

37

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2016

37

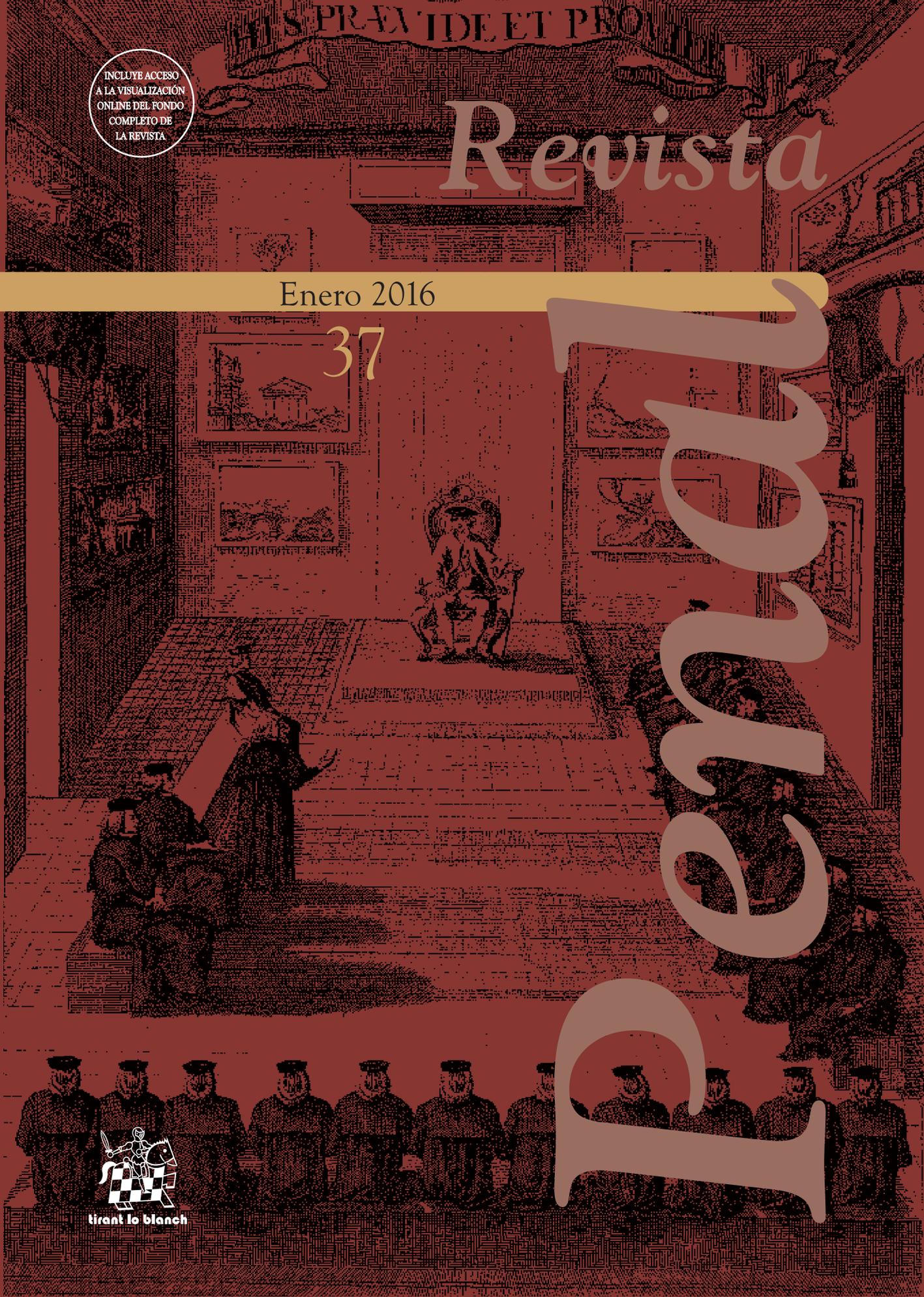
Revista

Revista Penal

Enero 2016



Penal



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La legislación racial en la Alemania nazi

Thomas Vormbaum

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

Ficha Técnica

Autor: Thomas Vormbaum

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, FernUniversität in Hagen

Resumen: El presente trabajo aborda una de las cuestiones históricas más debatidas social y jurídicamente, relativa a las ideas de *raza* y *racismo* en el Derecho Penal de la etapa nacionalsocialista. En el mismo se ponen de manifiesto los diversos rasgos que caracterizaron la legislación racial en la Alemania nazi.

Palabras clave: Nacionalsocialismo, racismo, legislación, Alemania.

Abstract: This paper examines one of the historical issues most discussed, from the social and legal point of view, on the ideas of *race* and *racism* in the criminal law at the National Socialism. In this paper, we analyze the various traits that characterized the racial laws in Germany, during the National Socialism.

Key words: National Socialism, racism, law, Germany.

Observaciones: traducción del original italiano “La legislazione razziale nella Germania nazista” a cargo de Dr. Miguel Bustos Rubio (profesor asociado de Derecho Penal, Universidad de Salamanca) y D^a. Carmen González Vaz (Master en Justicia Criminal, UC3M).

Rec: 10/08/2015 **Fav:** 15/10/2015

I

El tema del presente artículo aborda el estudio de la legislación racial alemana durante el nacionalsocialismo. En él me permito, sin embargo, realizar algunas observaciones de carácter general, antes de abordar cuestiones específicas.

