

Recensión a *Justicia penal en el Estado arbitrario. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo*, de Javier Llobet Rodríguez, Editorial Jurídica Continental: 2004. San José. ISBN: 9968-784-54-0.

Book review: “Criminal justice in the arbitrary State. The criminal justice reform during the national socialism”, Javier Llobet Rodríguez, San José: Editorial Jurídica Continental. 2004. ISBN: 9968-784-54-0.

La obra del profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez, catedrático de la Universidad de Costa Rica y abogado litigante, se inserta en una corriente de trabajos surgidos en los últimos diez años en Alemania, España y Latinoamérica relacionados con la identificación del papel que pudieron haber cumplido el derecho penal y la criminología, lo mismo que sus académicos y operadores judiciales, en el proceso de justificación, legitimación formal y aplicación práctica de la barbarie del régimen nacional socialista que lideró Adolf Hitler.

En línea de continuidad con sus trabajos de investigación sobre la presunción de inocencia, la detención preventiva y las garantías procesales, Llobet nos propone en *Justicia penal en el Estado arbitrario, la reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo*¹, analizar la importancia de las garantías del debido proceso estudiando para ello su antítesis, ejemplificada en la actuación meramente policial y la reforma procesal penal que se llevo a cabo durante el nacionalsocialismo (Llobet Rodríguez, 2004, p. 20 y 26).

La obra

En este ensayo, dividido en 10 secciones y 161 páginas, el profesor Llobet hace un llamado al reconocimiento del derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución – citando a Roxin- y a las distinciones que, a la luz de este criterio, deben establecerse entre el Estado de derecho y el Estado autoritario. En este último, dice el autor, impera la arbitrariedad, “ya que no existen mecanismos eficaces para reclamar la violación a la normatividad existente”. Partiendo de esta premisa asevera que en el nacionalsocialismo y en las dictaduras latinoamericanas el “proceso” penal estuvo siempre al servicio de la arbitrariedad cumpliendo una función de legitimación de la represión de facto del estado policial que se manifestaba en las detenciones arbitrarias, las torturas y las ejecuciones extrajudiciales, sin rendir cuenta de tales abusos ante los tribunales. (Llobet Rodríguez, 2004, p. 20 y 21). Igualmente llama la atención sobre otro aspecto característico de un régimen autoritario: la falta de reconocimiento de derechos frente al Estado, considerándose al ser humano como mero objeto del poder estatal, obligado frente al Estado pero sin derechos ante éste. En el nacionalsocialismo, afirma Llobet, se llegó al extremo de negarle el carácter de persona a sectores enteros de la población alemana y mundial, puesto que se perseguía su aniquilación en cualquier del mundo donde se encontraran (Llobet Rodríguez, 2004, p. 21).

¹ Este trabajo ya fue reseñado por Francisco Muñoz Conde en la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Nº 2, 2010. Disponible en: http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/images/articulos/2_2010/doctrina_extranjera/13%20francisco%20muoz%20conde%20pag%20171%20a%20174.pdf.

El estudio a profundidad de la historia del nazismo tiene lugar en la sección dedicada al *desmonte del Estado de derecho durante el nacional socialismo*. En estas páginas Llobet recupera los principales hitos históricos desde el ascenso al poder de Hitler el 30 de enero de 1933 hasta la muerte del presidente Hindenburg el 2 de agosto de 1934, fecha en la cual el Führer asume los puestos de Canciller y Presidente del *Reich*. El autor analiza aquí dos hechos de importancia para la historia del derecho nazi: el incendio del edificio del parlamento imperial (*Reichtag*) el 27 de febrero de 1933, que dio lugar a una ordenanza que permitió la aplicación retroactiva de la pena de muerte; y la llamada ley de autorización (*Ermächtigungsgesetz*), que fue catalogada por Carl Schmitt como “la Constitución provisional de la nueva Alemania”, por medio de la cual el parlamento trasladó el poder de aprobar leyes al gobierno de Hitler.

La sección dedicada al “*derecho*” en el *nacional socialismo* está destinada a la explicación de las fuentes y las cláusulas de interpretación del derecho nazi. A pesar de que Hitler aborrecía a los juristas de un modo visceral, la estructura jurídico-política del régimen lo terminó convirtiendo en la ley misma, en el máximo comandante, el máximo juez y el máximo legislador. Cómo recuerda el profesor Llobet fue la voluntad del Führer la que se plasmó en las leyes de protección de la sangre y el matrimonio alemán y de ciudadanía del Reich, ambas firmadas en la ciudad de Núremberg, y que fueron denominadas por Schmitt como la “Constitución de la libertad”.

