

MORENO, Fabián: “Recensión: ZAFFARONI, Eugenio (Dir) (2017): Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad (Buenos Aires, Editorial EDIAR, Colección “El penalismo olvidado”), 157 páginas”.

Polít. Crim. Vol. 16, N° 31 (Junio 2021), Rec. 1, pp. 492-496
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol16N31R1.pdf>]

Recensión: ZAFFARONI, Eugenio (Dir) (2017): Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad (Buenos Aires, Editorial EDIAR, Colección “El penalismo olvidado”), 157 páginas.*

Review: ZAFFARONI, Eugenio (Dir) (2017): Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad (Buenos Aires, Editorial EDIAR, Colección “El penalismo olvidado”), 157 pages.

Fabián A. Moreno Reyes
Ayudante de Derecho Penal, Universidad Católica del Norte
fabian.moreno@alumnos.ucn.cl

Fecha de recepción: 28/07/2020.
Fecha de aceptación: 29/10/2020.

“El penalismo olvidado” es una denominación certera para esta colección, pues permite agrupar un catálogo de escritos descuidados por la dogmática penal; los cuales constituyen importantes piezas de diversos institutos que desembocan en el Derecho penal actual, que no gozan de la atención que merecen. Es precisamente este el fenómeno que sucede con la vida y obra de Roland Freisler, quien fuera un prolijo -aunque brutal- político, jurista y juez del Tercer Reich, pieza clave en la formación y concreción jurisprudencial del *Willensstrafrecht*.

La estructura del volumen finaliza con el escrito que nos atañe; una traducción de una parte de la obra “*Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil, Besonderer Teil*”, caratulada “Derecho Penal de voluntad; tentativa y consumación”, escrita por Roland Freisler y está precedida por tres rigurosos trabajos de importantes autores del medio. Se trata de Fernando J. Arnedo, con el trabajo titulado “Roland Freisler: el soldado político de Hitler”; José Luis Guzmán Dalbora, quien presenta un “Contexto histórico-ideológico del Derecho Penal de la Voluntad”; y el profesor brasileiro Nilo Batista, cuya contribución lleva por título “*Atualidade de Roland Freisler*”.

El objetivo de la obra es profundizar en el concepto del Derecho penal de voluntad, revisitando sus orígenes, en vista de que en los últimos tiempos ha sido objeto de una bastardización, confundiéndolo así con cualquier subjetivización del injusto, e incluso se ha tratado de buscar en el fundamento para patrocinar la tipificación de actos preparatorios, cuestión de suyo peligrosa, atribuible al desconocimiento y desfiguración del concepto.

Para abarcar semejante tarea, los autores utilizan una excelsa estructura, pues cada uno de los apartados pretende abordar la temática desde un punto de vista distinto. Ello permite al lector introducirse en el contexto histórico, filosófico, político e ideológico en que se desarrolla el

* Extiendo mis agradecimientos al profesor Dr. Juan Pablo Castillo Morales, docente de la Universidad Católica del Norte, no solo por su disposición en la revisión del presente manuscrito, sino que también por motivarme y brindarme las herramientas necesarias para la consecución de este proyecto.

Derecho penal de voluntad. Sin embargo, en esta reseña, nos ocuparemos primeramente del nervio central de la obra, y luego dedicaremos algunas líneas a los aportes que esclarecen el núcleo de la visión de Freisler.

Como ya decíamos, el libro culmina con un anexo de un opúsculo, fruto de la propia pluma de Roland Freisler, denominado “Derecho penal de voluntad; tentativa y consumación”. El autor parte del supuesto de la necesidad de la creación de un nuevo Derecho penal, que se encuentre enderezado a ser un “un claro y reconocible reflejo de la concepción del mundo nacionalsocialista” (p. 114). Esto supone que las aristas vitales del Derecho penal sean reimaginadas para satisfacer las necesidades del régimen total. En definitiva, la aspiración de Freisler es que el Derecho penal devenga un Derecho bélico que dirija todas sus armas contra la voluntad del perturbador de la paz del pueblo alemán.

Bajo ese alero ideológico reposa la defensa de Freisler de un Derecho penal de voluntad en desmedro de uno del acto. El Derecho penal se transforma en un mero Derecho penal de defensa o reacción, ya que se dirige contra el efecto de la voluntad antisocialista, mas no su causa, es decir, yerra en el oponente, ya que “olvida que el enemigo contra el que lucha el jardinero está en la raíz de la maleza, y no en la mala hierba que ha expandido sus semillas” (p. 124); a este Derecho penal enfocado en la consumación del acto no se le puede encomendar la función de seguridad primaria consistente en la autolimpieza constante del cuerpo popular.

