

EL PROYECTO NACIONALSOCIALISTA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS «EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD»*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad «Pablo de Olavide»
Sevilla - España
fcomunoz@terra.es

1. Ya a finales del siglo XIX, el famoso penalista y criminólogo alemán Franz VON LISZT, decidido defensor de la función preventiva especial de la pena de prisión, asignaba a ésta una triple función:

- a) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella.
- b) Simple intimidación de los que no precisen de esa corrección.
- c) Inocuidación de los delincuentes no susceptibles de corrección.¹

Ni que decir tiene que la principal preocupación de VON LISZT, como la de muchos penalistas de aquella época, especialmente de los influidos por el positivismo criminológico lombrosiano, era el delincuente incorregible. A este respecto decía lo siguiente:

«La lucha contra la delincuencia habitual supone un exacto conocimiento de la misma. Hoy no disponemos de él. Se trata sólo de un eslabón, ciertamente del más importante y peligroso, de esa cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor.»²

* Este artículo corresponde en parte al contenido del Capítulo III de mi libro “Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo” ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003

¹ Esta triple función de la pena, que se correspondía también con una clasificación de los delincuentes en susceptibles de corrección, ocasionales no necesitados de corrección e incorregibles, la formuló VON LISZT en su Programa de la Universidad de Marburgo en 1882, publicado como artículo en la revista Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo III, bajo el título Der Zweckgedanke im Strafrecht (La idea del fin en el Derecho penal) y luego recogido en sus Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo I, Berlín 1905 (reimpresión de 1970), p.126 ss. (hay dos traducciones al español de esta obra: una publicada en Valparaíso, Chile, 1984, traducida por Enrique Aimone Gibson, revisada y prologada por Manuel de Rivacoba; y otra publicada en Granada, en 1995, traducida por Carlos Pérez del Valle, con introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar).

² Vorträge und Aufsätze, cit. nota anterior, p.167

Esta preocupación por lo vagos y maleantes, por los peligrosos sociales, por los asociales en general, y mucho más por los que habitualmente cometen delitos, era típica de un penalista que vivía en la disciplinada y próspera sociedad alemana de finales del siglo XIX, en plena expansión económica y política del Estado prusiano, en una Alemania por primera vez convertida en una sola nación bajo tal nombre, que pugnaba por ocupar un lugar preeminente entre las potencias mundiales de aquel momento, Inglaterra y Francia, principalmente. Estados Unidos aún no había mostrado su verdadero poder; y España, que en 1898 perdía precisamente en guerra con Estados Unidos, sus últimas colonias, hacía ya tiempo que había dejado de contar como verdadera potencia. Lógicamente, conforme a la mentalidad reinante en la época, y no sólo en Alemania, la preocupación por la marginación social y la delincuencia, sobre todo la habitual, que se había incrementado enormemente con la industrialización y el crecimiento de la población urbana, se reflejaba fundamentalmente en lo jurídico en la adopción de medidas represivas, de carácter puramente penal y, en todo caso en el aumento del control policial de los sectores de la población más débiles económicamente y, por ello más inclinados a la comisión de delitos, lo que al mismo tiempo se fundamentaba científicamente con teorías que hablaban de «delincuentes natos», de «personas deficientes desprovistos de valor vital», de «razas inferiores», de «personas de segunda categoría» (*Untermenschen*), y que apenas cuestionaban las causas sociales y económicas de dicho problema. El asocial y el delincuente habitual eran los «diferentes», los molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, entre cosas porque su asocialidad se debía muchas veces a defectos congénitos, a enfermedades hereditarias que había que eliminar a través de la esterilización, o simplemente con la eliminación física de sus portadores. De resocialización, de corrección, ni siquiera se hablaba, porque se partía, con unos métodos de constatación muy rudimentarios basados fundamentalmente en la reincidencia, de que se trataba de sujetos «incorregibles», irrecuperables para la vida social normal. La única salida para proteger la sociedad, el orden social, de estos sujetos, era su «inocuidación» (*Unschädlichmachung*), la «incapacitación» que es propuesta ahora por algunos criminólogos americanos.³

Así describía VON LISZT la forma en que, en su opinión, debería procederse contra tales sujetos:

«La pena se cumplirá en comunidad en establecimientos especiales (casas de trabajo o de disciplina), en régimen de «esclavitud penal» con trabajos forzados y con el máximo aprovechamiento posible de dichos trabajos; como

³ Sobre la llamada «selective incapacitation» en la moderna Criminología norteamericana, véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, Valencia 2001, p.283 ss También SILVA SÁNCHEZ, El regreso de la inocuidación, en Homenaje a Barbero Santos, Toledo 2001.

sanción disciplinaria apenas podría prescindirse de la pena de azotes y, por supuesto, para señalar el carácter deshonoroso de la pena habría que privarles sin condiciones de forma obligatoria y permanente de sus derechos civiles honoríficos. El aislamiento en celda individual sólo debería aplicarse como sanción disciplinaria juntamente con el arresto en celda oscura y en estricto ayuno.»⁴

Es evidente que esta no fue una concepción exclusiva de los penalistas y criminólogos alemanes de aquella época, y que tanto en la medicina, como en la biología y en la criminología recién surgida que se nutría de ambas ciencias, ésta era la visión más extendida entre sus principales representantes⁵. Por todas partes, se hablaba de «eugenesia», de «esterilización» de los deficientes mentales y de los portadores de enfermedades hereditarias. Pero probablemente donde más profundamente calaron estas ideas fue en Alemania:

«El peso que la sociedad germana concedía a la herencia como productora de locura, vicios y peligrosidad —dice ESTABAN ARNAIZ— se remonta al Medioevo y fue potenciado por Kant. En 1911 Eugen BLEULER recomendaba mucha prudencia a los psiquiatras a la hora de mencionarlo en peritajes por la excesiva tendencia de los jueces alemanes a utilizarlo en contra del reo.»⁶

Pero, paralelamente, se proponen también «internamientos de seguridad» de duración indeterminada para los delincuentes habituales o simplemente para los vagos, mendigos, o desocupados carentes de un puesto de trabajo fijo, que se encontraban en situación de «peligrosidad social» que debía ser objeto de medidas preventivas. Esta preocupación aumentó naturalmente en Alemania, sobre todo tras su derrota en la Primera Guerra Mundial y en plena crisis económica durante la República de Weimar (1918/1933), con elevadas cifras de desempleo y una

⁴ *Voträge und Aufsätze*, citado en nota 1, p.170.

⁵ Sobre las concepción positivista de la Criminología de finales del siglo XIX y el paradigma biologicista en que se apoyaba, véase, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, citada en nota 3, p.46 ss.

⁶ ESTEBAN ARNÁIZ, Introducción a KRAEPELIN, Cien años de psiquiatría, Madrid 1999, p.20, nota 47. Sobre la esterilización como medio de «higiene social» en el nacionalsocialismo, véase PROCTOR Racial Higiene, Medizin under the Nazis, Cambridge, 1988; sobre su aplicación en la práctica durante dicho período, Gisela BOCK, Zwangssterilisation im Nationalsozialismus, Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik, 1986. La idea tuvo también eco en España, véase ALVÁREZ PELAEZ, Determinismo biológico, eugenesia y alteración mental, en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 1997, p.425 ss.; también el mismo, en HUERTAS/ORTIZ; Ciencia y fascismo, Aranjuez 1998, p.77 ss (citado por ESTEBAN ARNAIZ, ob. cit., p.21, nota 47). Sobre la problemática jurídica que plantea su admisión en el moderno Estado de Derecho, véase MUÑOZ CONDE, La esterilización de los deficientes mentales, en Genoma y Derecho 1996.

alta inflación. Esta crisis económica y social se extendió igualmente a otros muchos países, sobre todo a partir del «crack» de la Bolsa de Nueva York en 1928, que generó grandes masas de desempleados y marginados sociales en todos los Estados económicamente desarrollados. Esta situación motivó la adopción en muchos países de medidas represivas, de naturaleza penal o casi penal, muchas veces situadas extramuros de la legislación penal y de los Códigos penales decimonónicos, sin sus principios liberales limitadores y garantistas frente al poder de intervención estatal.

En Alemania se elaboró ya en los primeros años de la República de Weimar (1919-1933), un Proyecto de Código penal, redactado por el Ministro de Justicia, penalista y filósofo del Derecho, Gustav Radbruch, que preveía una medida de «custodia de seguridad» (*Sicherungsverwahrung*), que permitiría mantener al delincuente habitual, una vez cumplida su pena, en un centro de trabajo por tiempo indeterminado. Esta medida, que no llegó a aplicarse en aquel momento, fue finalmente introducida en el Código Penal alemán, ya en la época nacionalsocialista, en 1934, con una Ley sobre el delincuente habitual peligroso, que entre 1934 y 1944 se aplicó a más de 17.000 personas, que fueron internadas en campos de concentración de los que nunca más volvieron a salir con vida.⁷

Por si todo ello fuera poco, en el último período del régimen nacionalsocialista y ya en plena Guerra Mundial (1939/1945), este sistema de medidas recibió un nuevo impulso con los trabajos preparatorios de un proyecto de Ley sobre «Gemeinschaftsfremde» («extraños a la comunidad») que, de una forma aún más radical, pretendía, con medidas específicas de castración y esterilización, además del internamiento en campos de concentración, la inocuización de los que conforme a la ideología nazi se consideraban sujetos «extraños a la comunidad», es decir, asociales, vagos, homosexuales, o simplemente fracasados. Este Proyecto, cuyo origen parece que se encuentra en un texto enviado por el Presidente de la Sociedad bávara de Servicios para Exilados (*Landesverband für Wanderdienst*), Alarich Seidler, en febrero de 1939,⁸ fue en todo caso asumido por la Oficina del Policía criminal del Reich (SS), y por su jefe Heinrich Himmler. Con él, se pretendía incrementar la selección eugenésica (a través de la esterilización y la castración), el control, mediante el internamiento en campos de concentración y, en última instancia, la eliminación física, de los que

⁷ Véase FROMMEL, La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo, traducción de Muñoz Conde, en Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1993; MUÑOZ CONDE, Dogmática jurídicopenal y Política criminal en la República de Weimar, en DOXA, número extraordinario dedicado al Profesor Elías Díaz, 1990.