1. La reflexión sobre el problema racial no es una invención del nacionalsocialismo. Pensamientos que caminan en esta dirección se encuentran ya en el siglo XIX en Alemania y en Europa. Al antisemitismo *religioso* de los siglos precedentes le sigue en el siglo XIX el antisemitismo *económico* (denominado “anticapitalismo de la persona estúpida” por August Bebel, siendo ya presidente del partido socialdemócrata); en los

años noventa del siglo XIX aparece el antisemitismo *racial*. Estos tres elementos (antisemitismo religioso, económico y racial) obviamente no pueden separarse de la realidad, pero sí pueden ser estudiados por separado en un plano meramente analítico. No hay duda, todavía, de que el núcleo de la argumentación —si se puede hablar de “argumentación”— se mueve a través del tiempo desde el primero al segundo, pasando después al tercer modelo argumentativo.

La primera guerra mundial y la derrota alemana condujeron a una radicalización de las ideas racistas. Ello puede predicarse sobre todo de los partidos conservadores y reaccionarios que buscaban un “chivo expiatorio” a quien atribuir la derrota alemana, que encontraron en el judío.

Sin embargo, antes del surgimiento del nacionalsocialismo no existía un antisemitismo de signo eliminatorio.

Algunos historiadores sostienen que el derecho colonial germano puede ser interpretado como una suerte de prueba general de la legislación racista en el nacionalsocialismo.

En efecto, este derecho revela algunos rasgos que lo pueden imbricar con el concepto de legislación racial. En algunos casos el derecho penal colonial presentaba elementos terriblemente modernos: la legislación se rigió por prescripciones imperiales (art. 1 de la ley sobre territorios tutelados) es decir, al margen de condiciones constitucionales y de un Estado de Derecho. Dado que el derecho penal colonial debía servir solo a los nativos, exclusivamente de raza blanca, surgieron disposiciones discriminatorias que al lector de hoy le pueden hacer recordar las sucesivas leyes raciales. Por ejemplo, el art. 2 de la ordenanza sobre relaciones jurídicas en los ámbitos de tutela germana dictaba la siguiente regla: “los japoneses no son considerados pertenecientes a una estirpe (*stamm*) de color”.

Toda vez que el Código Penal del *Reich* para los “pertenecientes a estirpes de color” no había entrado aún en vigor, la punición de los delitos cometidos por aquéllos dependía de la discrecionalidad de la administración de la colonia. Faltaban tipos penales incriminatorios en el texto de la propia ley.

El falso testimonio en juicio (es decir, ante la administración de la colonia) se castigaba también aunque se hiciese sin juramento (durante el *Reich* esto acontece sólo a partir de 1943); se imponían penas fundadas en la mera sospecha y se adoptaban represalias contra los familiares; se admitía la pena del bastón y de la fusta; a diferencia de lo que ocurría durante el *Reich*, en el proceso penal la acción penal era discrecional; la magistratura no era independiente.

Cuando, en 1907, la tribu africana de los Herero en la colonia alemana del África sudoccidental (hoy Namibia) emprende una sublevación contra las crecientes expropiaciones a favor de habitantes blancos (es decir, alemanes), el general alemán Von Trotta persiguió a los rebeldes en el desierto, donde cerca de 70.000 personas —hombres, mujeres y niños— murieron por falta de agua y alimentos. En la actualidad los historiadores y los estudiosos del derecho internacional son unánimes al momento de reconducir estas acciones bajo el concepto y el tipo penal de genocidio. Obviamente, no puedo en este momento a profundizar sobre este aspecto concreto.

2. En el lenguaje común y también en el científico, el término “racismo” se entiende generalmente como

racismo “contra el externo”, sea como una forma de lucha contra supuestas razas o pueblos considerados “perjudiciales”, como los judíos o los gitanos, o contra razas consideradas “inferiores”, como los eslavos y, en particular, los polacos y los rusos.

En la historia en general y social, por otra parte, hoy se emplea *un concepto más extenso de racismo*. Se entiende por tal un racismo referido a la “pureza de la raza” o a la “pureza de la sangre” no sólo mediante una demarcación respecto a razas extranjeras, sino también mediante la purificación de la propia raza. De este modo quedan comprendidas bajo este concepto también las actividades eliminatorias directas contra la pertenencia a la propia raza o al propio pueblo. Así entendido, el racismo abarca igualmente la esterilización coactiva de portadores de enfermedades hereditarias, la eliminación de vidas no merecedoras de ser vividas (la llamada “eutanasia”), y también, por ejemplo, una parte de la lucha contra la criminalidad.

Tampoco esta forma de racismo es una invención de los nacionalsocialistas, pues hunde sus raíces más profundas en el siglo XIX. Ya a finales de éste último se venía utilizando el concepto de “higiene racial”. Ello se encuentra en estrecha conexión con las creencias científicas de finales de 1800. En el concepto de “higiene racial” el término raza viene referido en primer lugar, y principalmente, al significado de raza humana (*humane race*), pero pronto se mezcla con el entendimiento de una raza específica, significado que se convierte en dominante durante el siglo XX, para después resultar totalmente exclusivo en los años 30. No obstante, las reflexiones sobre esterilización coactiva de personas portadoras de enfermedades hereditarias, e incluso sobre asesinatos de “incapacitados”, emergen a finales del siglo XIX, pero todavía no eran pensamientos dominantes.