Atendiendo a estos lineamientos, Freisler resuelve la cuestión de la oportunidad en que cabe la intervención del Derecho penal. Bajo esta visión, el *iter criminis* se encuentra conformado por los siguientes momentos: “Tentación, decisión de voluntad, preparación, comienzo de ejecución, ejecución hasta la producción del resultado, aseguramiento del resultado” (p. 125). Es en la tercera etapa donde el Derecho penal debe aniquilar a aquel enemigo del orden vital del pueblo. El enemigo es tal porque su voluntad se encuentra decidida a lo antisocial, dando inicio a la ejecución. Es necesario, entonces, que la tentativa se equipare a la consumación, siendo aquélla el eje principal en la teoría de Freisler.

Por último, el autor es partidario de una teoría mixta de la finalidad de la pena, aunque con relevantes matices. Por un lado, resalta el carácter expiatorio del Derecho penal, cuando afirma, enfático, que la culpabilidad exige expiación (confróntese p. 119). Bajo esta concepción, la “retribución” no está ligada al resultado injusto, sino que se vincula con la culpabilidad, puesto que de ella emana la voluntad. Por otro lado, admite la existencia de un afán preventivo general del Derecho punitivo; sin embargo, la pena no pretende evitar la causación de otros hechos delictivos, sino que busca “ejercer un saludable efecto socialista sobre las pulsiones que en el pueblo predisponen al injusto” (p. 120).

Este es el entramado jurídico que tratan de esclarecer los autores cuyos estudios anteceden el opúsculo de Freisler. En la primera parte del libro, ya referida anteriormente, Fernando J. Arnedo, pone su foco en la evolución personal de Roland Freisler, desde sus primeros días en el Partido Nacionalsocialista Alemán, hasta que le es encomendada la función de presidir el más importante órgano jurisdiccional en sede penal del régimen nazi, el Tribunal Popular (*Volksgerichtshof*). A nuestro juicio, el aporte de Arnedo tiene dos fines bien demarcados: de

MORENO, Fabián: “Recensión: ZAFFARONI, Eugenio (Dir) (2017): Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad (Buenos Aires, Editorial EDIAR, Colección “El penalismo olvidado”), 157 páginas”.

un lado, explicar cómo los motivos políticos y los principios éticos de corte nacionalsocialista fueron progresivamente influyendo en la concepción del Derecho y del Estado. Desde un punto de vista institucional, resalta la cooperación de los operadores jurídicos, quienes fueron sumamente permeables a las imposiciones del nuevo régimen. Tras la promulgación de la Ley de plenos poderes impulsada por Hitler, la judicatura se mostró pasiva ante el atentado a la Constitución que dicha norma significaba. Tiempo después, como se sabe, los jueces del máximo tribunal alemán (*Reichsgericht*) fueron formalmente requeridos por Hitler a “actuar con brutalidad inhumana” contra los enemigos de la “revolución nacional” (pp. 23-24).

En definitiva, como señala el autor, fueron tres los motores que impulsaron el nuevo sistema jurídico alemán: la comunidad del pueblo, el líder de dicho pueblo (el *Führer*) y, por último, la fiel justicia nacionalsocialista. Las transgresiones a la ley se traducían en una traición contra estos factores primordiales, que conducía a la exclusión de los hechores de la comunidad. En los procesos judiciales “no se perdía el tiempo preguntando por qué un acusado había infringido la ley sino, únicamente, si el culpable seguía o no perteneciendo a la comunidad” (p. 29). La reconstrucción que hace nuestro autor es brillante, ya que deja ver claramente la visión organicista de la sociedad nazi.

En seguida, al analizar el sistema penal y la administración de justicia nazi, Arnedo demuestra detalladamente la transición hacia la perversión de una legislación penal y jurisprudencia originariamente vinculada a la escuela clásica, marcada por la vejación, o franca eliminación, de muchas de las garantías modernas de cuño liberal.

Luego, el profesor Arnedo se acomete a cumplir el segundo de los fines que posee su contribución, a saber, demostrar la importancia y trascendencia de la figura de Roland Freisler. Para ello sintetiza el *aporte* de Freisler en tres aspectos: el papel de la traición, la comunidad del pueblo y el principio del *Führer*. Tras el repaso queda clarísimo que la trascendencia de Freisler no es meramente teórica, ni tampoco se redujo a la mera defensa de los principios del Estado nacionalsocialista, sino también respecto de la administración de justicia, debido en buena medida por la visión que logró imprimir en el Tribunal Popular. Por eso no extraña que Arnedo repare, de un lado, en la función propagandística del régimen encomendada al Tribunal Popular (*Volksgerechtshof*) y en su tarea de atender a la voluntad criminal antes que la persecución del acto específico. Como se sabe, los sueños de Freisler en este sentido se tornarían realidad, para el año 1936, a través de la ley que transformaba al *Volksgerechtshof* en un tribunal ordinario permanente (pp. 66-71). Por otra parte, Arnedo describe con detalle el papel desempeñado por tal tribunal en la formación del *Willensstrafrecht* o Derecho penal de voluntad. Las páginas dedicadas a los viejos §§ 83 (preparación para alta traición) y 139 (que castigaba al que, con conocimiento, no informara a la autoridad de intentos de traición o alta traición) son una aguda muestra de ello. En último término, la faz más formidable del Derecho penal de voluntad se daría con la designación, en 1942, de Freisler como Presidente del Tribunal Popular (pp. 72-79).