En la siguiente sección denominada “*la dualidad de la policía y administración de justicia durante el nacionalsocialismo*” el autor documenta con holgura una importante premisa criminológica: el régimen nacional socialista promovió la utilización de una administración de justicia altamente politizada para la represión de los enemigos del régimen mientras de manera paralela permitía la actuación arbitraria de la policía para la prevención y represión de los “delitos”. Es en marco de este “doble Estado” donde surgieron la reclusión de protección (*Schutzhaft*) destinada a los opositores políticos, que se estrenó en el campo de concentración de Dachau el 22 de marzo de 1933, y la reclusión preventiva (*Vorbeugungshaft*) destinada a los delincuentes con antecedentes penales, los peligrosos y los asociales tales como vagos, mendigos, prostitutas y homosexuales.

Luego de unas cortas menciones al papel de los juristas y a los proyectos de código penal y ordenanza procesal penal nos adentramos en el estudio de *la reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo*. En esta sección, sin duda la más sustantiva del texto, Llobet nos propone un revelador análisis de la destrucción de cada una de las garantías del debido proceso en la práctica del régimen procesal penal nazi, utilizando como recurso pedagógico la presentación de su reconocimiento normativo actual en Costa Rica y Latinoamérica, y recordando su importancia jurídico política. De este modo, nos muestra como las garantías de juez natural e imparcial fueron burladas con el establecimiento permanente de los tribunales especiales, de los tribunales militares y del temido tribunal del pueblo. Estos tribunales fueron considerados por algún funcionario de ministerio de justicia de Reich como “el instrumento más rápido y poderoso para enjuiciar con rapidez a los elementos mafiosos existentes en la comunidad del pueblo, ya sea con carácter permanente o transitorio” (Llobet Rodríguez, 2004, p. 78). En procedimientos sumarios que podían ser tramitados en 24 horas, se juzgaba a los imputados limitando sus derechos, sin auto de apertura del juicio, sin derecho a ofrecer prueba, y sin posibilidad de interponer ningún recurso, con la ejecutoria inmediata de la

sentencia, que podía ser a pena de muerte. El proceso penal era un medio para limpiar el honor de una “compatriota normal”, nazi, de sangre alemana, no un recurso frente al poder punitivo del Estado. Es por ello, dice el autor, que la presunción de inocencia y la defensa técnica no tenían valor alguno, máxime cuando al defensor del imputado se le consideraba como un órgano de la administración de justicia, cuya función era “colaborar con el juez en la averiguación de la verdad y apoyar el dictado de la sentencia correcta” (Llobet Rodríguez, 2004, p. 78). El descubrimiento final del velo autoritario del régimen legal se dio con la ordenanza de 1 de julio de 1943 que dispuso la derogación del derecho procesal penal y la transmisión de total de la competencia para la represión de los “delitos” cometidos por los judíos a la Policía.

¿Qué podemos aprender de la justicia penal en el Estado arbitrario?

La reconstrucción de la historia procesal penal nazi que con gran rigor y solvencia realiza el profesor Llobet, nos plantea un sin número de reflexiones acerca del valor que tiene para una sociedad democrática el respeto de los límites para el ejercicio del poder estatal, so pena de sufrir en carne propia las derivaciones violentas y genocidas del Estado de policía que habita en su interior (Zaffaroni, 2011). No cabe duda que las dimensiones del holocausto nazi solo fueron posibles gracias, entre otros factores, al creciente apoyo popular de los alemanes al nacionalsocialismo y sus políticas racistas y antisemíticas (Goldhagen, [1996] 2008), la tolerancia de la comunidad internacional que se vio abocada a enfrentar el poderío del régimen fascista de Hitler cuando el camino del totalitarismo ya se había abierto paso a sangre y fuego, y la degradación sistemática de las barreras de contención del poder punitivo.

Como recuerda nuestro autor, en su avance el *Tercer Reich* promovió la destrucción progresiva de muchas de las instituciones del Estado de derecho, como el principio de legalidad, logrando la concentración de todos los poderes públicos en la figura del Führer y liberando de sus controles naturales a la violencia policiva estatal tanto en el territorio alemán como en los países ocupados. Como resultado se estableció un régimen de excepción jurídica permanente que funcionaba al interior de la fachada de las instituciones estatales de cuño liberal, aunque su capacidad para controlar los abusos de poder y las violaciones de los derechos humanos fue debilitada o destruida.