La tesis de que la primera guerra mundial con sus millones de muertos había generado una selección negativa, estaba presente no sólo en los ambientes políticos conservadores y reaccionarios, sino también, por ejemplo, en contextos socialdemócratas. El lema por la “liberalización para la ejecución de vidas que no merecen ser vividas”, que los nacionalsocialistas más tarde hicieron propio, tiene por otra parte su origen en el estudioso penalista Karl Binding. Aún así, antes de 1933 una higiene racial de carácter eliminatorio no estaba en posición de convertirse en mayoritaria en Alemania.

Mis posteriores reflexiones se limitarán al período de dominio nazi y a un significado restrictivo o limitado de “raza”.

II

Poco tiempo después de tomar el poder, en Alemania, mediante una coalición formada por los nacional-socialistas y por el partido popular nacional alemán (*Deutschnationale Volkspartei*), el nuevo gobierno anunció el 7 de abril de 1933 la primera ley que contenía elementos racistas: la llamada “Ley para la reconstitución de la clase de funcionarios de profesión” (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*). Con este título el gobierno pretendía expresar la idea de que antes de 1933 se habían producido nombramientos desde un punto de vista político, en lugar de atenderse a la idoneidad personal y profesional, para la asunción y ocupación de cargos públicos estatales. A motivos políticos respondía también la presunta preferencia por los judíos al momento de realizarse nombramientos en servicios estatales. La ley ponía en el punto de mira sobre todo a comunistas, socialdemócratas y judíos. Fueron innumerables los empleados de raza judía que fueron despedidos en base a esta legislación.

En el plano de la historia jurídica resulta todavía más interesante la “Ley sobre el permiso para el desempeño de la profesión de abogado” (*Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft*), dictada tres días más tarde, el 10 de abril de 1933. Esta ley ordenaba la revocación del permiso a los abogados judíos, que debía hacerse efectiva antes del 30 de septiembre de 1933. Se previó una excepción para los abogados que habían sido admitidos antes del 1 de agosto de 1914 (día en que comenzó la primera guerra mundial), o que hubieran combatido en el frente por el *Reich* alemán durante la guerra, o cuyos hijos o padres hubiesen caído en la guerra. Esta limitación fue introducida en la ley por voluntad del presidente del Reich Paul von Hindenburg, uno de los generales que lideraron el primer conflicto mundial. Tras la muerte de Hindenburg, acaecida en 1934, esta excepción fue rápidamente eliminada.

La ley acabada de mencionar constituyó el preludio de una cantidad innumerable de leyes mediante las cuales la libertad de movimiento de los judíos se vio progresivamente limitada. Joseph Walk publicó en 1981 una colección de las leyes a través de las que se construyó un verdadero y propio derecho especial para los judíos; esta colección de Walk, con el tiempo, ha dado lugar a otra edición. Ésta comprende otras 2000 leyes,

reglamentos, circulares y directivas, sin pretensión de exhaustividad, que ponen de manifiesto cómo la discriminación, paso a paso, se extendió a todos los ámbitos y poros de la vida cotidiana en Alemania. Walk divide su colección en cuatro períodos temporales. Cada período está caracterizado por una progresión de las medidas respecto del período precedente.

Al comienzo de la primera fase, que se extiende hasta las consideradas leyes raciales de Nuremberg, sobre las cuales me detendré más adelante, se produce la exclusión de los judíos de la vida pública: exclusión del cuerpo de funcionarios y de la profesión de abogado (como se explicó más arriba), de la administración de justicia en general, del ejercicio del jurado popular, de la profesión de maestro y del cuerpo militar. Los judíos no volvieron a ser admitidos para el estudio ni la preparación en ningún tipo de profesión jurídica (que era el presupuesto para el segundo examen de Estado, es decir, para ejercer la profesión de juez, fiscal y abogado), impidiéndoseles la habilitación, la promoción, el examen de Estado, el acceso a la escuela de formación profesional; fueron excluidos de las asociaciones automovilísticas, del cuerpo de soldados y de las sociedades deportivas.

En el segundo período, que se extiende hasta finales del año 1938, le siguen las prohibiciones de citar autores judíos en las sentencias y en las tesis doctorales, prohibiciones de contraer matrimonio, de mantenimiento de relaciones sexuales, así como prohibiciones para obligarse mediante contrato privado con judíos, limitaciones al derecho de sucesión hereditaria, ventas coactivas para comerciantes de raza judía, exclusión de los beneficios fiscales correspondientes y de las reducciones tarifarias en el precio del transporte público, lo que coincidió con un particular incremento de los datos sobre criminalidad por parte de los judíos, según las estadísticas oficiales. Al término de esta etapa hace su aparición la orden de arresto e internamiento, sin interrogatorio, en un campo de concentración, para los judíos condenados penalmente a la pena de prisión superior al año.