⁸ En este sentido AYASS, Introducción a Materialien aus dem Bundesarchiv, Heft 5, «Gemeinschaftsfremde», Quellen zur Verfolgung von «Asozialen» 1933-1945, bearbeitet von Wolfgang AYASS, Koblenz 1998, p.XVIII

eufemísticamente se llamaban «Gemeinschaftsfremde» («extraños a la comunidad»), concepto bajo el cual se comprendían diferentes grupos de personas, fundamentalmente marginados sociales, mendigos, vagos, delincuentes sexuales (incluyendo entre ellos a los homosexuales), ladrones y estafadores de poca monta, etc., contra los que la SS quería proceder aún más enérgicamente de lo que ya permitían las medidas de seguridad contra el delincuente habitual introducidas en el Código Penal alemán en 1934.

Pero la SS y su Jefe, Heinrich Himmler, probablemente el más sanguinario de los colaboradores de Hitler,⁹ parecían que no estaban a pesar de todo satisfechos del resultado conseguido con esta medida, y otras como la esterilización y la castración para los delincuentes sexuales, y en su afán por incrementar la represión y, en su caso, exterminio de estas personas, y reducir el escaso control judicial al que aún obligaba la anterior regulación, buscaban soluciones más eficaces y menos formalizadas judicialmente, que debían ser precisamente conseguidas con esta nueva Ley sobre «Gemeinschaftsfremde.» Se trataba, pues, de asegurar en momentos de crisis el control total, atribuyéndole a la Policía,¹⁰ y, en definitiva, a la SS, un poder omnímodo que podía ser utilizado en cualquier momento contra los enemigos interiores del régimen, fueran estos del carácter que fueran, enemigos políticos, sociales o de raza. La nueva ley venía, pues, a culminar una política de depuración y selección racial, de «limpieza étnica» se hablaría hoy, que al principio se dirigió sobre todo contra los que no eran de raza aria, es decir, principalmente contra los judíos, pero también contra los gitanos y negros (Leyes de Núrmberg en 1935); más tarde contra los «pueblos extraños», como los polacos (en 1940 se creó un Derecho Penal especial para Polonia), ucranianos, rusos y demás «fremdvölkisch», para finalmente incluir a los «Gemeinschaftsfremde», que, aún siendo de raza aria (y en esto se diferenciaban de los grupos anteriores) no cabía incluir en el concepto de verdadero miembro de la comunidad alemana, por adolecer de algún defecto o tara hereditaria que los convertían en «personas de

⁹ Su lema era «ser más que parecer». Por debajo de su apariencia de probo funcionario, se escondía una personalidad fría y metódica que procedió con minuciosidad burocrática a organizar el «asesinato masivo» más brutal que conoce la Historia. Detenido por el ejército inglés, durante un reconocimiento médico mordió una cápsula de cianuro que llevaba escondida en el hueco de una muela y murió en pocos segundos envenenado; véase Guido KNOPP, *Hitler's Helfer*, 1999, p. 193.

¹⁰ En este sentido, es de destacar que ya algún otro famoso jurista, igualmente famoso y respetado después en la etapa democrática, como el constitucionalista Theodor MAUNZ, que en los años 60 llegó a ser Ministro de Educación y Cultura en el Gobierno bávaro, proponía en 1943 que se incrementaran aún más los poderes policiales para así conseguir una realización más pronta y eficaz de las finalidades políticas del nazismo (cfr. MAUNZ, *Gestalt und Recht der Polizei*, Hamburgo 1943; sobre Maunz, STOLLEIS, *Unrecht im NS-Staat*, 1994). No obstante, algún autor, como Monika FROMMEL, ob.citada nota 7, p.46, considera que en realidad no hubo prácticamente ninguna diferencia entre la represión llevada a cabo directamente por la Policía y la realizada por los Tribunales, si acaso, todo lo más, una «guerra de trincheras» entre los distintos grupos y tendencias que malamente convivían dentro del régimen nazi.

menor valor.»¹¹ Tanto a unos, como a otros, se les privaba primero de todos sus derechos como «Volksgenosse» (miembros de la comunidad), luego del derecho a la libertad (internándolos en campos de concentración) y finalmente del derecho a la vida (simplemente matándolos, utilizando sobre todo para las ejecuciones masivas cámaras de gas instaladas al efecto en los campos de concentración).

Para llevar a cabo esta política racista se utilizaron métodos de carácter higiénico social como la esterilización masiva y la castración, «para evitar una descendencia indeseable», apoyándose en las teorías de la «herencia biológica», pero sobre todo el internamiento en campos de concentración y el asesinato en ellos de millones de personas en las cámaras de gas allí instaladas y alimentadas con el gas letal que suministraba la famosa fabricante de productos químicos «IG Farbe», una de las más prosperas industrias alemanas tanto antes como después de la guerra. Todo ello perfectamente preparado previamente por una clasificación de la población basada en el censo y en el uso de la estadística para estos fines.¹²

¹¹ De esta opinion, también HIRSCH/MAJER/ MEINCK (edit.), *Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, Colonia 1984, p.488.. En la página 237 dicen: «*El Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad', que fue elaborado en los últimos meses del dominio nacionalsocialista y debía entrar en vigor el 1 de enero de 1945, mostraba ya en su definición legal de 'extraño a la comunidad' (parágrafo 1, cfr.texto infra) claramente la ilimitada extensión de este concepto. Con esta privación total de derechos a los extraños a la comunidad se ven las consecuencias radicales que pueden extraerse de una ideología de la comunidad que se había elevado a la categoría de doctrina oficial del Estado.*»

¹² Parece realmente increíble hasta qué punto se utilizaron las estadísticas y el empadronamiento para llevar a cabo clasificaciones de la población, cuyo objetivo principal era preparar el terreno para la aplicación de las medidas de higiene y depuración racial que se llevan a cabo luego en los centros de esterilización y los campos de concentración. Uno de los principales responsables de esta utilización política racista de la Estadística fue Sigfried KOLLER, a quien luego se ha considerado el padre de la Bioestadística alemana de la posguerra, recibiendo todo tipo de homenajes cuando se jubiló de su cátedra y de su puesto en el Instituto Federal de Estadística en 1979. Parece pues oportuno citar aquí lo que el tal KOLLER decía con su maestro KRANZ en 1941 sobre lo que había que hacer con los «incapaces de comunidad»: «*Ahora disponemos del conocimiento científico de que los incapaces de comunidad actúan condicionados por una carga hereditaria de rango valorativo inferior y que esa carga se trasmite por lo menos por término medio o incluso en una medida superior al término medio... Este peligro debe ser prevenido por la privación de los derechos civiles honoríficos.*»

Entre los derechos de los que estos sujetos debían ser privados mencionan el derecho de educación sobre los hijos, el derecho a contraer matrimonio, y otros derechos que suponen «la dignidad del individuo» (de la que los «incapaces de comunidad» por supuesto carecen), como «el derecho al honor, la libertad o la vida»; así como la aplicación de medidas como la esterilización obligatoria, el internamiento en centros para trabajos forzosos o la disolución obligatoria del matrimonio (citado apud ALID/ROTH, *Die restlose Erfassung, Volkszählen, Identifizieren, Aussondern im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 2000, p.111).

Pero el deseo de darle a todo ello una base jurídica, una «licencia para la barbarie», como dice KERSCHAW,¹³ obligaba a la creación de instrumentos jurídicos *ad hoc*, de leyes y disposiciones que más que para dar una apariencia de legitimidad sirvieran como orientación y punto de referencia a las personas —funcionarios, personal técnico, jueces, policías, etc.— que tenían que llevar a cabo esa política en la práctica. El Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los «Gemeinschaftsremde» tenía este objetivo y debía de servir de base para culminar el proceso de depuración y limpieza étnica que había comenzado diez años antes con las Leyes de Nüremberg y el paulatino internamiento de los judíos en los campos de concentración. Ya no se trataba sólo de eliminar a los no arios, sino dentro de los propios arios a los que «no daban la talla», a los que se apartaban del prototipo, físico y psíquico, de lo que, según los dirigentes e ideólogos nacionalsocialistas, debería ser el perfecto alemán, y con ello un «Volksgenosse», un camarada del pueblo. Probablemente había también otras razones más pragmáticas. En unos momentos en los que la Guerra, tras los espectaculares triunfos de los primeros años, empezaba a irles mal a las tropas alemanas, sobre todo después de la caída de Stalingrado en manos rusas, tras una de las más feroces y encarnizadas batallas, en la que murieron cientos de miles de soldados alemanes, el régimen no sólo se preparaba para una «guerra total» contra el enemigo exterior, también preparaba su peculiar guerra total contra el «enemigo interior.» Las «filas firmemente cerradas» («Die Reihen fest geschlossen») de las que hablaba una famosa canción nacionalsocialista, se empezaban a resquebrajar y eran ya unas «filas casi cerradas» (Die Reihen fast geschlossen, como reza el título de la obra de PEUKERT/REULECKE) cuyo resquebrajamiento definitivo había que evitar a toda costa.

¹³ KERSCHAW, Hitler, 1936-1945, trad. De Alvarez Flores, 2000, p.239 ss (Kershaw refiere como ejemplos de esta barbarie no sólo la persecución de los judíos, sino también el exterminio de grandes masas de la población polaca y las medidas eutanásicas aplicadas sobre todo a enfermos mentales y enfermos terminales, siguiendo órdenes secretas dictadas por el mismo Hitler. Respecto a los enfermos terminales la orden decía así: «*Se recomienda al Reichsleiter Bouhler y al doctor en medicina Brandt la responsabilidad de ampliar la autoridad de ciertos médicos especialistas de manera que, tras valoración crítica del estado de los considerados enfermos incurables, pueda otorgárseles una muerte misericordiosa.*» Similares instrucciones dio también para la eutanasia de enfermos mentales. A este respecto KERSHAW, p.260, recuerda que ideas parecidas habían sido ya propuestas en 1920 por el penalista Karl Binding y el médico Alfred Hoche. Varios centenares de miles de personas murieron a consecuencia de estas medidas eutanásicas. Pero parece que tuvieron que ser suspendidas por la oposición de algunos sectores de la sociedad alemana. La participación de la clase médica en la ejecución de estas medidas fue importante y dio lugar después de la guerra a algunos procesos contra médicos acusados de haber intervenido en las mismas.

