welzel. Es precisamente con respecto a las publicaciones de Hans Welzel en la época nazi, donde Kai Ambos realiza la crítica más fuerte a Eugenio Raúl Zaffaroni, demostrando a través de las citas de la tesis de habilitación de Hans Welzel, de su Manual de Derecho Penal y de diversos artículos publicados por Welzel, el carácter nacionalsocialista de su concepción del Derecho Penal, a pesar de no tener el radicalismo como ser catalogado como “literatura de batalla” nacionalsocialista, título que reserva Kai Ambos para la Escuela de Kiel.

Importante con respecto al libro de Kai Ambos, es la forma en que termina el mismo, haciendo mención a que tiene la esperanza, compartida con Eugenio Raúl Zaffaroni, de que su publicación fortalecerá el escepticismo frente al derecho penal autoritario e inhumano, incluyendo ello especialmente a Latinoamérica<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> Ambos, Kai (2020), p. 240.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Blanc, Carlos (2013). *Los orígenes iusnaturalistas de la filosofía nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg*. En: Revista Internacional de Pensamiento Político, Vol. 8, pp. 187-210.
- Ambos, Kai (2016). *Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincialismo presuntuoso*. En: Ambos/Böhm/Zuluaga (Editores).  
*Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Göttingen, Göttingen University Press/CEDPALP, p. 4-30.
- Ambos, Kai (2019). *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*. Baden Baden, Nomos/Dike.
- Ambos, Kai (2019a). *Nationalsozialistisches Strafrecht*. Kontinuität und Radikalisierung. En: GA, pp. 220-228.
- Ambos, Kai (2020). *Derecho Penal nacionalsocialista* (Traducción: José R. Béguelin/Leandro Díaz). Valencia, Tirant lo blanch.
- Atienza, Manuel (2007). *Prólogo*. En: Ortiz de Urbina Jimeno, Iñigo. La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea. Madrid, Tomson Civitas, pp. 11-18.
- Atienza, Manuel (2008). *Introducción al Derecho*. México, Fontamara.
- Baratta, Alessandro (2016). *Positivismo jurídico y ciencia del Derecho Penal*. San José, Investigaciones Jurídicas.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich (1985). *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Bielefeld, Gieseking Verlag Bielefeld
- Bedürftig, Friedemann (1994). *Lexikon III Reich*. Hamburgo, Carlsen.
- Binding, Karl/Hoche, Alfred (2009) *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (Traducción Bautista Serigós). Buenos Aires, Ediar..

- Bodenheimer, Edgar (1976). *Teoría del Estado* (Traducción: Herrero). México, Fondo de Cultura Económica.
- Benz, Wolfgang/Graml, Hermann/Weiß, Hermann (Editores) (2001). *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*. Nörtingen, Deutsche Taschenbuch Verlag.
- Castillo González, Francisco (2008). *El bien jurídico penalmente protegido*. San José, Editorial Jurídica Continental.
- Dahm, Georg (1935). *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlín.
- Dahm, Georg (1935a). *Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens*. En: ZStW, p. 394 y ss.
- Dahm, Georg (1938). *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*. En: ZStW, p. 225 y ss,
- Dahm, Georg (1940). *Der Tätertyp im Strafrecht*. Leipzig.
- Dahm, Georg/Schaffstein (1933). *Liberales oder autoritäres Strafrecht*. Hamburgo.
- Dahm, Georg/Schaffstein (2011). *¿Derecho penal liberal y Derecho Penal autoritario?* (Traducción: Leonardo G. Brond). Buenos Aires, Ediar.
- Dietze, Hans-Hellmut (1936). *Naturrecht aus Blut und Boden*. En: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, pp. 818-821.
- Elbert, Carlos (2017). *Franz von Liszt: Teoría y práctica en la Política Criminal (1899-1919)*. Buenos Aires, Prosa.
- Fenech, Miguel (1941). *La posición del Juez en el nuevo Estado*. Madrid, Espasa-Calpe.
- García Amado, Juan Antonio (1991). *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*. En: Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, pp. 341-364.
- García Amado, Juan Antonio (2009). *¿Se puede ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?* En Dura Lex, <http://garciamado.blogspot.de/2009/11/se-puede-ser-antikelseniano-sin-mentir.html> (accesado el 7 de febrero de 2015).

- García Amado, Juan Antonio (2010). *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- Görtenmaker, Manfred/Safferling, Christoph (2016). *Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium und die NS-Zeit*. München, Beck.
- Fernández, Gonzalo (2004). *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo/Buenos Aires, BdeF.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y razón* (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta.
- Finzi, Marcelo/Núñez Ricardo (Traductores) (1940). *El Código Penal alemán. Parte General con modificaciones posteriores*. Traducido al español con aclaraciones, notas y concordancias. Córdoba.
- Frommel, Monika (1984). *Welzel finale Handlungslehre – Eine konservative Antwort auf die nationalsozialistische Willensstrafrecht – oder die Legende von der “Überwindung des Wertneutralismus*. En: Sönnen, Bernd-Rüdeger (Editor). *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Fráncfort/Nueva York, Campus Verlag, pp. 86-96.
- Frommel, Monika (1990). *Los orígenes ideológicos de la teoría final de acción de Welzel*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), agosto, p. 621 y ss.
- Frommel, Monika. *Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit* (2016). En: JZ, No. 19, pp. 913-920.
- Gómez Martín, Víctor (2007). *El Derecho Penal del autor*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Grimm (1987). *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Fráncfort, Suhrkamp.
- Hartl, Benedikt (2000). *Die nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlín, Weissensee Verlag.
- Hassemer, Winfried (1980). *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main. Europäische Verlagsanstalt.