En la tercera fase, que se extiende hasta el estallido de la segunda guerra mundial, se emprende el camino hacia una represión activa mediante el empleo del terrorismo de Estado, por ejemplo mediante la aplicación de un impuesto colectivo tras la denominada *no-*

1 N. del T.: el término “pogromo”, del ruso *ногром*, o *pogrom*, significa literalmente “devastación”. Se trata de un linchamiento de carácter multitudinario hacia un grupo social particular por razones étnicas, religiosas u otras, acompañado generalmente de la destrucción o expolio de sus bienes. El término se ha empleado generalmente para calificar actos violentos contra los judíos durante el período nazi.

che de los cristales, esto es, un pogromo¹ autorizado por el gobierno en noviembre de 1938, en el curso del cual la mayor parte de las sinagogas alemanas fueron incendiadas, poniéndose en marcha en los campos de concentración la obligación de compensar por cuenta propia los daños derivados de ese pogromo mediante la adopción de medidas preventivas, la marginación de la vida económica y la exclusión del ámbito de la enseñanza.

En la última etapa, ya durante la guerra, se aprueba un cúmulo de singulares disposiciones dirigidas a la extinción en masa de los judíos, organizada y perpetrada por el propio Estado. En el plano jurídico la consecuencia más extrema fue el 13º reglamento para la ley sobre ciudadanos del *Reich*, de 1 de julio de 1943, que declaró que los judíos no merecían ser juzgados y condenados en sede jurisdiccional, confiándose directamente la represión de aquéllos a la policía: una disposición que durante décadas no fue recogida en manuales ni en comentarios jurídicos alemanes, ni tampoco en los capítulos dedicados a la reconstrucción de la historia.

El completo significado de este diluvio normativo emerge con claridad si se tiene en cuenta la jurisprudencia que, en parte con apoyo en estas normas, en parte también sin la existencia de normas expresas o mediante una interpretación racista de las cláusulas generales, también contribuyó, de manera propia, al surgimiento de este derecho especial. Después de 1945 ha sido sostenida por un reconocido jurista —Gustav Radbruch— la tesis (menos reconocida) de que el positivismo jurídico enseñado en las facultades de derecho antes de 1933 habría dejado sin armas a los juristas alemanes en el momento de hacer frente a las leyes nacionalsocialistas. En la actualidad esta teoría ha sido refutada con apoyo en el importante dato de que los juristas, durante el régimen nacionalsocialista, contribuyeron también, de manera propia y activa, a la transmisión de la ideología racista dentro del derecho del Estado. Esto, sin embargo, no constituye objeto directo de este trabajo.

III

Este breve boceto de las múltiples disposiciones legales emanadas durante este período suscita la impresión de que en materia de legislación racial nos encontramos ante un mosaico o un caleidoscopio de multitud de acciones individuales. Esta impresión es en efecto pertinente, pero no ofrece un cuadro completo de los hechos. Próximo a esta línea legislativa —que definimos como legislación racial *inductiva*, porque paso a paso, de una cantidad de leyes individuales, resulta un

complejo unitario— existe una segunda línea, de tipo *deductivo*, que desde las bases de un sistema ideológico preconstituido y las premisas de aquél, recabó las reglas individuales a las que nos referimos. Cercano a algunas leyes que tenían por función el aseguramiento de la pureza “interna” de la raza y que, por tanto, como ya anticipé, no serán objeto de esta intervención, existen dos leyes centrales, que en este momento no podemos dejar de tener presente: la Ley sobre la ciudadanía del *Reich* (*Reichsbürgergesetz*) del 15 de septiembre de 1935, y la Ley para la tutela de la sangre alemana y del honor germano, la considerada “ley para la tutela de la sangre” (*Blutschutzgesetz*), en la misma fecha. A las mismas también se las conoce como “leyes de Nuremberg”, porque fueron dictadas por razones propagandísticas en la celebración del día del partido del *Reich*, es decir, del partido nacionalsocialista, que se celebraba siempre en Nuremberg. El Parlamento (*Reichstag*), que tras el ascenso al poder de los nacionalsocialistas se reunía en contadas ocasiones, porque el gobierno, sobre la base de la ley de plenos poderes (*Ermächtigungsgesetz*), podía dictar las leyes por sí mismo, en 1935 fue convocado expresamente en Nuremberg para este propósito (el deseo reestablecer un contrapunto simbólico a las jornadas de partido nazi y a las leyes raciales fue uno de los motivos que más tarde condujeron a establecer en Nuremberg el Tribunal contra los principales crímenes de guerra, donde se celebraron los llamados “procesos de Nuremberg” y fueron anunciados los “principios de Nuremberg”).

La ley sobre la ciudadanía del *Reich* estableció por primera vez un estado de ciudadanía diferenciado para los alemanes. “Perteneiente al Estado” (*Staatsangehöriger*), según la citada ley, era quien “pertenece a la alianza de protección del Estado alemán y cuando hay una peculiar obligación para éste último” (art. 1,1). Junto a lo anterior se previó, en virtud del art. 2, el estatus de “ciudadano del *Reich*”, esto es, del “Reino” (*Reichsbürger*). Disponía el art. 2,2:

“Ciudadano del *Reich* lo es sólo quien pertenece al Estado, sea de sangre alemana o aliado (*artverwandt*), el cual a través de su comportamiento demuestra que se compromete y es idóneo para servir con fidelidad al pueblo y al *Reich* alemán”.

Según la norma del art. 2,3 era ciudadano del *Reich* “el único portador de todos los derechos políticos reconocidos en las leyes”.