Solo en un marco semejante es posible explicar que la licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida condujera al exterminio masivo de enfermos mentales, opositores políticos, judíos, polacos, gitanos, homosexuales y demás personas, sin que ello hubiera sido motivo de reproche social o de sanción por parte de la administración de justicia. En presencia de ordenanzas cada vez más atentatorias de la dignidad humana, de una dogmática autoritaria que promovía un derecho penal de enemigo y del recurso a la interpretación de la ley conforme al sano sentimiento del pueblo alemán, el poder judicial terminó avalando la arbitrariedad y sirviendo de instrumento punitivo del régimen. El legado principal de esta justicia inhumana son las 56.000 sentencias de pena de muerte dictadas por tribunales ordinarios y militares durante la vigencia del *Tercer Reich* (Llobet Rodríguez, 2004, pp. 71, nota 143).

Esta destrucción de los pilares democráticos tuvo graves consecuencias para la recuperación de la sociedad alemana y sus efectos se han proyectado incluso hasta

tiempos recientes. Desde finales de la segunda guerra mundial Alemania asumió la compleja tarea de revisar o elaborar jurídicamente el pasado nacional socialista dadas las gigantescas dimensiones cuantitativas y cualitativas de los crímenes cometidos. En el ámbito político se impulsaron reformas democráticas como la Constitución de 1949, se reformó el servicio público depurando a algunos de los funcionarios implicados en las atrocidades del régimen y se impulsó la creación de mecanismos e instituciones para la recuperación de la memoria y la reparación de las víctimas (Ambos & Meyer-Abich, 2010; Vormbaum, 2009).

En el ámbito legal fue necesario derogar toda la legislación derivada de la ley de plenos poderes que fueron otorgados a Hitler cuando era todavía canciller del Reich, pasando por las leyes que prohibían otros partidos políticos, las que regulaban las funciones de la Gestapo, y las leyes racistas y discriminatorias en el ámbito del derecho matrimonial, hereditario, laboral, agrario y de prensa. En materia penal fueron derogadas las normas que permitían la analogía y la protección penal del Estado y del Ejército, la pena de muerte, y la persecución de los llamados parásitos sociales y la represión de judíos y polacos. Fue sólo hasta 1998 que fue aprobada una ley federal que dispuso la anulación de todas las sentencias “que habían infringido principios de justicia elementales”(Vormbaum, 2009, pp. 51 -53). Es llamativo que ni uno solo de los jueces que integraron los tribunales especiales, el tribunal popular o los tribunales militares que pronunciaron miles de condenas a muerte llegó a ser condenado (Vormbaum, 2009, p. 63).

La superación jurídico penal de la barbarie nazi implicó también llevar ante la justicia, primero internacional como el tribunal de Núremberg y luego nacional como el proceso de Aushwitz en Fráncfort del Meno, a las cabezas visibles del aparato burocrático y militar del régimen. La reconstrucción judicial de los hechos y la atribución de la responsabilidad penal tuvo que sortear varios obstáculos, siendo quizás el más relevante la necesaria desacreditación del valor legal del orden jurídico del *Tercer Reich* que había sido emanado de la voluntad del Führer. Como recuerda Werle, para “el *Tercer Reich* el genocidio era legítimo, en tanto estaba encubierto por la voluntad de la conducción política”, esto es, amparada en una orden obligatoria con valor jurídico vinculante (Werle, 2012, p. 53). Como una muestra de lo inacabado del este proceso, el 12 de mayo de 2011, el tribunal regional de Munich condenó a John Demjanjuk, antiguo guarda del campo de exterminio polaco de Sobibor conocido como “Iván el terrible”, a cinco años de prisión como partícipe de 28.060 casos de asesinato (Werle, 2012, pp. 45-46). El 17 de marzo de 2012 murió a los 91 años de edad en Baviera.