El Proyecto tuvo una larga gestación, entre otras causas porque implicaba reformas importantes tanto en el Código Penal, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otorgaba un enorme poder a la SS, y concretamente a su Jefe, Himmler, lo que generaba una cierta rivalidad con otros personajes de la cúpula nacionalsocialista encargados de diversos Ministerios e instancias oficiales implicadas en el mismo.

Según informa AYASS¹⁴, a partir de 1939 en el Archivo Federal se encuentran no menos de 17 textos o versiones diferentes de este Proyecto, que recibió un impulso decisivo a partir de 1943, tras un acuerdo adoptado el 13 diciembre de 1942 entre Himmler y el Ministro de Justicia, Thierack. La última versión que se conoce de este Proyecto data de 17 marzo de 1944 y, salvo que se diga otra cosa, es a la que nos vamos a referir aquí, transcribiendo su texto, así como el de su fundamentación en el apéndice.

Su tramitación fue, pues, bastante compleja y tuvo que vencer algunas resistencias, principalmente las presentadas por el anterior Ministro de Justicia, hasta 1942 Franz Gürtner, y por altos funcionarios de dicho Ministerio, que insistían en el peligro que suponía dicho proyecto para la seguridad jurídica y el necesario control judicial de la actuación policial, que en algunas versiones originales podía ser prácticamente ilimitada. Pero como inmediatamente se observa en la intervención del Dirigente del Ministerio de Justicia, RIETZSCH, que seguidamente se transcribe, dichas reservas eran ya en su origen más aparentes que reales, y no implicaron nunca una verdadera oposición a la idea básica que animaba el Proyecto: la eliminación, de un modo u otro, física y jurídicamente, de los asociales, cosa con la que por lo demás, invocando continuamente la «voluntad del Führer», en el fondo todos estaban completamente de acuerdo.

¹⁴ En «Gemeinschaftsfremde» citado en nota 8, p. XXI. Cfr. también WERLE, Gerhard, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlín 1989, p.621. También se refieren a este proyecto otros autores, aunque sólo en relación con algunos aspectos del mismo; véase, MAJER, Diemut, «Fremdvölkische» im Dritten Reich, 1981; PEUKERT, Detlev, *Arbeitslager und Jugend-KZ: Die Behandlungsgemeinschaftsfremder im Dritten Reich*, en PEUKERT/REULECKE (edit.), *Die Reihen fast geschlossen*, Wuppertal 1981, p.413 ss; el mismo, *Inside Nazi Germany*, Londres 1987, p.220 s, (versión inglesa de la obra original alemana, *Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde*, Colonia 1982); WAGNER, *Das Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder*, en *Feinderklärung und Prävention*, Berlin 1988; WAGNER, *Volksgemeinschaft ohne Verbrecher. Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus*, Hamburg 1996.

También algunos autores que han estudiado el tratamiento de la homosexualidad en el Tercer Reich dedican varias páginas al Proyecto sobre los «Gemeinschaftsfremde»; así, por ejemplo, JELLONEK, Burkhard, *Homosexuelle unter dem Haken Kreuz*, 1990, p.162 ss.; y BASTIAN, Till, *Homosexuelle im Dritten Reich*, Munich, 2001, p.63 y ss.

Decía así Rietzsch en una de sus intervenciones:

«El Proyecto de Ley, que nos presenta el Ministerio del Interior, probablemente puede considerarse como la más dura entre las diversas leyes duras que ha producido el Tercer Reich. Concede a los funcionarios de la Policía unos poderes que hasta ahora en ningún país del mundo se les ha concedido, especialmente el poder de poder privar de libertad a alguien por mucho tiempo. En la anterior legislación estos poderes sólo los tenían los Tribunales. Pero al mismo tiempo se les da a los Tribunales extensos y complicados preceptos, para que, por un lado, investiguen adecuadamente el supuesto de hecho, y evitar, por otro, que cometan decisiones erróneas... Y en el Proyecto no hay ninguna de estas garantías. No se reconoce, por ejemplo, el derecho del afectado a ser oído. Tampoco se reconoce el derecho a ser defendido por un tercero. Los testigos y peritos no son confrontados con el afectado; y tampoco se prescribe en ninguna parte que tenga que ocuparse personalmente de él un funcionario. Tampoco se reconoce en el Proyecto una vista oral; la sentencia debe pronunciarse sin que en ningún precepto se diga en que hechos debe basarse. El proceso es puramente escrito; no se dice el funcionario que debe decidir y tampoco se le dice al afectado. El funcionario que debe tomar la decisión de cara al exterior, el Jefe superior de la Comisaría de la Oficina de la Policía del Reich y el especialista en la materia en dicha Oficina, no conocen al afectado y ni siquiera lo han visto. Y a pesar de que faltan todas estas garantías, que se prevén en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se trata de constatar el verdadero supuesto de hecho, no se prevé ningún recurso. La sentencia tampoco depende de un Juez independiente. Y, sin embargo, las decisiones que adopte la Policía sobre privaciones de libertad, son tan graves como las decisiones que adoptan los Tribunales.»

La crítica de Rietzsch que se acaba de transcribir era tan dura y fundada que parece no había otra salida que rechazar el Proyecto, por ser incompatible no ya sólo con los más elementales principios no ya del Estado de Derecho, sino con la más elemental racionalidad jurídica. Pero, como vamos a ver inmediatamente, es el propio Rietzsch, quien, en una pirueta realmente inconcebible después de lo que acababa de decir, termina por aceptar el Proyecto, retirando cualquier reserva que el mismo pudiera presentar, porque, en su opinión:

«El Proyecto después de todo sólo va a afectar en lo esencial a los asociales y antisociales, es decir, a un círculo de personas que se sustraen reiteradamente a sus deberes para con la comunidad. Pero quien se aleja tanto del fundamento de la comunidad popular, el mismo se despoja de sus derechos, se degrada al nivel de una persona de menor derecho y debe responsabilizarse el mismo de que en un proceso se le puedan imponer tan duras medidas. Y el Ministerio de Justicia no se va a oponer a esta postura básica.»¹⁵

Este tipo de intervenciones, entre la retórica y el cinismo, eran por lo demás muy frecuentes entre los juristas en aquella época (quizás también en otras) y demuestran hasta qué punto los principios y garantías más elementales del Estado de Derecho podían quebrantarse sin el menor rubor, haciendo de ello responsable al propio afectado, que con sus hechos se había colocado fuera de la comunidad popular. Probablemente, como señala WERLE, la aparente oposición que se indicaba al principio de la intervención de Rietzsch, no era más que una argucia para sacar luego ventaja política y mayores poderes para el estamento judicial y, por tanto, para el Ministerio de Justicia¹⁶; en definitiva, una estrategia en la lucha por el poder que se planteaba también dentro de las propias filas de la distintas fracciones del régimen nacionalsocialista, y que muchas veces venía determinada por celos o cuestiones personales, que por razones ideológicas o por cuestiones de principio.

Curiosamente, donde mayor oposición tuvo el Proyecto en su redacción final fue en el propio Hitler, a quien parece ser no le gustaba la expresión «extraños a la comunidad», y en el Ministro de Propaganda, Goebbels, que además de rechazar también algunas expresiones empleadas en el texto proyectado para describir los distintos supuestos de «extraños a la comunidad», como «Liederlichen» (disolutos), «Versager» (fracasados), consideraba que podía tener un efecto propagandístico negativo («neue Hetzpropaganda»: «nueva propaganda difamatoria») de cara al exterior.¹⁷

¹⁵ El texto de esta intervención se encuentra recogido en WERLE, ob. cit en nota 14., p.625.

¹⁶ Cfr. WERLE, ob. cit. en nota 14, p.626

¹⁷ Cfr. los respectivos informes en la recopilación de AYASS, «Gemeinschaftsfremde», citado en nota, 8, documento nº 150. p.363 (donde se recoge a nota de la secretaria de Hitler), y p.364 (donde se recoge la nota de Goebbels, de 7.9.1943). En realidad, el término «Gemeinschaftsfremde» fue también propuesto por Mezger (cfr. su carta-informe de 24.3 1944, cuya traducción al español se encuentra recogida en MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 2ª ed., Valencia 2001, p146 s.): Dicho término y otros parecidos como el de «Gemeinschaftsfeinde» o el de «Gemeinschaftsunfähige», fueron utilizados entonces para «germanizar» el idioma y evitar palabras extranjeras como «Asozialen» o «Antisozialen». Así, por ejemplo, el libro de los más importantes representantes de la Bioestadística en la época nacionalsocialista, H.W.KRANZ y S.KOLLER, se titula «Die Gemeinschaftsunfähigen» («Los incapaces de comunidad»), y lleva como subtítulo «Ein Beitrag zur wissenschaftlichen und praktischen Lösung des sog.

A pesar de estas reservas, el texto quedó definitivamente aprobado en su versión de 17 de marzo de 1944, previéndose su entrada en vigor para el 1 de enero de 1945. Para agosto de ese mismo año 1944, se preparaba un ciclo de conferencias sobre dicha Ley, que comenzaría con una conferencia introductoria de dos horas de duración del Profesor de la Universidad de Munich y famoso penalista, Edmund Mezger, que había sido uno de sus principales artífices (véase infra II).