Con tales disposiciones queda descrito el contenido de esta ley extremadamente breve. Además de lo anteriormente señalado, el art. 3 de la ley autorizaba la publicación de reglamentos de ejecución; el contenido

concreto de la disciplina debía entonces ser desarrollado por el ejecutivo.

Nótese que en la ley sobre ciudadanía del *Reich* no existía referimiento alguno a los judíos. La ley hablaba sólo de “pertenecientes al Estado de sangre alemana o del mismo género”. Pero con tales expresiones, naturalmente, se entendía sin ningún género de dudas que los judíos no eran ciudadanos del *Reich*.

En este punto es oportuno recordar brevemente la doctrina nacionalsocialista de la raza, una particular mezcla de ideas pseudocientíficas y contenidos irracionales, de datos empíricos exactos y valoraciones irracionales. Esta doctrina distingue entre “raza” y “pueblo”. La raza viene a ser entendida como una categoría científico - natural, como “grupo humano que se distingue de los demás grupos humanos mediante la propia agregación de caracteres corporales y propiedades espirituales, y que produce siempre de nuevo exclusivamente sujetos con las mismas características”.

Desde una consideración formal, con esta definición se pusieron de manifiesto las características del sistema del Linneo; pero ya la propia referencia a la “propiedad espiritual” muestra que el contenido de la definición, como adelantamos, presenta elementos irracionales.

Existen con seguridad “razas” humanas en el mundo, sin embargo existen también, sobre todo en Europa, con su larga historia de migraciones, numerosas mezclas que en la mayor parte de casos hacen imposible una inequívoca organización “científico - naturalística”.

Habría sido del todo absurdo hablar de una “raza alemana”, dado que también Alemania, localizada en el centro de Europa, ha experimentado siempre nuevas invasiones, especialmente desde el Este, por lo que no existe en absoluto una “raza pura”, y prueba de ello es la distinción entre “típicos” frisonos y “típicos” bávaros que no está menos marcada de aquella entre “típicos” lombardos y “típicos” sicilianos. Esto era evidente, naturalmente, también para los teóricos racistas sobre la raza, y por tal razón ellos distinguían entre *raza* y *pueblo*. Un pueblo es, según tal distinción, “una entidad que dirige una propia vida, sigue sus propias leyes, posee fuerzas que son solo para él propias, y se desarrolla continuamente por sí mismo su propio modo de ser”; posee una lengua y costumbres, historia y civilización comunes, y, sobre todo, representa “una comunidad de sangre derivada de la historia”. Un pueblo no es pues sinónimo de una raza, pues puede estar constituido por razas diversas, y habitualmente es este el caso común, como ocurre con el pueblo alemán.

Importante, sin embargo, es que la conexión de estas razas sea armónica, y eso, en el sistema que estamos explicando, se produce solo en cuanto las razas que le participan son “aliados” (*artverwandt*).

Relacionadas están las razas europeas, entre las cuales se distinguen seis. Ninguna comunión de sangre y ningún pueblo podían salir a la luz, si estuvieran entre ellos mezcladas ciertas razas que no estuvieran “relacionadas”.

No estaba claro si los judíos eran una raza autónoma; en efecto, la expresión “raza judía” fue usada a veces —también en los discursos de Hitler— pero el Comentario oficial a las leyes raciales de Wilhelm Stuckart y Hans Globke (este último se transformó más tarde secretario de Estado en el despacho del Canciller Konrad Adenauer) sostiene una concepción, probablemente dominante, en la que los judíos no eran una raza, sino que constituían una mezcla “desarmónica” de distintas razas. De cualquier modo no era esta una cuestión decisiva, pues los judíos o constituían una raza extraeuropea, o una mezcla de razas extraeuropeas, y por lo tanto no podían ser entendidos como “aliados”.

Puesto que, según la ideología nacionalsocialista, la tarea principal del Estado consistía en conservar e incrementar la composición armónica de los elementos raciales, la promulgación de la ley sobre los ciudadanos del *Reich* —a cuyo tema volveré— dentro de la lógica del sistema y la limitación del derecho de los ciudadanos del *Reich* a los miembros “de sangre alemana o aliada” significaba, *a sensu contrario*, la exclusión de los judíos de los derechos de los ciudadanos del *Reich*.

La ley sobre los ciudadanos del *Reich* no expresaba cuales serían los “derechos políticos” que solo el “ciudadano del Reich” podía ejercitar. Basta con seguir la estructura de la ley para entender que las consecuencias no eran particularmente gravosas, ya que en el momento del dominio nazi todos los ciudadanos tenían reconocidos tan solo unos pocos derechos políticos.

Un reglamento de ejecución del gobierno del Reich, publicado dos meses más tarde —el primero de 13 reglamentos de ejecución— contribuyó de manera decisiva a dar claridad a este punto, así como también a la cuestión de la población del Reich.

El art. 4 del reglamento disponía de un modo unívoco:

“Un judío no puede ser ciudadano del Reich. No posee ningún derecho de voto en eventos de relevancia política; no puede ocupar un cargo público”.

La disciplina se complementaba con la ley para la reconstrucción de la clase del funcionario público, excluyéndose a los judíos de todas las funciones públicas.

