

EL FUTURO DERECHO PENAL ALEMAN

HACE ya más de treinta años que Alemania prepara la reforma de su legislación criminal. Ya en 1909 se publicó un anteproyecto de Código penal, y en los años que siguieron a la guerra mundial, se intensificó más aún la actividad reformadora; en 1919 se dió a un luz un nuevo proyecto, al que siguieron otros en 1925, 1927 y 1930; éste último estuvo a punto de ser ley.

La época de la Alemania republicana de la Constitución de Weimar, revela una constante preocupación reformadora; durante estos años se trabajó sin descanso en la preparación de un Código, adecuado al nuevo régimen político e inspirado en las modernas orientaciones científicas, y en el campo de la producción doctrinal aparecen un sin fin de libros, folletos y artículos de revista, consagrados todos al candente problema de la reforma. A punto de ser coronados por el éxito estaban estos trabajos, a punto de ser convertidos en ley vigente, de cuajar en el anhelado Código, de espíritu democrático y de moderna doctrina científica, cuando el Nacionalsocialismo empuñó las riendas del poder.

El Derecho penal de estos proyectos, como correspondía a la época en que se elaboraron, es un Derecho Penal suave, fuertemente inspirado en un sentido pedagógico y reformador. Sus penalidades tienden, ante todo, a la reeducación de los delincuentes, y en su sistema represivo predomina, con gran fuerza, el sentido de la llamada «prevención especial». En los preceptos sustantivos, pero más aún, en los de las también proyectadas leyes de procedimiento penal, campea un marcado sentido político de protección y de garantía del individuo. Tan sólo las medidas de seguridad, acogidas con fines de defensa social, contra determinadas categorías de delincuentes peligrosos, empañan temerosamente su acentuado espíritu

amparador de las libertades individuales. Esta proyectada legislación penal, destacado modelo de la legislación liberal, solícita y protectora de los derechos e intereses del individuo, benévola para el delincuente, como la mayoría de las legislaciones de su matiz político, repugnaba el empleo de medidas enérgicas y vigorosas para la protección penal del Estado contra la delincuencia de tipo político.

El Nacionalsocialismo, inspirado en criterios estatales radicalmente opuestos, no podía acoger un sistema penal hondamente inspirado en principios liberales-democráticos, y, apenas consumado su advenimiento, cesa de raíz el movimiento reformador iniciado en la Alemania republicana y comienza una nueva era legislativa en el campo del Derecho criminal.

Poco antes de la instauración del régimen hitleriano, un grupo de jóvenes criminalistas (Dahm, Schaffstein, von Gemmingen y otros) ya propugnaba el abandono del Derecho penal de tipo liberal, aun en vigor, por una legislación inspirada en las directivas del Nacionalsocialismo. En los últimos años, la elaboración científica del futuro Derecho represivo, ha adquirido un vigor de intensidad creciente, y los nombres de criminalistas ya de tiempos reputados, Mezger, Kohlrausch, Sauer y algún otro, hoy suenan en Alemania entre los preparadores de la reforma penal.

A poco de conquistar el poder el Nacionalsocialismo, promulgó una serie de leyes y ordenanzas, encaminadas a la protección penal del Estado y del partido Nacionalsocialista, legislación de tipo político, para la represión de delitos políticos; pero también consagró gran parte de su actividad legislativa a la lucha contra la delincuencia común, especialmente contra sus modalidades más peligrosas, y, en el espacio de cortos años, ha promulgado un número considerable de leyes, como la interesantísima ley de 24 de noviembre de 1933, contra los delincuentes habituales, que introdujo en la legislación alemana importantes medidas de seguridad, rejuveneciendo el ya añoso Código penal alemán; la ley de protección de los animales, también de 24 de noviembre de 1933; la severa ley de 22 de junio de 1936, para la represión de los robos de niños, y la no menos severa de 22 de junio de 1938, relativa a los robos contra los via-

jeros en automóvil, y algunas otras, de tipo económico principalmente.