Pero el texto nunca llegó a entrar en vigor. Las conferencias previstas para el mes de agosto no tuvieron lugar. En el mismo mes, el Ministro de Justicia suspendió la entrada en vigor del texto legal ya aprobado, así como la de un nuevo Código Penal que igualmente debería haber entrado en vigor el 1 de enero de 1945, o como muy tarde el 1 de abril de ese año. En el verano de 1944, concretamente el 20 de julio, se había producido un importante acontecimiento, que demostraba que los «enemigos interiores» del régimen no eran precisamente los asociales, sino muy importantes generales, políticos e incluso gente del propio partido nazi, que, a la vista de lo mal que iba la guerra y de las perspectivas de una derrota inevitable, se habían conjurado para matar a Hitler y llegar a un acuerdo de paz con las potencias aliadas occidentales. El «golpe del 20 de julio», como es conocido, no tuvo éxito, Hitler salió ileso e inmediatamente ordenó la ejecución no sólo de los principales responsables, sino de sus familiares y cualquier persona que hubiera tenido con ellos algún tipo de contacto que lo hiciera sospechoso de deslealtad al régimen. Los que no fueron ejecutados inmediatamente tuvieron que pasar, tras las correspondientes torturas, por un penoso juicio ante el Volksgerichtshof, presidido por Roland FREISLER, antiguo Secretario de Estado en el Ministerio de Justicia, que se dedicaba a humillarlos y a insultarlos, antes de condenarlos a muerte.¹⁸ Mientras tanto, los bombardeos de la aviación aliada de las principales ciudades alemanas eran diarios y ya prácticamente se había paralizado cualquier

«Asozialenproblems» (Una aportación para la solución científica y práctica del llamado problema de los «asociales»), Teil I, II y III, Giessen 1939/1941) (citado apud ALID/ROTH, *Die restlose Erfassung*, citado en nota 12, p.111 ss.). En un curioso diccionario de palabras y términos alemanes empleados por los nazis (PAECHTER, Heinz, *Nazi-Deutsch, A Glossary of Contemporary German Usage*, New York, 1944) se define el término «Gemeinschaftsunfähig»: «Diffamierende Bezeichnung für Asoziale, für Personen nach Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie für Menschen, die es nicht wert seien, in einer deutschen Gemeinde zu leben.» («Denominación infamante para asociales, para personas que han perdido sus derechos civiles honoríficos, así como para personas que no merecen vivir en una comunidad alemana»). Sobre esta perversión del idioma alemán y su manipulación con fines propagandísticos llevada a cabo por el régimen nacionalsocialista, véase KLEMPERER, Victor, *LTI (Lingua Tertium Imperii)*, 19ª ed., Leipzig 1999.

¹⁸ La crueldad mostrada por FREISLER, que murió el 2 de febrero de 1945, cuando estaba celebrando uno de esos juicios, como consecuencia de un bombardeo, ha pasado a la historia de los horrores, y se ha descrito en numerosas publicaciones, como uno de los casos de fanatismo más claros entre los dirigentes nacionalsocialistas. (cfr. KNOPP, *Hitler's Helfer*, citado en nota 9; KERSCHAW, Ian, *Hitler, 1936-1945*, citado en nota 13, p.674 ss.). La bibliografía sobre el personaje es bastante amplia, una valoración de sus opiniones desde el punto de vista jurídico ofrece TELP, Jan; *Ausmerzung und Verrat*, Frankfurt am Main, 1999, p.105 ss.).

actividad política o burocrática normal. Ante esta situación, el 12 agosto 1944, el Ministro de Justicia, Thierack, suspendía la entrada en vigor del Proyecto, diciendo expresamente:

«En este momento de lucha a muerte del nacionalsocialismo, incluso los extraños a la comunidad deben ser utilizados como carne de cañón (Kanonenfutter).»¹⁹

Efectivamente, dice BASTIAN, los homosexuales que aún no habían sido ejecutados, fueron enviados a la primera línea del frente, aunque no se sabe cuantos fueron, ni cuantos sobrevivieron.²⁰

2. BREVE HISTORIOGRAFÍA DEL PROYECTO.

Hasta los años 80, no hay referencias en la bibliografía alemana a este Proyecto. Todavía hoy he podido comprobar que son muchos penalistas alemanes que ignoran su existencia. En general, las principales referencias bibliográficas existentes a partir de los años 80 se encuentran principalmente en obras de carácter extrajurídico. Durante su tramitación, el Proyecto sólo fue conocido por escaso número de personas, y sólo llegó a trascender a la opinión pública cuando fue utilizado como documento por la acusación en los Procesos de Nüremberg.²¹

En 1998 Wolfgang AYASS, que ya había dedicado varios trabajos al tema del tratamiento de los asociales en el Nacionalsocialismo,²² ha publicado bajo el título

Curiosamente, FREISLER había sido Comisario bolchevique en Rusia tras la Primera Guerra Mundial, convirtiéndose después de su regreso a Alemania en el abogado defensor de los miembros del Partido Nacionalsocialista. Parece ser que Hitler no se fiaba mucho de él, y en lugar de hacerlo Ministro de Justicia, a la muerte de Gürtner, como él esperaba, lo nombró Presidente del Volksgerichtshof, un tribunal político, en el que FREISLER derrochó fanatismo y crueldad infinitas, sobre todo en el enjuiciamiento de los acusados por el «golpe del 20 de julio de 1944», justificando el nombre de «Blutrichter», «Juez sangriento», con el que ha pasado a la historia. Famosa es su carta al Führer cuando tomó posesión del cargo de Presidente del Tribunal: *«El Volksgerichtshof se esforzará siempre en juzgar de la forma en que el propio Führer lo haría.»* Efectivamente, así lo hizo. Después de la Guerra su mujer y sus hijos se cambiaron el nombre, lo que no impidió que años más tarde la viuda obtuviera una pensión porque su marido había muerto en «acto de servicio»; los que fueron condenados por él no obtuvieron nunca ninguna clase de indemnización o pensión (Cfr. el reportaje de Michael Stiller, *Wäre Blutrichter nach dem Krieg Beamter geworden?*, en *Süddeutsche Zeitung*, 13.2.1985, p.18. También ORTNER, *Der Hinrichter*, 1993, BUCHNEIT, *Freisler, Richter in roter Robe*, 1968).

¹⁹ Citado por BASTIAN, Till, *Homosexuelle*, citado en nota 14, p.63 s

²⁰ BASTIAN, ob.citada en nota 14, p.65.

²¹ Cfr. AYASS, *Materialien aus dem Bundesarchiv*, Heft 5, «Gemeinschaftsfremde», citado nota 8

²² Cfr. AYASS, *Das Arbeitshaus Brütenau*, Kassel 1992 (Es la historia de un asilo para mendigos y vagabundos, en el que desde 1933 se recluyeron también a disidentes políticos y delincuentes

«Gemeinschaftsfremde»²³ las actas y demás documentos burocráticos que generó la tramitación ministerial de dicho Proyecto, que se encontraban en el Archivo Federal de Koblenz. Norbert FREI, en su obra *Der Führerstaat*,²⁴ publicó su Fundamentación, junto con una carta de Mezger al dirigente ministerial Grau y una breve nota sobre su génesis y la participación de Mezger en él. Prácticamente es PEUKERT el primer autor que le dedica dos trabajos específicos. En el primero se ocupa de los jóvenes internados en los campos de concentración;²⁵ y en el segundo de la política general de eliminación de los asociales llevada a cabo por los nacionalsocialistas.²⁶ En el libro de HIRSCH/MAJER/MEINCK (edit.), sobre Derecho y Justicia en el Tercer Reich,²⁷ se recoge una de las versiones del Proyecto y se hacen varias referencias al mismo, explicando el significado del mismo en el régimen nacionalsocialista. Patrick JELONEK en su libro «Homosexuales bajo la cruz gamada», de 1990, dedica varias páginas a exponer sus más importantes aspectos en relación con el tratamiento (castración) de los homosexuales, mencionando varias veces la destacada intervención en su elaboración de los penalistas y criminólogos de la Universidad de Munich, Edmund Mezger y Franx Exner.²⁸ También Till BASTIAN le dedica unas páginas en su libro sobre los homosexuales en el Tercer Reich.²⁹ Una exposición de los principales aspectos del Proyecto se encuentra en el libro de Patrick WAGNER, «Comunidad del pueblo sin delincuentes»,³⁰ quien además hace un exhaustivo estudio del tratamiento de este problema tanto en la República de Weimar como en el Nacionalsocialismo.

Entre los penalistas, sólo Gerhard WERLE, en su libro sobre la Justicia, el Derecho penal y la Policía en el Nacionalsocialismo, originariamente su escrito de habilitación, ofrece una buena y extensa información sobre este Proyecto y sobre los avatares de su tramitación.³¹ No deja de ser curioso que este Proyecto prácticamente no haya sido citado o tenido en cuenta hasta ahora por los penalistas alemanes, y ni

habituales, que fueron esterilizados o asesinados. Respecto al procedimiento para la esterilización, AYASS, ob.cit., p.276, cuenta que para poder calificar la esterilización de «voluntaria» se nombraba un tutor, generalmente un funcionario o un vecino de la localidad, que firmaba la autorización para hacerla); cfr. también el mismo, *Asozialen im Nationalsozialismus*, Stuttgart, 1995.

²³ Citado nota 8.

²⁴ *Der Führerstaat, Nazionalsozialistische Herrschaft 1935 bis 1945*, nueva edición ampliada, 2001, p.250 ss.

²⁵ PEUKERT, *Arbeitslager und Jugend-KZ: Die Behandlungsgemeinschaftsfremder im Dritten Reich*, en PEUKERT/ REULECKE (edit.), *Die Reihen fast geschlossen*, citado en nota 14, p.413

²⁶ *Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde*, Colonia 1982

²⁷ Ob. citada en nota 14.

²⁸ Cfr.JELONEK, ob. citada en nota 14, p. 112, 120, 158, 166, 168

²⁹ BASTIAN, Till, *Homosexuelle im Dritten Reich*, citado en nota 14, p.63 y ss.,

³⁰ *Volksgemeinschaft ohne Verbrecher, Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus*, Hamburgo 1996.

³¹ *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, citado nota 14.

siquiera por los monografistas que han estudiado la obra de su principal autor e inspirador, Edmund Mezger, TELP³² y THULFAUT.³³ Tampoco yo lo conocía cuando escribí la primera edición de mi trabajo sobre «Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo», aunque una vez conocido he procurado colmar esa laguna con un Apéndice a la segunda edición de este libro, aparecida pocos meses después de la primera (Valencia 2001).

No se entiende muy bien que un Proyecto de esta importancia y tan revelador por lo demás de la ideología y de la Política Criminal del régimen nacionalsocialista, no sea ni tan siquiera mencionado en las exposiciones que se hacen de la Historia del Derecho Penal de esa época en los Tratados y obras generales que se han escrito en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. Y mucho menos se entiende que no se mencione la importante participación que tuvo en él, el penalista Edmund MEZGER, cuyo Tratado de Derecho Penal de 1933 tanto se cita y al que tantas veces se alude por lo demás en la polémica que en los años 50 tuvo con Hans WELZEL sobre el concepto de acción y en sus otros muchos trabajos de naturaleza dogmática. Este silencio sobre el pasado nacionalsocialista de uno de los más importantes representantes de la Dogmática jurídicopenal alemana de la primera mitad del siglo XX es tanto más sorprendente cuanto en otros muchos sectores científicos, políticos, económicos y sociales, se ha revisado ya en el pasado nazi de importantes personajes,³⁴ y además porque estando perfectamente documentado y probado en los textos y publicaciones a los que hemos hecho referencia. Bastaba con remitirse a ellos, indicando el dato, no puramente anecdótico, de su pasado nacionalsocialista..