Uno se pregunta en este punto a quién debía entenderse entonces como judío. No ayudaba demasiado la afirmación abstracta sobre el parentesco de sangre y sobre la mezcla de las razas, tratándose ahora de una mera cuestión práctica. Quedó caro, rápidamente que el enfoque científico-natural de las teorías de las razas no podía ser de gran ayuda.

El reglamento establecía en el art. 5.1: “es judío aquél que desciende de al menos tres abuelos completamente judíos de acuerdo con la raza”. El pensamiento teórico simple (y en términos científicos por otra parte ingenuo) que sostenía esta disciplina era que en los casos en los que el 75% o incluso el 100% de los componentes raciales fuesen judíos, la persona quedaba dominada por el mismo elemento judío. Ya resultaba difícil (siquiera posible) identificar los caracteres raciales judaicos. En la medida en la que la norma señalada se refería a los abuelos, que habitualmente no estaban vivos, y durante su vida no había sido posible una comprobación de la raza, el problema se tornaba más complicado. Esta dificultad fue resuelta por el reglamento en el art. 2.2 que prescribía:

“Se puede considerar plenamente judío uno de los abuelos, si ha pertenecido a la comunidad religiosa judía”. De este modo, la teoría de la raza fue prácticamente abandonada. Claramente el problema de la determinación de quién era judío estaba resuelto, según el entendimiento del gobierno, de un “modo pragmático”.

¿Qué disciplina debía aplicarse, por el contrario, a las personas que descendían de dos abuelos judíos, o de uno solo? El reglamento en principio los incluía entre los ciudadanos del *Reich*, pero para las personas con dos abuelos plenamente judíos se establecieron cuatro excepciones. Debían considerarse (*gelten als*) judíos —se trataba por lo tanto de una ficción—:

- Si los mismos pertenecían a la comunidad religiosa judía, o;
- Si estaban casados con personas de raza judía, o;
- Si habían sido concebidos en el seno de un matrimonio que, según la ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán —de los que me encargaré de inmediato— no debieron celebrar, o;
- Si habían sido concebidos en el seno de una relación extramatrimonial con un judío, naciendo fuera del matrimonio con posterioridad al 31 de julio de 1936.

Mientras que para la determinación de la raza de los abuelos entraron en juego aspectos sociológicos (la pertenencia a la comunidad religiosa), aquí eran políticos los motivos de la disciplina.

El hecho de que un sujeto “de sangre mixta” con dos abuelos judíos fuera considerado judío contra el principio general (establecido en el reglamento), si él pertenecía a la comunidad religiosa judía, no era un criterio para establecer la pertenencia racial, sino más bien una sanción por la “confesión de fe” judaica; la conclusión era similar para los otros tres casos.

Hasta aquí suficiente por cuanto lo dicho a propósito de la ley sobre los ciudadanos del *Reich*. En el mismo día y en el mismo lugar fue elaborada otra ley que puede considerarse aun más emblemática en lo que se refiere a la legislación racial alemana durante el nacionalsocialismo: la “ley para la protección de la sangre alemana y el honor alemán”. Se trata de una ley racial que ha sido hasta hoy la más famosa y seguramente la más infame.

Mientras la ley sobre los ciudadanos del *Reich* había establecido el estatus publicista de la pertenencia al Estado mediante la pertenencia alemana por razones de sangre, esta segunda no solo nombraba a los judíos expresamente, sino que incluso se limitaba a estos últimos.

El art. 1 prohibía el matrimonio entre judíos y los ciudadanos pertenecientes al Estado alemán. Los matrimonios contraídos incumpliendo esta “relación extramatrimonial” eran declarados nulos por el art. 2. Según el art. 3 las mujeres de nacionalidad alemana o pertenecientes a la sangre, de edad inferior a 45 años, no podían trabajar como empleadas domésticas en las casas judías. El art. 5 establecía que la violación de la prohibición de contraer matrimonio era castigada con la pena privativa de libertad (Zuchthaus); la violación de la prohibición de mantener relaciones extramatrimoniales (considerada como “vergüenza racial”) era castigada, solo para el hombre, con la cárcel o con otra pena de privación de libertad. La violación de la prohibición de desempeñar las tareas de empleadas domésticas por mujeres alemanas o se castigaba con prisión de hasta un año o con una pena pecuniaria.

Como la ley de los ciudadanos del *Reich*, también la ley sobre la protección de la sangre dejó abierta una serie de cuestiones. Por tal motivo también respecto a esta ley existían reglamentos de ejecución donde venían a aclararse y detallarse ciertas cuestiones. A la pregunta sobre quién se debía considerar judío, se remitía a los reglamentos de actuaciones de la ley sobre ciudadanos del *Reich*. En cuanto a las cuestiones que el primer reglamento de ejecución debía aclarar, me limitaré a aquella que era la más densa en sus consecuencias y que se ha mantenido hasta ahora como la más notoria entre los historiadores del derecho: no

es tan fácil traducir a otro idioma (italiano, español), el problema interpretativo que ha surgido en este sentido.

La lengua alemana común conoce el término de “relación sexual” (*Geschlechtsverkehr*), que se refiere a la relación sexual en sentido estricto, es decir, la *coniunctio membrorum*. Utilizado en un contexto correspondiente, es suficiente también la expresión abreviada “relación”. Junto a esto, el lenguaje legislativo alemán conoce también el término *Beischlaf* (traducido literalmente: concúbiteo) para la misma actividad, es decir, para el coito.