Pero la actividad más trascendental en el campo legislativo, aun cuando hasta ahora no se trate de realidades logradas, sino de meros trabajos preparatorios, es la preparación de un proyecto de Código penal, inspirado en la ideología Nacionalsocialista. Una Comisión, formada por funcionarios del Ministerio de Justicia del Reich y por profesores universitarios, trabajaba en esta tarea al estallar la guerra actual. Sus trabajos, ya dados a luz (1), así como la enorme producción científica alemana consagrada a la reforma penal, manifiesta, de modo claro y preciso, cuáles serán las características del futuro Derecho penal; será:

A) Un Derecho penal popular, un Derecho para el pueblo alemán, que es una realidad distinta del Estado, una realidad cuya forma jurídica es el Estado; una realidad histórica, psicológica y moral; una realidad por la comunidad de sangre y de suelo. Es un Derecho popular, hecho por el pueblo para el pueblo. El sano sentimiento popular es elevado al rango de fuente del Derecho penal por ley de 28 de junio de 1935, que modificó la primitiva redacción del Código penal, autorizando la aplicación de estas leyes, por analogía.

B) Es un Derecho penal de raza. La protección de la pureza de la raza asume en el nuevo Derecho considerable valor. Tiende a la protección penal de una arraigada aspiración del movimiento Nacionalsocialista, a poner un dique a la mezcla racial del elemento ario, base étnica del pueblo alemán, con elementos de raza hebrea, para que la sangre aria continúe dándole su marca peculiar. «La historia enseña, se dice, que la descomposición de las razas conduce los pueblos al ocaso». Con el fin de alcanzar semejante pureza racial, se han promulgado varias disposiciones legales, entre las cuales destacan las llamadas leyes de Nuremberg, de septiembre de 1935,

(1) La segunda lectura de los trabajos de la Comisión de reforma han sido publicados por el entonces Ministro de Justicia del Reich, Dr. Güntner, *Das kommende deutsche Strafrecht*, segunda edición, Allgemeiner Teil, Berlín, 1935; Besonderer Teil, Berlín, 1936.

y especialmente la «ley para la protección de la sangre y del honor alemán» (generalmente llamada Blutschutzgesetz), 15 septiembre de 1935, que prohíbe, bajo penas de privación de libertad, todo género de mezcla sexual, matrimonial o extramatrimonial, entre personas de raza alemana aria y judíos puros, judíos 100 % (Volljuden), y judíos 75 %, con tres abuelos judíos. Este precepto pasará al futuro Código penal alemán.

C) El nuevo Derecho penal no será, como el hasta ahora dominante, un Derecho penal fundado sobre el resultado, sobre la lesión o perjuicio causado; se fundará sobre el concepto de voluntad (*Vollensstrafrecht*). No tomará tanto en cuenta el hecho criminoso, como la exteriorización de la voluntad criminal. Esta nueva apreciación proviene, según Mezger (1), uno de los principales artífices de la reforma: a) De que el Derecho penal es un derecho de lucha, y debe herir al adversario en el punto donde tiene sus raíces su actividad delincuente, esto es, en la voluntad criminal. b) Como el sentido profundo de la pena es la expiación, debe expiar la voluntad que ha obrado contra la comunidad del pueblo. c) El Derecho penal es también medio educador para los elementos sanos del pueblo, y es capaz, por tanto, de fortificar el orden jurídico y moral que vive en el pueblo, y tal actividad educadora puede ejercitarse solamente sobre la voluntad de los individuos.

D) El Derecho penal del Nacionalsocialismo, el futuro Derecho penal, será, como el del régimen precedente, un Derecho protector de intereses, mas no a la manera del Derecho de la época de Guillermo II y de la República de Weimar, un Derecho protector de intereses materiales. Según las nuevas concepciones, lo que hay que defender, ante todo, son los valores morales, ancestrales, que tienen como vehículo la sangre alemana y por asiento el suelo alemán; lo que hay que defender es el «honor alemán».