³² TELP, Jan; Ausmerzung und Verrat, citado en nota 18, p.191 a 205 (especialmente dedicadas a Mezger).

³³ Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1983-1962), Baden-Baden 2000, hasta la fecha el mejor estudio sobre Mezger. Sin embargo, sólo menciona de paso la cita de FREI respecto a que Mezger tenía que dar una conferencia sobre la Ley de los «Gemeinschaftsfremde» en agosto de 1944 (p.15 y 339). No obstante también afirma rotundamente la importancia de Mezger en las reformas nazis y que sus opiniones claramente racistas sobre la pena, la eliminación de las raleas criminales y de los elementos dañinos a la raza y al pueblo, eran demasiado claras, como para considerarlas sólo unas frases más o menos inspiradas en el espíritu de la época o en simple oportunismo. «Mezger—dice THULFAUT, p.339— *había desarrollado en aquella época un celo intelectual de misionero.*» Y también dice en otro lugar (p.263): «*De aquel jardín de Minotauro—el que Mezger había creado con sus fantasías criminológicas, FMC— no había vuelta... de aquí partían los trenes a Auschwitz y Treblinka.*»

³⁴ Recuérdese sin ir más lejos el importante libro de FARIAS sobre Martín Heidegger, en el que se describen las relaciones de este importante filósofo con el régimen nacionalsocialista. Recientemente, están apareciendo en Alemania obras de este tipo en las que se analizan las relaciones de importantes científicos e intelectuales con el régimen nacional socialista; así, por ejemplo, respecto a la Biología, cfr. DEICHMANN, Biologen unter Hitler, Porträt einer Wissenschaft im NS-Staat, 1995 (cfr., por ej., p.270 ss., dedicadas al Premio Nobel Konrad Lorenz). Respecto a la Medicina, cfr. PROCTOR, Racial Hygiene, Medizin under the Nazis, Cambridge, 1988; el mismo, Adolph Butenandt, Nobelpreisträger, Nazionalsozialist und President der MPG, 2000; KLEE, Ernst, Deutsche Medizin im Dritten Reich, Karriere vor und nach 1945, Frankfurt 2001 (cfr., por ej.,

Lo mismo podría decirse del criminólogo Franz EXNER,³⁵ quien junto con MEZGER intervino directamente en la elaboración del Proyecto.³⁶ En el libro de WERLE y en casi todos los libros y trabajos donde se estudian el Proyecto, se encuentran frecuentemente citados los informes de Mezger y Exner, así como la correspondencia entre ellos, Rietzsch y otros dirigentes nacionalsocialistas encargados del Proyecto (una «especie de simpática conversación por correspondencia», la denomina WERLE³⁷). En este libro se ofrece una buena

p.348 ss., en las que se narra el «caso Butenandt», Premio Nobel de Medicina y Presidente de la Max Planck Gesellschaft de Bioquímica, que al parecer dirigió programas de experimentación humana en los campos de concentración; sobre este caso véase también MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger, y el Derecho penal de su tiempo, 2ª ed. Valencia 2001, p.136). Respecto a la Estadística y al papel destacado que en la época nacionalsocialista desempeñó en los programas racistas clasificatorios de la población Sigfried KOLLER, cfr. ALY/ROTH, Die restlose Erfassung citado en nota 13, p.111 ss. También en el ámbito de la Física hubo importantes físicos, como el Premio Nobel Werner HEISENBERG, que al parecer fue el encargado directamente por Hitler de construir la bomba atómica (sobre ello cfr. el libro CASSIDY; Heisenberg, 1996, cuya versión alemana ha aparecido el año 2001, fecha del centenario de tan importante físico, que desde 1953 a 1974 fue Presidente de la Fundación Alexander von Humboldt). Menos revisiones de este tipo se han producido en el mundo jurídico académico; no obstante, algunos trabajos se han dedicado al estudio de las conexiones con el nacionalsocialismo de importantes juristas como es el caso del constitucionalista Theodor MAUNZ (cfr. STOLLEIS, Unrecht im NS-Staat, citado en nota 10). Parece, pues, que ya va siendo hora de que se investigue el pasado o la ideología nacionalsocialista de algunos de los más destacados representantes de la Dogmática jurídicopenal alemana de la posguerra, lo que al mismo tiempo podría servir para destapar la artificiosidad de algunas de sus principales construcciones, como la famosa polémica sobre el concepto de acción, que parece más un artefacto destinado a oscurecer el inmediato pasado de alguno de sus principales protagonistas que a resolver cuestiones verdaderamente fundamentales del Derecho penal.

³⁵ Cuya «Biología Criminal», 2ª edición (1939), traducida al español por Juan del Rosal, Madrid 1946, está trufada de referencias elogiosas a los logros del Nacionalsocialismo en la lucha contra la criminalidad, especialmente en el ámbito de las medidas de seguridad de internamiento de seguridad, de castración (p.197), y de «higiene racial», aunque EXNER reconoce que «*la investigación biológicocriminal se encuentra aquí en sus comienzos*» (p, 465), y termina diciendo: «*¡Cuántos sufrimientos para el individuo, cuantas preocupaciones para la comunidad y cuantos gastos para el Estado podrían ahorrarse si fuésemos capaces de reconocer realmente en su esencia diez años antes a los individuos que en sus 30 años han caído en reclusión de seguridad o se les ha aplicado la medida de castración!*» (p. 466) (muy reveladoras son también sus consideraciones sobre la criminalidad de los judíos, p.103 a 108, en donde cita una artículo de Von Liszt de 1907 sobre este tema, que no he podido localizar. (Agradezco al Profesor Emilio Cortés Bechiarelli, de la Universidad de Cáceres, que haya puesto a mi disposición una fotocopia de este libro). En la versión española de la Criminología de Edmund Mezger, 1942, el traductor, José Arturo Rodríguez Muñoz, añade la reseña que hizo Mezger en 1940 de esta obra de Exner, a la que también alude del Rosal en su Prólogo a la traducción de Exner. Es interesante destacar la estrecha relación existente entre Mezger y Exner, hasta el punto de que después de la guerra aquél llegó a colaborar en la defensa de uno de los acusados en los Juicios de Nüremberg, mientras que Exner se ocupaba de la defensa del General Jold. Sin embargo, Mezger tuvo que abandonar dicha actividad porque fue procesado e ingresó en la cárcel de Nüremberg acusado de pertenencia al servicio de seguridad (SD) del Partido Nazi (NSDAP) (cfr. THULFAUT, ob. citada en nota 33, p.19)

³⁶ Cfr. WERLE, ob. cit en nota 14, p.635, nota 2.

³⁷ Ob. citada en nota 14, p.633, nota 2

información sobre esta correspondencia, lo que permite hacerse una idea de su contenido y de la decisiva participación que en su redacción tuvieron Mezger y Exner, quienes, según WERLE³⁸ recibieron además por su colaboración unos «honorarios de príncipe» («fürstliches Honorar»). Desgraciadamente este rico material no ha sido publicado hasta la fecha. Su publicación es tanto más urgente, cuanto constituye un instrumento importante para una mejor comprensión de las bases científicas en las que pretendía basarse el proyecto y de la Política Criminal diseñada por el régimen nacionalsocialista, con la ayuda y asesoramiento de dos penalistas y criminólogos, para acabar de manera radical y brutal con el problema de los asociales. En la segunda edición de mi libro sobre Edmund Mezger, se recoge una carta de MEZGER sobre la clasificación de los distintos grupos de asociales y delinquentes dirigidas al Dirigente Ministerial GRAU, recogida en el libro de Norbert FREI, y como Anexo la traducción del original escrito a máquina y firmado con firma claramente legible e inequívoca de una Carta-informe de Mezger dirigida al Dirigente Ministerial RIESTCH, en la que expone con bastante claridad y extensión sus principales puntos de vista sobre el texto del Proyecto que se le ha remitido.³⁹ Dicha Carta-informe —de por sí ya bastante reveladora de las bases científicas de ese Proyecto— no es más que una más de las muchas que escribió dando su opinión de especialista sobre el material que se le enviaba desde las instancias ministeriales.

Todo esto no era más que la consecuencia del programa «limpieza étnica» a través del Derecho Penal que MEZGER venía proponiendo ya desde el Prólogo a la primera edición de su «Kriminalpolitik», fechado el 15 de octubre de 1933, fecha en la que por cierto cumplía los cincuenta años: «la idea de la conformación racial del pueblo como un todo».

Pero más revelador aún de que las ideas científicas sobre las que se basaba el Proyecto sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad coincidían al pie de la letra con las de MEZGER, es un informe presentado por el mismo MEZGER en la Sesión de Trabajo de la Sociedad de Biología Criminal celebrada en Munich del 5 al 7 de octubre de 1937, publicado después como artículo en la Revista que editaba entonces esa sociedad en Graz (Austria), bajo el título: «¿Hasta qué punto pueden incluirse los asociales en las medidas esterilizadoras?»⁴⁰ Dicho informe, junto con los otros que se presentaron en dicha reunión (entre otros uno sobre el

³⁸ Lug. u. cit.

³⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger cit., p.146 ss.