Si el art. 2 de la ley sobre la protección de la sangre incriminaba la “relación” entre judíos y alemanes pertenecientes al Estado, hoy cualquier intérprete entendería esta prohibición como una referencia al coito. El art. 11 del reglamento de desarrollo de la ley para la protección de la sangre era aun más claro que la propia ley y establecía que bajo el término “relación”, según el sentido de la ley de la protección de la sangre, debía entenderse “solo la relación sexual”, una clara definición, como se debía considerar, en el sentido del coito, con la finalidad de impedir el nacimiento de nuevos sujetos con sangre mestiza. Debo en este punto volver a resaltar la posición de la jurisprudencia: el Gran Senado del Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) tuvo que aclarar rápidamente las cuestiones de la amplitud del concepto de “relación sexual”.

De este modo se decidió que ese concepto, por un lado, no integraba “toda conducta desvergonzada”, pero por otro lado no quedaba ni siquiera circunscrito al coito (el “concúbiteo”); abarcaba “todas las actividades sexuales con una persona perteneciente a otro sexo, que por como lo realizan tienen el destino de poner en marcha, en el momento del coito, la satisfacción del deseo sexual de al menos un sujeto”.

Para apoyar esta hipótesis el Tribunal se basaba en un argumento literal y en uno teleológico: el legislador conoce el término “concúbiteo”, pero no lo ha usado en esta ocasión (ahí el argumento literal), y la ley sobre la protección de la sangre contiene también otras disposiciones que no contemplan la prevención de la descendencia de la raza mestiza. El culmen de este proceder hermenéutico de la jurisdicción suprema se alcanza a través de una forma de actuación que metodológicamente cumple con las normas de la interpretación, que hasta hoy goza de gran popularidad y contribuye esencialmente al debilitamiento de la capacidad de delimitación de la doctrina del bien jurídico: se trata del argumento de la llamada “doble dirección de la tutela” o en su caso del “doble bien jurídico”. Según este enfo-

que, un delito puede proteger diversos bienes jurídicos, y en particular estos bienes —de acuerdo con una indicación terminológicamente incorrecta— deben recibir una tutela “alternativa”; con esto se quiere decir que es suficiente, para afirmar el tipo penal, que el hecho sea lesivo de solo uno de los bienes protegidos. En el caso concreto el tribunal del Reich basó su punto de vista en el doble fin legislativo de tutela. En efecto, es cierto que a través de actos sexuales sin un fin de procreación no se lesionaba o no se ponía en peligro la “sangre” alemana, pero de todas formas, como aducía la denominación de la propia ley, la tutela abarcaba tanto la “sangre alemana” como también “el honor alemán”, y el comportamiento susodicho ofendía el honor alemán, por lo que el hecho quedaba integrado también en esta hipótesis. La literatura jurídica se unió a esta interpretación, hecho que, junto a muchos otros, representa una ulterior refutación de aquella doctrina según la cual los juristas alemanes durante la etapa del nacionalsocialismo habrían actuado como ciegos iustipositivistas.

Hasta aquí todo en cuanto a las “leyes de Nuremberg”, salvo para añadir aún, a modo de complemento, la observación de que en los reglamentos de actuación de la ley de los ciudadanos del Reich, en cuanto a aquellos que lo eran según disponía la ley sobre la protección de la sangre, un artículo establecía que el Führer y el Canciller del Reich, o sea Hitler, podía quedar exento de las disposiciones recogidas en estos reglamentos.

En el plano técnico, las incriminaciones realizadas en la ley sobre la protección de la sangre eran parte del llamado *derecho penal complementario*. Si, en su caso, hubiera sido promulgado un nuevo código penal, las disposiciones penales en cuestión habrían ocupado en el mismo una posición prominente. En realidad el régimen nacionalsocialista —a diferencia del fascista en Italia— no fue capaz de redactar un nuevo código penal, aunque en una Comisión se discutió intensamente esta posibilidad durante más de tres años. Las consultas comenzaron ya en el año 1933, y las infracciones penales para la protección de la raza fueron objeto de discusión en 1934. Esta discusión se caracterizaba por dos aspectos: 1) se desarrollaba a puerta cerrada, y 2) solo se llevaba a cabo entre juristas. Dado ese estado de no-publicidad de los trabajos no fue necesario adoptar cautelas de índole político. Así, los problemas conexos a esta materia fueron afrontados de modo abierto.

Un representante del Ministerio del Interior del Reich presente en la Comisión declaró: “no se ha encontrado un medio totalmente eficaz para cerciorarse de si una persona, según su aspecto o su sangre, posee rasgos judíos. Nuestro experto en la investigación racial, que a

diario se enfrenta a cuestiones similares, se encuentra en una situación de desconcierto muy fuerte". Y Ronald Freisler, Secretario de Estado en el Ministerio de Justicia del *Reich*, y más tarde presidente del tristemente famoso Tribunal del Pueblo, aclaró: "soy de la opinión de que el pueblo alemán se encuentra al Este del Elba y está en parte constituido por eslavos".