El estudio de José Luis Guzmán Dalbora contiene una completa descripción de la teoría penal del nacionalsocialismo, en que esta es perfilada como un producto de la eminente politización y moralización del Derecho, resultando este instrumentalizado en función de la moral; todo

esto con la finalidad de “coordinar y unificar todos los aspectos de la vida del individuo y la sociedad con la ideología nazi” (p. 88).

Planteado este esquema general, y luego de una somera revisión biográfica de los principales juristas del régimen, el autor examina el antecedente y consecuencia del Derecho penal de voluntad. Es sumamente llamativo que Guzmán Dalbora discurra sobre la punibilidad de la tentativa inidónea como una fórmula de antigua presencia en la dogmática y jurisprudencia alemana e incluso presente en algunos proyectos de reforma del Código Penal de 1871 y que, tras el término de la guerra, supervivieron al nazismo. Sin perjuicio de la imperiosa necesidad del régimen nazi de dotarse de un sistema penal adecuado a sus principios —lo que suponía desechar el Código Penal liberal de 1871 y sus reformas— los pasos tomados en materia de tentativa no fueron abandonados. Así, en último término, el rol de la tentativa como prototipo del delito queda plasmado en un Informe de la Comisión del Reich (pp. 95-96). Finalmente, Guzmán se ocupa de la trascendencia del Derecho penal de voluntad y de sus resabios contemporáneos: los delitos de peligro abstracto; delitos de asociación y de emprendimiento; el decaimiento del mandato de determinación y de prohibición de la analogía, etc. Otro tanto dice Guzmán respecto de la situación de la tentativa, donde afirma que persiste el ascenso de la teoría subjetiva a costa del declive de la consideración del peligro objetivo y del latente subjetivismo que busca teñir el juicio de antijuridicidad.

Finalmente, en el estudio de Nilo Batista yace en el análisis de la visión de Derecho penal de Freisler, particularmente, su enfoque respecto de la tentativa: concretamente la intención de Freisler de reemplazar el concepto de acción por un concepto general de emprendimiento y, por esta vía, arribar a la equivalencia entre la tentativa y la consumación. Así, se lograba mitigar cualquier intento de disminución del castigo, en caso de que el autor no llegare a concluir el camino del delito. Es interesante el análisis específico que Batista hace sobre las consecuencias de esta concepción de la tentativa en el tratamiento de la tentativa inidónea. Su punición se volvía un corolario inexorable, toda vez que el autor se convertía en un enemigo del orden popular pacífico, por el solo hecho de dar inicio a la ejecución del acto, a pesar de que fuere a través de medios absolutamente inadecuados. Solo se salvaba de punición el delito imposible, aunque solo parcialmente, puesto que era imperativo atender a la intensidad de la voluntad del actor. Así, si el juez pudiere anticipar, que de comprobar la inutilidad del medio utilizado, el autor se valdría de un medio idóneo, entonces cabría castigo.

Para culminar, Batista es de la tesis —parecida a la ya planteada por el profesor Guzmán— - que la política criminal, entonces defendida por Freisler, todavía repercute en ciertas formulaciones contemporáneas, de ahí la actualidad de Roland Freisler. El jurista brasileño realiza una suerte de paralelo entre la situación mundial actual y lo que se desprende de los manuscritos del actor principal de la obra. La similitud más desconcertante es que la política criminal contemporánea, al igual que en aquella época, se encuentra en la constante búsqueda de un enemigo y, en ese sentido, invariablemente alejándose de una ley penal de acto.

Invitamos a todo aquel que crea que el Derecho penal contemporáneo deba mucho a su Historia a darle lectura al volumen aquí recensionado, puesto que importa un verdadero y necesario llamado de atención. El volumen no solo aporta una cuidada perspectiva del contexto histórico, político, jurídico y ético, que rodea al Derecho penal de voluntad, sino

MORENO, Fabián: “Recensión: ZAFFARONI, Eugenio (Dir) (2017): Roland Freisler. Derecho Penal de Voluntad (Buenos Aires, Editorial EDIAR, Colección “El penalismo olvidado”), 157 páginas”.

que también se preocupa de las téticas semejanzas de este constructo jurídico ideológico con la política criminal moderna. Solemos mirar al bueno y viejo Derecho penal y a sus principios como barreras infranqueables. Sin embargo, la realidad es que su instrumentalización está al alcance de la mano, si tan solo el fin moral es adecuado, así sea subjetivizando el juicio de antijuridicidad, adelantando la barrera punitiva o, en general, transando cualquier otro de los límites al *ius puniendi*.