⁴⁰ Cfr. MEZGER, Inwieweit werden durch sterilisierende Massnahmen Asozialen erfasst?, en: Mitteilungen der kriminalbiologischen Gessellschaft, tomo V, 1937, p.81 ss; cfr. sus conclusiones en p.96 s. Creo interesante destacar lo difícil que ha sido poder llegar a conseguir este trabajo. En las pocas bibliotecas alemanas donde se encontraba la Revista, faltaba precisamente el tomo o volumen V, de 1937, que había desaparecido misteriosamente de las estanterías, sin que nadie pudiera darme noticia de su paradero. Muchas personas que me han ayudado en esta búsqueda pueden corroborar estas dificultades. Finalmente tras una paciente búsqueda lo encontré, gracias a

pronóstico de la reincidencia elaborado por Franz EXNER), fue publicado en 1937, en el tomo V de dicha Revista. Curiosamente ese volumen ha desaparecido de casi todas las bibliotecas alemanas y no ha sido nada fácil de encontrar. Cuando se lee, se comprende por qué. En su artículo de 1937, MEZGER se pronuncia claramente a favor de la aplicación de las medidas esterilizadoras a los asociales, más allá incluso de lo que ya permitía la Ley para la prevención de enfermedades hereditarias de 1933, aunque no hubieran cometido delitos, pues, en todo caso, advierte, la mayoría de las veces se darán en ellos una deficiencia mental o un alcoholismo grave, en los que la Ley sí permitía dicha esterilización. Pero, para MEZGER, en el futuro deberán aplicarse las medidas esterilizadoras más allá de estos supuestos, para llevar a cabo una lucha más eficaz contra los asociales. Tales ideas son las que se utilizan posteriormente y casi literalmente para fundamentar el Proyecto de Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad, en cuya elaboración, como ya se ha dicho, MEZGER tuvo una participación muy importante. No se trata aquí, por tanto, de cartas e informes más o menos puntuales, aunque bien pagados, ni de una colaboración coyuntural más o menos interesada y condicionada por la situación que entonces se vivía, sino de un trabajo extenso de casi veinte páginas de apretada y pequeña letra, plagado de datos y estadísticas sacadas de los centros de esterilización, realizado en pleno apogeo del régimen nacionalsocialista, dos años antes de que comenzara la Guerra Mundial. En él MEZGER no sólo se manifiesta totalmente de acuerdo con las prácticas esterilizadoras que en ese momento se están llevando a cabo en los diversos centros de esterilización bávaros, sino que, como conclusión final, propone, con claridad y contundencia, la extensión de esa práctica esterilizadora a todos los asociales, aunque no sean delincuentes, más allá incluso de lo que permitía la legislación entonces vigente.

Pero no se trata ahora de insistir más en la participación más que comprobada de MEZGER en el Proyecto, que tan bien reflejaba su ideología y sus opiniones «científicas» sobre cómo había que tratar a los asociales. De esto ya me he ocupado en la segunda edición de mi libro sobre Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Lo que importa destacar aquí es hasta qué punto está justificado, tanto por lo que se refiere a MEZGER o a EXNER, como a otros muchos criminólogos y penalistas que asesoraban al régimen nacionalsocialista en su política de exterminio de los asociales, el subtítulo del artículo de REHBEIN «Una ciencia fundamenta la barbarie», y que en absoluto parezca exagerada la afirmación de

la ayuda del Dr. Scholz del Max-Planck Institut für Rechtsgeschichte de Frankfurt am Main, en la Biblioteca General de la Universidad de Marburg, y pude fotocopiarlo. También gracias a la ayuda de la profesora Kanako Takayama, de la Universidad Seijo de Tokio, conseguí una fotocopia de dicho artículo; el volumen se encontraba en la Facultad de Medicina de la Universidad Keio de Tokio. Efectivamente, como ya se podía deducir de su título, en este trabajo se encuentra todo un programa para la esterilización de asociales, que después se introdujo en el Proyecto de Ley que aquí comentamos.

este autor de que Mezger era «el jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista.»⁴¹ Por eso, no se entiende muy bien que este dato, absolutamente irrefutable, haya no sólo provocado las iras de algún penalista español sin duda mal informado sobre el pasado nacionalsocialista de MEZGER,⁴² sino principalmente que haya sido ignorado oficialmente por el «establishment» de la Dogmática jurídicopenal alemana, ninguno de cuyos más cualificados representantes ha hecho hasta la fecha alusión alguna a ese pasado nacionalsocialista tan evidente de Edmund Mezger y a su intervención en el citado Proyecto. Y todavía menos se entiende que la única reacción al trabajo de REHBEIN haya sido en un cualificado representante de la Criminología oficial alemana una reacción de indignación, que parece cuanto menos hipócrita o, en todo caso, carente de fundamento a la vista de los datos que ya REHBEIN aportaba y que aquí no sólo se corroboran, sino que se complementan con otros aún más reveladores. Así, por ejemplo, KAISER en la 3ª edición de su Tratado de Criminología,⁴³ rechaza expresamente esta opinión de REHBEIN, seguida también por Monika FROMMEL, y dice que el papel que jugó Mezger en la Criminología de aquella época fue un papel secundario o de segundo orden. Desde luego, a la vista de las pruebas que aquí se aportan, de las muchas citas y opiniones de Mezger afines a la ideología nacionalsocialista ya indicadas por numerosos autores, y de su importante contribución, junto con Exner, a la redacción de uno de los textos legales más representativos de esa ideología, lo único que se puede decir es que o KAISER está mal informado (lo que parece imperdonable en un autor generalmente tan bien informado como él, y más tratándose de un dato tan importante para la historia de la Criminología alemana), o que, si lo conoce, no parece darle mucha importancia («cosas de chiquillos», «peccata minuta»). Y no deja de sorprender aún más tal actitud, si se tiene en cuenta el dato evidente y difícilmente discutible de que la «Kriminalpolitik» de Mezger, es decir, su Manual de Criminología, tuvo tres ediciones en apenas diez años, entre 1934 y 1944, mientras que el Tratado de Derecho Penal no tuvo ninguna en todo ese tiempo.⁴⁴

Pero este silencio acerca del Proyecto sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad y los principales responsables del mismo, no afecta sólo a los penalistas, también ha sido prácticamente ignorado por los historiadores del Nacionalsocialismo. JELLONEK explica el silencio de los historiadores alemanes

⁴¹ Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im Nazionalsozialistischen Rechtssystem. Eine Wissenschaft begründet die Barbarei, en Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1987, p.193 s.

⁴² Véase COBO/QUINTANAR, Selección de casos prácticos de Derecho penal, con introducción y consejos para su resolución por Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; y mi respuesta a los mismos en la 2ª ed. de mi libro, Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, p.97 ss.

⁴³ Kriminologie, ein Lehrbuch, 3ª ed., 1996, p.132, nota 26

⁴⁴ Sobre la importancia de MEZGER en la configuración de una Criminología de cuño nacionalsocialista, véase también DÜRKOP, Zur Funktion der Kriminologie im Nazionalsozialismus, en Reiner/Sonnen (edit.); Stafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984, p.97 ss.

sobre este Proyecto, «*porque no llegó a entrar en vigor, y seguramente también porque en la Alemania de la posguerra poco Estado se podía hacer con los grupos afectados por el Proyecto, los asociales, los Sinti y Roma (gitanos), etc.*»⁴⁵ Desde luego, políticamente eran mucho más interesantes resaltar otro tipo de brutalidades y excesos del régimen nazi, como los cometidos con los judíos. ¿A quien le preocupaba en aquel momento la suerte que podían haber corrido unos pocos miles de marginados sociales, homosexuales, vagos y maleantes? Pero no deja de ser un escándalo que sesenta años después aún siga siendo prácticamente desconocido (o silenciado), tanto por los penalistas, como por los historiadores, un texto que de una forma clara y contundente refleja una determinada Política Criminal y unas concepciones criminológicas y también jurídicas, que por mucho que ahora disgusten, gozaron de gran predicamento en aquella época (y no sólo entre los penalistas y criminólogos afines al nacionalsocialismo alemán o al fascismo italiano). Y que además ha constituido la clave de un sistema dualista o de doble vía, en el que las medidas de seguridad, pre o posdelictuales, con su duración indeterminada y sin más límites que el pronóstico de peligrosidad y las perspectivas de corrección y curación del peligroso, permitía todos los excesos y extralimitaciones del poder punitivo del Estado, que no se permitían con el sistema de penas, mucho más limitado por el principio de legalidad, seguridad y certeza jurídica, proporcionalidad o culpabilidad.⁴⁶ Y mucho más escandaloso es todavía que tampoco se mencione la decisiva participación que tuvo un penalista tan importante como Edmund MEZGER en su elaboración, así como sus opiniones, claramente manifestadas durante todos aquellos años en diversas publicaciones, a favor de ese tipo de medidas. A la vista de los datos que aquí y en otros trabajos anteriores se indican, habrá que decir de ahora en adelante que el gran penalista Edmund MEZGER tenía también otras aficiones, además del cultivo de la dogmática jurídicopenal; que era mitad dogmático, mitad criminólogo, pero, en todo caso, completamente nazi.

Pero más que este afán de clarificación de las bases ideológicas del sistema de reacción social frente al delito del nacionalsocialismo y el descubrimiento, por más que le pese a más de uno, del vergonzoso colaboracionismo con la política criminal y la criminología nacionalsocialista de algún prestigioso dogmático del Derecho penal, lo que más me mueve a sacar a la luz y a publicar por primera vez de forma completa este casi desconocido texto tan representativo de la ideología nacionalsocialista, es el trágico destino de miles de seres humanos, a los que se exterminó, sin piedad, con unas leyes genocidas asesoradas por importantes científicos y penalistas, que tanto entonces como después, gozaron del máximo prestigio, respeto y autoridad en sus respectivas materias.

⁴⁵ JELLONEK, ob. citada en nota 14, p.162, nota 114.

⁴⁶ Respecto a este problema, cfr. mis diversos trabajos, en parte sintetizados en MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, Jerez 1985 (reimpresión, Bogotá 2000); y también MUÑOZ CONDE/HASSEMER, Introducción a la Criminología, citado en nota 3, p.368 ss.

Cuando se lee, por ejemplo, en la recopilación de materiales que recoge AYASS, el documento n°159,⁴⁷ que seguidamente se transcribe, con el que termina la recopilación de materiales sobre el Proyecto sobre extraños a la comunidad que dicho autor publica, queda claro que las personas que intervinieron en la elaboración de este Proyecto no sólo eran unos fanáticos racistas, sino que mostraban una insensibilidad humana que, desde luego, los inhabilitaba para cualquier actividad, teórica o práctica, que tuviera que ver con el Derecho penal. Ello explica que se utilizaran como prueba de la brutalidad e inhumanidad del régimen nacionalsocialista en los Juicios de Núremberg. Que alguno de sus principales responsables resultara luego absuelto o que en la situación de Guerra Fría los juicios se suspendieran por razones políticas y no se pronunciaran sentencias condenatorias volviendo los principales acusados a ocupar sus cargos, cátedras, empleos públicos, etc. Nada de esto debe hacernos olvidar lo que entonces sucedió y quienes fueron los protagonistas y principales responsables —ya hubiesen sido intelectuales o ideológicos— de tales atrocidades.