Puesto que, por otra parte, eran juristas que debatían, encontraron una posibilidad técnica para superar esta dificultad. La propuesta a la que se hace referencia fue recibida, en el proyecto de código penal, con el concepto de "raza extranjera"; en un reglamento de desarrollo debería haberse establecido qué debía entenderse por raza extranjera, y en la predisposición de esta lista habrían debido pertenecer solo unos pocos, mientras que otras hipótesis fueron rechazadas. A modo de complemento debe tenerse en cuenta que en la discusión algunos componentes de la Comisión se apoyaron a fundamentos relativos a la legislación racial de algunos Estados federales americanos.

El Proyecto de código penal del 1936 contemplaba el delito de "traición a la raza" (*Rasseverrat*) (art. 133). Ello concordaba esencialmente con las disposiciones penales de la ley para la protección de la sangre, pero preveía bajo determinados presupuestos, sobre todo en casos de reincidencia, una medida de seguridad (*Sicherungsverwahrung*). En el plano terminológico el Proyecto, en el supuesto analizado, optaba por la expresión "relación sexual" en lugar de la antigua "relación" tal y como se produjo en el reglamento de actuación de la ley para la protección de la sangre. Si el Proyecto hubiera llagado a ser ley, ciertamente también aquí el arte interpretativo del Tribunal del Reich habría hecho posible un amplio ámbito de aplicación de estos tipos penales.

Como ya anuncié al inicio, me he referido exclusivamente a las leyes raciales nacionalsocialistas alemanas. No es fácil tratar de permanecer indiferente en esta temática, como puede ocurrir en cambio respecto a las leyes actuales. Pero he apreciado que el aspecto informativo debía prevalecer sobre mi opinión en este trabajo.

He querido dejar para el final solo dos referencias a algunas cuestiones de peso. La primera pregunta: ¿cómo fue posible que fueran redactadas tales normas, que no solo estaban presentes en Alemania, ciento cincuenta años después de la época del Iluminismo? Y otra pregunta, que un estudioso alemán debe preguntarse: ¿por qué se llegó a tal legislación?, o, en cuanto a su aplicación sistemática ¿por qué el exterminio en masa de millones de personas, ocurrió justo en Alemania?

¿Existe un lado oscuro en la tradición iluminista? Y aún más: ¿la consecuencia metodológica con la cual fue llevada a la práctica la legislación racial y el exterminio en masa, pertenece a la misma tradición del pensamiento abstracto-metodológico-coherente que ha hecho de la filosofía y de la ciencia jurídica alemana un tema de exportación?

Son preguntas en torno a las cuales sería posible elaborar ulteriores trabajos. Por lo tanto, no quiero intentar ofrecer medias respuestas, sobre todo porque en torno a estas preguntas hay en curso una discusión muy intensa, hasta ahora sin resultados conocidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bundesminister der Justiz (a cargo de), *Im Namen des Deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Köln, 1989.
- FREUDIGER, Kerstin, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts. 33), Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- FRIEDIRCH, Jörg, *Freispruch für die Nazi-Justiz. De Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation*, Reinbek bei Hamburg, 1983
- JÄGER, Herbert, *Verbrechen unter totalitären Herrschaft: Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982.
- *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989.
- KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.
- MARINUCCI, Gioco, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformita alla fattispecie penale"*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 50, 2007, pp. 1254 - 1268.
- *Giuseoee Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 51, 2008, pp. 929 - 946.
- NAUCKE, Wolfgang, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996.
- *Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918*, en *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden - Baden, Nomos, 2000.
- RADBRUCH, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en *Süddeutsche Juristenzeitung*,

- 1946, pp. 105 y ss.; con una introducción de Winfried Hassemer (Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe. 4), Baden - Baden, Nomos, 2002.
- REGINBOING, Herbert R., Safferling, Christoph J. M. (a cargo de), *The Nuremberg Trials. International Criminal Law Since 1945/Die Nürnberger Prozesse. Völkerstrafrecht seit 1945*, München, Saur, 2006.
- RÜCKERL, Adalbert, *NS - Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg, Müller, 1982.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *L'espansione del diritto penale Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- THIEL, Carsten, *Rechtsbeugung - 339 StGB. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870* (Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 3, Band 18), Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2005.
- VASALLI, Giulano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001 (ed. alemana *Radbruchsche Formel und Strafrecht*; trad. it. Thomas Vormbaum, Berlin, New York, Lit Verlag, 2001).
- VORMBAUM, Thomas, *Strafjustiz im Nationalsozialismus. Ein kritischer Literaturbericht*, "Goldammer's Archiv für Strafrecht", 1998, pp. 1 y ss.
- *Il confronto con il diritto penale nazionalsocialista*, "Critica del diritto", 1, 2005, pp. 129 - 142.
- *La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial*, en *La transformación jurídica de las dictaduras e democracias y la elaboración jurídica del pasado*, a cargo de Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum. Actas de las Jornadas, Sevilla, febrero 2008, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 49 y ss.
- *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., Heidelberg, Berlin, Springer, 2011.
- WALK, Joseph, *Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat. Eine Sammlung der gesetzlincgen Maßnahmen und Richtlinien - Inhalt und Bedeutung*, 2ª ed., Heidelberg, Karlsruhe, C.F. Müller, 1996.
- WERLE, Gerhard, *Die Bestrafung von NS-Unrecht in Westdeutschland*, en *Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsunrecht in Japan und Deutschland*, a cargo de Klaus Marxen, Koichi Miyazawa, Gerhard Werle, Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2001, pp. 137 y ss.