Unas palabras finales deben dedicarse a la insinuante sugerencia del profesor Llobet acerca de la existencia de vasos comunicantes entre la dogmática y la reforma penal del nacionalsocialismo y las propuestas del derecho penal de enemigo de Günther Jakobs. Recordando las prácticas de los sistemas penales subterráneos de latinoamérica que libran una “guerra” contra la delincuencia por medios ilegales y la expansión de la lucha mundial contra el terrorismo post 11 de septiembre, nuestro autor retoma las palabras de Albin Eser para recordar que las ideas del derecho penal de enemigo, esto es, la necesidad de impulsar un guerra refrenada para neutralizar a un enemigo al

margen del Estado y de las garantías sustantivas y procesales, fueron las que llevaron en su momento al Estado nacionalsocialista, al Estado contrario al derecho (*Unrechtsstaat*) (Llobet Rodríguez, 2004, p. 137 y ss).

Aunque Llobet no desarrolla a fondo su hipótesis, su intuición es correcta y ha sido avalada, entre otros importantes académicos por Muñoz Conde, Eser o Zaffaroni. En su versión actual y más refinada (casi una técnica de neutralización en el sentido de Sikes y Matza), Jakobs enfrenta a sus críticos de manera brillante mostrando con claridad la importancia de distinguir entre los ciudadanos y los enemigos y entre las formas abstractas del derecho y el derecho real:

“A pesar de todo, la suposición de que se puede integrar sin problema alguno el Derecho penal del enemigo en la agenda de lo perfecto y que todas las personas pasan a formar permanentemente parte integrante del Estado de Derecho se encuentra absolutamente carente de fundamentación. Antes bien, el Derecho -si quiere seguir siendo orientador de conductas- ha de conocer también excepciones en la integración de determinados sujetos peligrosos y ha de conocer también custodia de seguridad, penas contundentes para la conformación de una organización terrorista, escuchas secretas, investigaciones encubiertas y otras figuras más que evidencian dichas excepciones: de ese modo el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que inocuiza a sus enemigos. ¿Debe el Estado omitir eso e irse a pique?. Si se contesta negativamente a esta pregunta, entonces el Estado debe poder plantar clara, realmente, a sus enemigos en su verdadera existencia. Formas abstractas del Derecho y Derecho real son, pues, dos cosas bien distintas” (Jakobs, 2011 , p. 24 y 25).

Es curioso constatar que aunque los riesgos de esta teoría que invita a un realismo jurídico penal de corte autoritario han sido advertidos y criticados desde hace años y con solvencia en Europa y América latina, ésta continúa siendo motivo de culto hoy en día, y por desgracia, en muchos institutos y universidades de México, Colombia, Perú y Argentina; países todos que, dicho sea de paso, han padecido en carne propia y durante los últimos 50 años las consecuencias violentas de muchas dictaduras y regímenes jurídicos de excepción.

Solo nos resta esperar que el profesor Llobet nos sorprenda en una nueva edición con el desarrollo de estas ideas. Ojalá también otros investigadores de Iberoamérica se animen a continuar esta labor de denuncia que iniciara Muñoz Conde con Edmund Mezger (Muñoz Conde, 2003), a fin de que podamos esclarecer de manera definitiva los vínculos que unen el derecho penal contemporáneo con el régimen de Adolf Hitler.

Trabajos citados

Ambos, K. & Meyer-Abich, N., 2010. La superación jurídico penal de las injusticias y los actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas. En: K. Ambos & E. Malarino, eds. *Justicia de transición. Con informes de América latina, alemania, Italia y España*. Bogotá: Temis S.A, pp. 435-470.

Goldhagen, D. J., [1996] 2008. *Los verdugos voluntarios de Hitler: los alemanes corrientes y el Holocausto (Hitler's willing executioners)*. 5ta edición ed. Madrid: Taurus.

Jakobs, G., 2011 . Diez años después: el Derecho penal del enemigo. *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda época(105 (diciembre)), pp. 5-25.

Llobet Rodríguez, J., 2004. *Justicia penal en el Estado arbitrario. La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo*. 1 era ed. San José: Editorial Jurídica Continental.

Muñoz Conde, J. F., 2003. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4ta edición, revisada y ampliada ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vormbaum, T., 2009. La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. En: F. J. Muñoz Conde, T. Vormbaum, J. Del Carpio Delgado & A. Galán Muñoz, edits. *Humboldt-Kolleg: "la transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado"*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Werle, G., 2012. *Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*. 1era ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Zaffaroni, R. E., 2011. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

Camilo Ernesto Bernal Sarmiento

Doctorando en Criminología y Sociología Jurídico Penal - Universitat de Barcelona

Investigador del OSPDH-UB

Becario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (MAEC-AECID)