- Hattenhauer (1983). *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. Heidelberg, C. F. Müller.
- Horster, Detlef (2014). *Rechtsphilosophie. Fráncfort del Meno*, Reclam.
- Jiménez de Asúa, Luis (1947). *El Derecho Penal totalitario en Alemania y el Derecho voluntarista*. En: Jiménez de Asúa. *El criminalista*. Buenos Aires, Editorial la Ley, Tomo VII, pp. 63-186.
- Kershaw. (2000), *Hitler. 1936-1945* (Traducción: José Manuel Álvarez). Barcelona, Península.
- Kershaw, Ian. *Hitler* (2000a) (Traducción: Lucía Blasco). Madrid, Biblioteca Nueva.
- Kershaw, Ian (2003). *El mito de Hitler* (Traducción Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar). , Barcelona, Paidós.
- Klee, Ernst (2013). *Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945*. Fráncfort del Meno, Fischer.
- Kubiciel, Michael (2015). “*Welzel und die Anderen*”. Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945. En: Frisch, Wolfgang y otros (Compiladores). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, Mohr Siebeck,, pp. 135-155.
- Lautmann, Rüdiger (2011). *Justiz die Stille Gewalt*. Heidelberg, VS Verlag.
- von Liszt, Franz (1990). *La idea del fin en el Derecho Penal*. Bogotá. Temis.
- Loos, Fritz (2009). Hans Welzel (1904-1977). *La búsqueda de lo suprapositivo en el Derecho*. En: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 5/2009, www.zis-online.com, pp. 225-239.
- Lozano, Álvaro (2013). *El laberinto nazi*. España, Melusina.
- Llobet Rodríguez, Javier (2000). *Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado*. En: Llobet/Chirino. *Principio de oportunidad y persecución de la delincuencia organizada*. San José, Areté, pp. 17-149.

- Llobet Rodríguez, Javier (2018). *Nacionalsozialismus y antigarantismo penal (1933-1945)*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Matus, Jean Pierre (2014). *Nacionalsozialismus y derecho penal*. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. En: ZIS 12/2014, pp. 622-628.
- Matus, Jean Pierre (2016). *Nacionalsozialismus y derecho penal*. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. En: Ferré Olivé, Juan Carlos (Director). El derecho penal de la posguerra. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 255-268.
- Matus, Jean Pierre (2019). *Buchrezension. Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, Nomos Verlagsgesellschaft, BadenBaden, 2019, 161 S., €39*. En: ZIS, 5-2019, pp. 322-323.
- Kai Ambos, *Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, Nomos Verlagsgesellschaft, BadenBaden, 2019, 161 S., €39,-*.
- Menger (1993). *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*. Heidelberg, C. F. Müller.
- Mezger, Edmund (1938). *Der Straftat als Ganzes*. En: ZStW, p. 675 y ss.
- Mezger, Edmund (1939). Der “*Grundgedanke des Strafgesetzes*”. En: Deutsche Rechtswissenschaft, pp. 259-264.
- Mezger, Edmund (1941). *Tatstrafe und Täterstrafe*, insbesondere im Kriegsstrafrecht. En: ZStW, pp. 353-423.
- Moccia, Sergio (2003). *El Derecho Penal entre ser y valor*. Buenos Aires/ Montevideo, BdeF.
- Müller, Ingo (1989). *Furchtbare Juristen*. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz. München, Knaur.
- Müller, Ingo (2007). *Los juristas del horror* (Traducción de Carlos Armando Figueredo). Caracas, Editorial Actum.
- Müller, Ingo (2017). *Ein Nachwort*. En: Maas, Heiko. Furchtlose Juristen. Richter und Staatsanwälter gegen das NS-Unrecht., München, C. H. Beck.

- Muñoz Conde, Francisco (2003). *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco (2009). *Una nueva imagen de la historia contemporánea del Derecho Penal alemán (II)*. En: Revista Penal, No. 24, pp. 247-256.
- Muñoz Conde, Francisco (2010). *Edmund Mezger*. Tratado de derecho penal. En: Revista Penal, No. 26, pp. 241-247.
- Muñoz Conde, Francisco (2011). *La herencia de Franz von Liszt*. En: Revista Penal, No. 27, pp. 159-174.
- Neumann. Behemoth (1993). *Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944*. Fráncfort, Fischer.
- Nicolai (1934). *Rüchwirkende Kraft von Strafgesetzen*. En: JW, pp. 206-207.
- Ortiz de Urbina Jimeno, Iñigo (2007). *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*. Madrid, Tomson Civitas,
- Politoff, Sergio (1984). *Adecuación social y terror en América Latina, el papel de la justicia*. En: Derecho Penal y Criminología (Colombia), No. 22, pp. 73-75.
- Politoff, Sergio (2004). *Obediencia y delito en contextos cambiantes*. En: Guzmán Dallbora, José Luis (Coodinador). *El penalista liberal*. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 529-562.
- Radbruch, Gustav (1980). *El hombre en el Derecho* (Traducción: Aníbal del Campo). Buenos Aires, Depalma.
- Radbruch, Gustav (2002). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Recasens Siches, Luis (1997). *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* (Traducción: Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal). Madrid, Civitas.

