
MARZO, 2019

enfoces penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Dias

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

SECRETARIO DE EDICIÓN

Nicolás Ayestarán

¿De vuelta al derecho penal de autor del nacionalsocialismo? *

POR KAI AMBOS (*GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN*) - *TRAD. RODOLFO GONZÁLEZ ESPINOSA*

La bancada del partido populista de derecha "Alternativa para Alemania" (*AfD, Alternative für Deutschland*) en el parlamento alemán ha presentado un Proyecto de ley para agravar las penas en caso de reincidencia (*Bundestags-Drucksache* [Boletín del Parlamento alemán] 19/6371). El proyecto de ley pretende afrontar el problema de los reincidentes agravando las penas para aquellos casos en los que el autor, después de haber cometido "por lo menos" dos delitos que tengan conminada una pena de prisión de al menos tres meses, cometa un nuevo delito, pues el autor demostraría de ese modo "que

las condenas anteriores no le sirvieron de advertencia" (§ 48, párr. 1 del proyecto). En los hechos, esto constituye una regla de "*three strikes and you are out*", mediante la cual se aumenta sustancialmente la pena mínima (¡hasta un máximo de 10 años, de conformidad con el § 48, párr. 3!), aunque sin justificar de forma plausible cómo puede lograrse el objetivo esperado, es decir, la reducción de la reincidencia.

De hecho, el proyecto aborda con cierta ligereza las cifras estadísticas disponibles (en Alemania) sobre la reincidencia, al afirmar en la página 2 que "¡con la... severidad de las sanciones no se reduce la tasa de reincidencia, sino que ésta aumenta drásticamente". Pero esto sólo es correcto cuando se comparan sanciones de diversa clase: las penas privativas de libertad sin libertad condicional ostentan la tasa más alta de reincidencia. Pues si se considera la *duración* de las sanciones, entonces el panorama resulta completamente diferente, dado que las tasas de reincidencia en los casos de penas privativas de libertad que sobrepasan los dos años y, sobre todo, los cinco años, son claramente más bajas que las de las penas privativas de libertad más cortas (*Jehle et al., Legalbewährung etc., 2016*).

Sea como fuere, si los autores del proyecto suponen que la tasa de reincidencia aumenta con la severidad de las sanciones, entonces resulta contradictorio exigir penas más altas para reducir la reincidencia. Además, en la actualidad la criminología empírica reconoce en general que una mejor disuasión no se consigue con penas más severas, sino con una mayor probabilidad de detección y de sanción. Ante todo, contribuye a ello que las personas dispuestas a delinquir puedan calcular mejor dicha probabilidad. Una tasa de reincidencia más baja en el caso de penas más altas también podría deberse incluso a otras razones; así, en el sistema de justicia penal alemán, las penas privativas de libertad más cortas se imponen sólo en el caso de personas con un pronóstico negativo respecto al ulterior cumplimiento de la ley (*Legalbewährungsprognose*), mientras que las sentencias largas se imponen debido a la gravedad del hecho e incluso a personas respecto de las cuales ese pronóstico es positivo. Por lo tanto, las cosas son más complicadas de lo que sugiere el proyecto de ley.

Más allá de esas deficiencias de contenido, el lenguaje mismo del proyecto merece una mayor atención, pues este refleja el espíritu del derecho penal nacionalsocialista. En primer lugar, como acertadamente ha dicho el exmagistrado del Tribunal Supremo (BGH) Thomas Fischer en *Spiegel Online*, el proyecto retoma la idea fundamental de la Ley nazi sobre los delincuentes habituales de 1933; en ese sentido, sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que el terreno para dicha ley fue preparado por el Programa de Marburgo de Franz von Liszt, de 1833, con su exigencia de "inocuidación" de los delincuentes incorregibles. El proyecto de ley del *AfD* es pues un ejemplo de continuismo (orientado hacia el pasado) del derecho penal nacionalsocialista. El verdadero escándalo consiste en el hecho de que adopta la terminología nazi y sus correspondientes contenidos político-criminales, tales como: "normas de la comunidad", "delincuentes habituales particularmente nocivos para la sociedad", "encierro", "inclinación nociva", "análisis del carácter del autor", "actitud interna negativa", "obstinada hostilidad al derecho" (en la nota 12 del proyecto de ley este término es



atribuido al reconocido criminólogo Franz Streng [Juristische Schulung, 1993, p. 924], pero en verdad no se encuentra allí).

El proyecto de ley se presenta entonces como la expresión de un derecho penal de autor guiado por la actitud interna y para el cual no es relevante el hecho concreto -en el sentido del derecho penal del hecho, predominante en Alemania- sino más bien la "culpabilidad por la conducción de la vida" (Edmund Mezger). De hecho, el mismo Mezger, citado por el *AfD* en la nota 15 del proyecto, ya había enfatizado en 1934 la orientación racial y étnica del "nuevo" derecho penal y, además, había puesto de relieve los "típicos grupos de enemigos de la sociedad", exigiendo la "exclusión de los elementos racial y étnicamente dañinos" del ámbito de la comunidad del pueblo (Mezger, Deutsche Juristenzeitung, pp. 97-104).

Para Mezger, la culpa no sólo debía medirse por el hecho, sino sobre todo también por el carácter y la personalidad del autor (derecho penal de autor), más exactamente por la conducción de la vida y la culpabilidad por la decisión. El proyecto de ley adhiere a ello cuando habla de la "verificación judicial del carácter del autor" (p. 7) y subraya la "relevancia de la vida pasada del autor" (p. 8). Incluso, el proyecto va más allá, dando un paso desde el derecho penal de autor hasta el derecho penal del ánimo (*Gesinnungsstrafrecht*), cuando señala que se ha de "valorar, respectivamente... el ánimo negativo del autor" (p. 8).

Si, además, el proyecto de ley pretende hacer del concepto de "inclinación nociva" un criterio para agravar las penas (§ 48, párr. 3), con ello también asumiría el enfoque nacionalsocialista centrado en el autor y basado en la biología criminal. En ese sentido, los nazis introdujeron ese término en el derecho alemán a través del Decreto referido a las condenas indeterminadas, del 10 de septiembre de 1941 y lo incorporaron más tarde a la Ley del Tribunal de Menores del Imperio de 1943 (*Höffler*, Kreuzer-FS, 2018, pp. 239-49). El hecho de que ese concepto siga en la Ley del Tribunal de Menores alemana (véase, por ejemplo, el §17, párr. 2) no mejora la situación, pues sólo demuestra el continuismo nacionalsocialista (orientado al futuro) del derecho penal republicano. Sin embargo, el proyecto de ley del *AfD* va incluso un paso más allá, ya que busca trasladar un concepto todavía existente en el derecho penal juvenil (más bien orientado al autor) al derecho penal de adultos.

Por qué el *AfD* utiliza esa terminología nazi es una pregunta que sólo ellos pueden responder. Pero el hecho de que lo hagan es algo que habla ya por sí mismo: muestra o el olvido de la historia o la conciencia de esa historia. Ambos casos deberían llevarnos a reflexionar.

El proyecto de ley se presenta entonces como la expresión de un derecho penal de autor guiado por la actitud interna y para el cual no es relevante el hecho concreto -en el sentido del derecho penal del hecho, predominante en Alemania- sino más bien la "culpabilidad por la conducción de la vida"

Notas finales

* Publicado originalmente en FAZ, 28/03/2019.