Dice así este documento, que seguidamente traduzco:

**PROTOCOLO DE UNA SESIÓN DE FUNCIONARIOS DEL
MINISTERIO DE JUSTICIA CON FISCALES DE LA FISCALÍA
GENERAL DE BAVIERA**
(Bamberg, 16 noviembre 1944)

*Archivo del Institut für Zeitgeschichte, München, MA 1563/20, Nürnberg
Dokument NG 1546 (escrito a máquina)*

(Los reclusos con deformidades corporales deben ser ejecutados; las fotos de dichos reclusos deben ser exhibidas en un Museo)

(..)

2. Museo de reclusos extremadamente asociales

En las diversas visitas a los centros penitenciarios siempre llaman la atención reclusos, que por su configuración corporal no merecen el nombre de persona; parecen abortos del infierno. Sería deseable que se obtuvieran

⁴⁷ Cfr. AYASS, «Gemeinschaftsfremde» citado en nota 8, p.382. En dicha sesión participaron, según AYASS: El director de la sección V del Ministerio de Justicia Karl Engert; Consejero gubernamental Bohto Sommermeyer, del Ministerio de Justicia, Fiscal General Arthur Helm (München); Fiscal General Hans Steuer (Bamberg), Presidente de Sección de la Audiencia Antón Döring (Nürnberg); Fiscal Jefe Franz Johann Bleicher (Bamberg); Fiscal General Otto Kahl (Bamberg). Probablemente todos ellos, convenientemente depurados y desnazificados, siguieron luego ocupando los mismos puestos durante muchos años.

fotos de esos reclusos. En todo caso debe ponderarse su eliminación, independientemente del delito o de la pena. Sólo deben hacerse fotografías de los reclusos que muestren de forma específica la malformación.

(...)

Creo que lo dicho hasta aquí y la documentación aportada sobre el Proyecto sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad y su exposición de motivos que abajo se transcriben, es suficiente para demostrar hasta qué punto se pueden utilizar los instrumentos sancionatorios de que dispone el moderno Derecho Penal, para cometer las mayores aberraciones y violaciones de los derechos humanos más elementales. Ojalá que este trabajo pueda ayudar también a cuestionar la aparente neutralidad de cualquier actividad teórica o práctica, sea la Dogmática jurídicopenal, sea la Criminología, que tenga como objeto algo tan poco neutral e inofensivo como es el Derecho que decide qué comportamientos deben ser considerados delitos, y las penas u otras sanciones similares que deben ser aplicadas a los autores de los mismos (o puedan llegar a serlo en el futuro). Pensar que ello se hace «l'art pour l'art», sin ninguna ideología que lo sustente, es ignorar una realidad que a veces puede llegar a ser tan trágica y brutal como la que padecieron las miles y miles de personas que tuvieron que soportar en sus propias carnes y pagar con su propia vida las fantasías biológico-racistas de algún famoso dogmático penalista, dedicado en sus ratos libres a hacer de «aprendiz de brujo» criminólogo.

Y para que cada uno saque las conclusiones que les parezcan oportunas, paso, sin más preámbulos, a transcribir el Proyecto de Ley aquí comentado, con su Exposición de Motivos.⁴⁸

APÉNDICE: TEXTO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL TRATAMIENTO DE EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD EN SU VERSIÓN DE 17.3 1944.

«Para asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles

⁴⁸ Este texto y la fundamentación que lo acompaña se encuentra recogido en Wolfgang AYASS; «Gemeinschaftsfremde» citado en nota 8, de donde lo traduzco (cfr. documento n°153: Escrito del jefe de escuadra de las SS al dirigente ministerial Grau, p.366 ss: El documento original se encuentra en el Archivo Federal 22/94, fol.224). En la página 360, en la nota 2, AYASS advierte que desde 1943 hasta marzo de 1944 se sucedieron hasta 17 versiones diferentes; algunas de ellas, como la de 9 agosto 1943, se recoge también en la edición de AYASS, como documento n° 149, correspondiente al BArch R 18/3386. Esta versión se recoge también en HIRSCH/MAJER/ MEINCH (edit.), Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Colonia 1984, p.536 s. La Fundamentación que acompaña al texto que aquí se transcribe, se encuentra también en Norbert FREI, Der Führerstaat, citado en nota 24, p.250 ss. En la edición de AYASS se recoge también el Reglamento de aplicación de dicho Proyecto, que carece de interés para nuestro trabajo.

o no puedan seguir dañando a la comunidad del pueblo, el Gobierno del Reich ha aprobado la siguiente ley, que aquí se promulga:

Artículo I. Extraños a la comunidad

§1

Es extraño a la comunidad:

1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo,

2. Quien

- a) por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o por dependencia o inclinación a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, o*
- b) por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad, o*

3. Quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves (delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia).

Artículo II. Medidas policiales contra los extraños a la comunidad

§2

- (1) Los extraños a la comunidad serán vigilados por la Policía.*
- (2) Si las medidas de vigilancia no fueran suficientes, la Policía enviará los extraños a la comunidad a los centros asistenciales comarcales.*
- (3) Si la persona de un extraño a la comunidad requiriera un control más enérgico del que fuera posible en los establecimientos de los centros asistenciales comarcales, la Policía lo internará en un campamento.*

§3

- (1) Los centros comarcales de asistencia internarán en los establecimientos apropiados a su propia costa a los extraños a la comunidad que les haya remitido la Policía. Esta función se llevará a cabo como una función estatal.*
- (2) El Ministro del Interior determinará los establecimientos que deben ser considerados adecuados.*

- (3) *Los gastos ocasionados a los centros asistenciales comarcales por la construcción de establecimientos de nueva planta o por la ampliación de los ya existentes serán sufragados en su mitad por el Estado.*

§4

El extraño a la comunidad deberá pagar los gastos de su internamiento.

§5

- (1) *Los Tribunales decidirán las medidas que sean necesarias aplicar a los extraños a la comunidad que hayan cometido acciones punibles. Juntamente con ellas podrán aplicarse medidas de vigilancia policial.*
- (2) *La Policía informará a las autoridades encargadas de la persecución penal de acuerdo con lo previsto en las normas del Derecho procesal penal.*

Artículo III. Medidas jurídicopenales contra los extraños a la comunidad

§6

- (1) *Quien por repetida manifestación criminal, así como por cualquier otra forma de conducción de vida y por su personalidad revele una dependencia a hechos punibles graves, será castigado como delincuente enemigo de la comunidad a una pena de reclusión por tiempo indeterminado, en tanto no sea aplicable otra pena más grave o el sujeto deba ser entregado a la Policía. El Juez determinará en la condena la duración mínima de la reclusión, que no podrá ser inferior a cinco años.*
- (2) *El delincuente enemigo de la comunidad será condenado a la pena de muerte, si así lo requiere la protección de la comunidad del pueblo o la necesidad de una expiación justa.*
- (3) *Si el Juez llega al convencimiento, de que del delincuente enemigo de la comunidad no puede esperarse su inserción en la comunidad del pueblo, lo pondrá como incorregible a disposición de la Policía.*

§7

- (1) *Quien por repetida manifestación criminal, así como por cualquier otra forma de conducción de vida y por su personalidad revele una tendencia a hechos punibles graves, será condenado como delincuente por tendencia a una pena de prisión por tiempo indeterminado, o, si es aconsejable la imposición de una pena de reclusión, a una pena de reclusión por tiempo indeterminado, en tanto no sea aplicable una pena más grave.*
- (2) *El Juez determinará en la condena la duración mínima de la privación de libertad, que no podrá ser inferior a un año.*

§8

- (1) *Si el funcionario judicial llega al convencimiento durante la ejecución de la pena indeterminada de que un delincuente enemigo de la comunidad o por tendencia no puede insertarse en la comunidad del pueblo, lo pondrá como incorregible a disposición de la policía.*
- (2) *Si el condenado a una pena indeterminada no puede ser puesto en libertad tras haber cumplido ocho años de la pena, será puesto como incorregible a disposición de la Policía. Esta disposición no es aplicable si el condenado aún no ha cumplido los treinta y cinco años. EL Ministro de Justicia podrá hacer alguna excepción.*

§9

- (1) *Quién por una actitud de rechazo al trabajo o disoluta, muestra una dependencia o tendencia a la mendicidad o al vagabundaje, al trabajo ocasional, a la realización de pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales, será remitido por el Juez a la Policía.*
- (2) *Quien por su carácter asocial o pendenciero perturba continuamente la paz de la generalidad con insultos u otros delitos menos graves, será igualmente por el Juez puesto a disposición de la Policía.*

§10

- (1) *Si un hombre por repetidos ataques a la moral, así como por su personalidad revela una dependencia o una tendencia a tales hechos, el Juez decretará junto con la pena o su puesta a disposición de la Policía la castración del delincuente contra la moral, si la seguridad pública así lo exige.*
- (2) *Se entenderá como ataque a la moral que motive la castración: la coacción a acciones deshonestas, el ultraje, los abusos deshonestos con menores, los actos deshonestos intimidatorios, los actos deshonestos entre hombres, las acciones deshonestas realizadas públicamente, y el homicidio, las lesiones y el maltrato de animales motivados por placer sexual, así como la embriaguez plena, cuando en dicho estado se realiza uno de estos hechos.*
- (3) *El Juez podrá decretar autónomamente la castración, si el autor de los hechos mencionados en el apartado anterior no puede ser castigado o sometido a juicio por encontrarse en el momento de su comisión en estado de inimputabilidad no sólo transitorio.*

- (4) *La castración no será aplicable, si el autor no ha cumplido los veintiún años.*

Artículo IV. Esterilización

§11

- (1) *Los extraños a la comunidad de los que puede esperarse una herencia indeseable para la comunidad del pueblo, serán esterilizados.*
- (2) *En la ejecución de esta medida serán aplicables conforme a su sentido los preceptos correspondientes de la Ley para la prevención de patologías hereditarias de 14 julio de 1933 (Boletín Oficial I, p.529) y demás disposiciones que en su momento la complementen.*