- Rüthers, Bernd (1989). *Entartetes Recht*. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, Múnich.
- Rüthers, Bernd (1991). *Die unbegrenzte Auslegung*. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Heidelberg.
- Rüthers, Bernd (2016). *Derecho degenerado*. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich (Traducción de Juan Antonio García Amado). Madrid, Marcial Pons.
- Sampay (1940). *El Estado nacional-socialista alemán*. En: Revista Jurídica Argentina, No. 18, abril-junio de 1940, pp. 140-147.
- Schaffstein, Friedrich (1934). *Politische Strafrechtswissenschaft*. Hamburgo.
- Schaffstein, Friedrich (1936). *Das subjektive Recht im Strafrecht*. En: Deutsches Rechtswissenschaft, pp. 39-49.
- Schaffstein, Friedrich (1938). *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*. En: ZStW, pp. 295-336.
- Schaffstein, Friedrich (1993). *Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung? (1935)*. En: Vorbaum, Thomas (Editor). Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Tomo II, pp. 258-264.
- Schmitt, Carl (1934). *Der Führer schützt das Recht*. En: DJZ, Heft 15, pp. 946-950.
- Schönke/Schroeder (2014). *Strafgesetzbuch*. Múnich, C. H. Beck, 29. Auflage.
- Sontheimer, Kurt (1978). *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republic*. Nördlingen, Deutsche Taschenbuch Verlag.
- Sticht, Oliver (2000). *Sachlogik als Naturrecht*. Paderborn y otros, Schöningh.
- Telp; Jan (1999). *Ausmerzungen und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*. Francfort, Peter Lang.

- Thulfaut, Gerit (2000). *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Thulfaut, Gerit (2004). *Continuidad en la dogmática del derecho penal ¿un “problema personal”? La carrera de Edmund Mezger*. En: Revista Penal, No. 13, pp. 287-292
- Velásquez Velásquez, Fernando (2005). *Hans Welzel; una aproximación a su vida y obra*. En: Moreno Hernández, Moisés/Struensee, Eberhard/Cerezo Mir, José. Schöne, Wolfgang. Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Libro en Homenaje a Hans Welzel con motivo de su 100 aniversario. México, Cepolcrim, pp. 69-96.
- Vogel, Joachim (2004). *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlín, Berlines Wissenschaft-Verlag.
- Welzel, Hans (1935). *Naturalismus y Wertphilosophie im Strafrecht*. Mannheim/Berlín/Leipzig, Deutsches Druck und Verlagshaus GMBH.
- Welzel Hans (1937). *Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels*. En: Schürmann, Arthur (Compilador). Volk und Hochschule im Umbruch. Oldenburg/Berlín, pp. 87-104.
- Welzel, Hans (1938). *Über die Ehre von Gemeinschaften*. En: ZStW, pp. 28-52.
- Welzel, Hans (1938a). *Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft*. En: Deutsches Rechtswissenschaft, 1938, pp. 113-121.
- Welzel, Hans (1939). *Studien zum System des Strafrechts*. En: ZStW, pp. 491-566.
- Welzel, Hans (1944a). *Über den substancialen Begriff des Strafgesetzes*. En: Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch. Berlín, Verlag Walterde Gruyter & Co, pp. 101-119.
- Welzel, Hans (1964). *El nuevo sistema del Derecho Penal* (Traducción José Cerezo Mir). Barcelona, Ariel.
- Welzel, Hans (1975). *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlín/Nueva York, De Gruyter.

- Welzel, Hans (2002). *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires, BdeF.
- Werle, Gerhard (1989) *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*. Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter.
- Werle, Gerhard (1992). *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich. –Dargestellt und entwickelt am Beispiel des nationalsozialistischen Polenstrafrechts*. En: JZ, pp. 221-226.
- Wittreck, Fabian (2008). *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (s.f.) *Entrevista al Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni*. [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub\\_lye\\_entrevista\\_zaffaroni.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_zaffaroni.php).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1973). *Teoría del delito*. Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1996). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *Prólogo*. En: Dahm, Georg/Schaffstein, Friedrich. ¿Derecho Penal liberal y Derecho Penal autoritario? Buenos Aires, Ediar, pp. 7-54.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2013). *Prólogo*. En: Tavares, Juares. Teoría del injusto penal. San José, Investigaciones Jurídicas, pp. 17-22.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017). *Doctrina penal nazi*. Buenos Aires, Ediar.