Y no sólo la defensa del honor del pueblo alemán adquiere, como objeto de protección penal, un especial relieve, sino también el honor de los particulares y el de los difuntos. Rosenberg, en sus dis-

(1) Deutsches Strafrecht, Ein Leitfa-den Berlin, 1936, pág. 26.

cursos políticos, ha insistido repetidas veces sobre la necesidad de dar un gran relieve, en el Derecho en formación, al concepto del honor, ya tutelándolo más vigorosamente ya introduciendo en la futura legislación, como pena, la pérdida del honor.

E) La pena asume, en el futuro Derecho, un marcado sentido de expiación. «En el Derecho penal Nacional-socialista —dice Gürtner—, el concepto de expiación está fuera de discusión. El delincuente cargado de culpa, debe compensarla mediante la pena que se le imponga». Y otros destacado penalista del movimiento, Von Gemmingen, declara que «el Estado debe aspirar a la retribución, por medio del sufrimiento del culpable, aunque no reporte a la sociedad provecho alguno, aun cuando signifique un aniquilamiento insensato». Kant, al justificar la expiación, como fundamento absoluto y único de la pena, no postulaba una retribución más vehemente.

Mas, para el futuro Derecho penal alemán, la pena no tiene un único sentido de expiación; aspira también a apartar a todos, delincuentes y hombres honrados, del delito, mediante la intimidación que una penalidad vigorosa ejerce sobre las masas, manteniéndolas en la observancia de la ley. Así, en la organización represiva verdadera, la pena realizará una función de «prevención general».

Los trabajos preparatorios mantienen la pena de muerte, que revestirá tres modalidades: la horca, para los casos especialmente ignominiosos (1); el fusilamiento, para los más honrosos; la decapitación, como modo ordinario (2). Considerable importancia adquieren las penas que recaen sobre el honor; la más grave de éstas, la llamada «Achtung» (proscripción), lleva consigo la pérdida del honor y de la ciudadanía alemana, de parte de los derechos civiles; es la proscripción de la vida política y nacional. Junto a esta pena, que se reputa la más grave del futuro Código, más grave aún que la de muerte, figuran otras que afectan al honor, con intensidad más o menos grande.

(1) La ejecución de la pena de muerte por medio de la horca ha sido introducida en Alemania por la ley de 29 de marzo de 1933, citada por Von Gemmingen. La forma tradicional de ejecución de esta pena es la decapitación.

(2) Das Kommando *deutscher Strafvollzug*, Abt. Teil, S. 109.

Las penas de privación de libertad acortan su duración y agravan su vigor; se prevé también la creación de una pena de trabajos forzados, destinada a aquellos individuos que manifiestan una arraigada aversión al trabajo (vagabundos, rufianes, etc.).

Las medidas de seguridad contra los delincuentes habituales, introducidas en el Código penal por la mencionada ley de 24 de noviembre de 1933, se acogen plenamente en el proyecto de reforma.

F) También se incorporará al nuevo Código el principio de la analogía penal, establecido por la ley de 28 de junio de 1935, que modificó el artículo segundo del Código penal vigente. La adopción de este principio, que entraña el abandono de la arraigada máxima *nullum crimen sine lege*, es, sin duda, una de las notas más revolucionarias del nuevo Derecho, que, reaccionando contra la indefensión en que la máxima legalista dejaría a la sociedad —indefensión que se imputa al sentido individualista del Aufklärug—, aspira a una más eficaz y amplia protección contra el delito: a que no haya delito sin castigo, *nullum crimen sine poena*.

Estos son los rasgos más relevantes del Derecho penal alemán, en formación del futuro Código penal Nacional-socialista.

EUGENIO CUELLO CALON