Artículo V. Menores extraños a la comunidad

§12

- (1) *Las medidas policiales previstas en esta Ley sólo serán aplicables a los menores, cuando de acuerdo con la declaración del funcionario encargado de su educación no parezca previsible su inserción en la comunidad del pueblo con los medios de ayuda a la juventud.*
- (2) *No será precisa la declaración del educador en el caso de los menores que según los parágrafos 6, 8 o 9 o el 13 deban ser puestos a disposición de la Policía.*
- (3) *Los menores que deban ser internados en un campo de trabajo de la Policía, serán internados en un campo de trabajo de protección a la juventud.*

§13

- (1) *Los jóvenes sólo serán condenados a una pena indeterminada conforme a los preceptos de la Justicia juvenil.*
- (2) *Si el funcionario competente durante la ejecución de la pena indeterminada impuesta a un joven llega al convencimiento de que no es esperable que el condenado se reinserte en la comunidad del pueblo, lo remitirá a la policía, una vez que haya cumplido el límite mínimo de la pena impuesta.*
- (3) *Del mismo modo procederá, si una vez que el joven ha cumplido la pena determinada o indeterminada que se le impuso, llega al convencimiento de que es previsible que no sea esperable su inserción en la comunidad popular.*

*Artículo VI. Disposiciones Finales**§14*

- (1) La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1945, y se aplicará también en los Territorios del Este. En las Regiones de los Alpes y del Danubio se determinará el momento de su entrada en vigor por el Ministro del Interior de acuerdo con el Ministro de Justicia.*
- (2) El Ministro del Interior, el Ministro de Justicia y el Jefe del Comando Superior del Ejército dictarán las disposiciones jurídicas y administrativas necesarias para la aplicación y complemento de esta Ley también en el ámbito del Derecho civil de acuerdo con los Ministros afectados y el Jefe de la Juventud del Imperio Alemán.*
- (3) Se autoriza a los funcionarios imperiales competentes a adaptar las leyes que requieran de alguna modificación como consecuencia de esta Ley, prescindir de preceptos en desuso, eliminar discordancias, realizar cambios en la redacción y promulgar las respectivas leyes en nueva serie en el Boletín Oficial del Reich.*

Exposición de Motivos:

La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (Sippen) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad. Llevan una vida extraña a la idea de comunidad, carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad (Gemeinschaftsfremde).

Constituye una antigua exigencia de las instituciones encargadas del cuidado público, vigilar de forma coactiva a estos elementos extraños a la comunidad (asociales), que como consecuencia de su incapacidad para integrarse en la comunidad, constituyen una continua carga para la generalidad. Hasta hora el Derecho de asistencia social sólo conoce el control de los que muestran necesidad de ayuda o se someten voluntariamente a ella. Pero el orden social requiere una base jurídica para poder controlar coactivamente de manera suficiente a estos extraños a la comunidad más allá de las posibilidades que ofrece el Derecho de asistencia.

Los gobiernos de la época sistemática (Systemzeit) fracasaron frente a estos extraños a la comunidad. No utilizaron los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal para fundamentar una sana política asistencial y criminal. Como consecuencia de su ideología liberal sólo vieron siempre los «derechos» del individuo y pensaban más en su protección frente a las manifestaciones del poder estatal que en la utilidad de la generalidad. Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto, cuando se trata de la comunidad.

De este principio nacieron las medidas que para la lucha preventiva contra la delincuencia fueron introducidas contra los extraños a la comunidad por la Policía del Reich tras la toma del poder, en base al Derecho policial nacionalsocialista que se estaba desarrollando. Para ello se impuso la idea de que el tratamiento de los extraños a la comunidad no pertenece tanto al ámbito de la asistencia como al de la policía. En la concepción nacionalsocialista la asistencia sólo puede favorecer a los ciudadanos que la precisan y que también son dignos de ella. Pero para los extraños a la comunidad, que sólo producen daño a la comunidad del pueblo, no es necesaria la asistencia, sino la coacción policial que pretende, o recuperarlos con las medidas adecuadas, o evitar que produzcan nuevos daños en el futuro. El fundamento de ello es la protección de la comunidad. El Proyecto de Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad pretende cumplir estas exigencias, acogiendo las medidas policiales ya existentes y dándoles una nueva configuración, creando además adicionalmente nuevas bases jurídicas para las decisiones judiciales, tanto para los casos en que los extraños a la comunidad cometan delitos, como para los casos en que sea necesario su esterilización, cuando quepa esperar que puedan tener una descendencia indeseable para la comunidad popular.

De acuerdo con los conocimientos que brindan la teoría de la herencia y la biología criminal, la ley califica como extraños a la comunidad:

- 1) El grupo de los fracasados, personas, que por su personalidad y su forma de vida, especialmente como consecuencia de defectos extraordinarios de su inteligencia o de su carácter, se puede deducir que no están en condiciones de cumplir satisfactoriamente con su propio esfuerzo las mínimas exigencias de la comunidad popular,
- 2) El grupo de los refractarios al trabajo y de los que llevan una vida desordenada, personas que, o bien son pillos o parásitos que llevan una vida inútil, improductiva o desordenada, y molestan o ponen en peligro a otros o a la generalidad, o bien son pillos que muestran tendencias a la mendicidad, a la vagancia, a trabajos ambulantes, a cometer hurtos, estafas u otras clases de pequeños delitos. En este grupo se pueden también incluir aquellas personas de mal carácter o pendencieras que repetidamente

alteran la paz de otros o de la generalidad, y que, por eso, son calificados en este Proyecto como perturbadores de la paz (Storenfriede).

- 3) *El grupo de los delincuentes, personas, que de su personalidad y forma de vida se puede deducir que tienden a la comisión de delitos.*

Para asegurar que estos extraños a la comunidad, que con su conducta producen daños a la comunidad del pueblo, puedan ser recuperados para la comunidad o, cuando esto no sea posible, impedir con la coacción estatal que puedan provocar más daños, el Proyecto prevé, en primer lugar, para los extraños a la comunidad que no han cometido delito, medidas policiales. Para ello se piensa en primera línea en la vigilancia policial, una vigilancia que se entiende con imposición de especiales tareas, mandatos y prohibiciones. Cuando estas medidas de vigilancia no sean suficientes, el Proyecto crea la base jurídica para que estos extraños a la comunidad sean internados en centros públicos de asistencia. Pero si tampoco este internamiento fuera suficiente, el extraño a la comunidad será internado en un campo de concentración (Lager) de la policía. Con ello se acoge la idea de control desarrollada en el Derecho asistencial también en el ámbito de la protección preventiva de la comunidad.

Especial importancia se atribuye a la lucha contra el extraño a la comunidad que cometa un delito. La ley regula para ellos junto al tratamiento policial de los extraños a la comunidad también el tratamiento judicial de este tipo de sujetos. La misión de recuperar para la comunidad como miembros útiles a los extraños a la comunidad que cometen delitos, no corresponde a la policía, sino a los funcionarios de la Administración de Justicia, igual que su inocuización, cuando ello sea posible con la pena y su ejecución.

La pena para estos extraños a la comunidad que cometen delitos no puede consistir, por tanto, exclusivamente en el castigo de sus delitos, sino que debe servir preponderantemente a la resocialización y corresponder a la peculiaridad del extraño a la comunidad criminal. Pero cómo no se puede predecir con antelación cuanto tiempo será necesario para influir en estos extraños a la comunidad criminales conforme a sus peculiaridades hereditarias y biológicoconstitucionales de forma lo suficientemente permanente como para que no sigan siendo un peligro o una carga para la comunidad del pueblo, la pena que se le imponga deberá ser de duración indeterminada.

El Proyecto pone, por consiguiente, a disposición de la policía la privación de libertad por tiempo indeterminado, y a disposición de los tribunales la condena indeterminada, lo que constituye un arma que va más allá de lo que permite la Ley del delincuente habitual de 24.11. 1933 y que hace ya tiempo viene siendo reclamada por la Ciencia del Derecho Penal y la Biología Criminal.

La pena indeterminada no sólo tiene la ventaja frente a la pena determinada de que puede adaptarse en la prisión a la evolución moral y espiritual del condenado, sino también la de que incide mucho más enérgicamente en el condenado: no le permite pasarse el tiempo de la pena más o menos sin hacer nada, sino que lo sacude y le fuerza al trabajo en sí mismo, para, con su conversión interior, merecer la salida en libertad del establecimiento.

En concreto, el Proyecto distingue entre los delincuentes, que por su forma de vida y su personalidad reflejan una fuerte tendencia a la comisión de graves delitos, y otros, que manifiestan una tendencia mucho menor a cometer delitos de cualquier clase. Para los primeros, se prevé que el límite mínimo de la pena indeterminada sea de 5 años de reclusión; para los segundos, la pena será, según la importancia de sus delitos, reclusión o prisión no inferior a un año.

El Juez debe, desde un principio, separar a los delincuentes incorregibles y remitirlos a la policía, que es a quien corresponde el cumplimiento de la misión de proteger a la comunidad del pueblo de estos elementos. Para ello se declaran personas de menor derecho y, en base a su constitución de menor valor, se les impone un tratamiento que esencialmente está dirigido a su aseguramiento. El Proyecto prevé también la remisión a la Policía de los vagabundos, mendigos habituales y otros tipos de pillos que son más molestos que dañinos. La razón de esto es que este grupo de extraños a la comunidad están más próximos al grupo de los parásitos, en la medida en que en ambos la causa de su conducta debe buscarse en su carácter desordenado y refractario al trabajo; por tanto, es adecuado aplicar el mismo tratamiento a ambos grupos. Los delincuentes por inclinación o tendencia, en cambio, de los que puede esperarse mejora y conversión interna tras una enérgica reeducación laboral, deben someterse a un ensayo resocializador en los establecimientos penales. Si el ensayo fracasa, el Proyecto faculta y obliga a los responsables del sistema penitenciario, para remitir estos condenados a la Policía. Esta regulación del tratamiento de los extraños a la comunidad que han cometido delitos significa una importante reformulación del Derecho penal, que es, no obstante, urgentemente necesaria: renunciar a la doble vía (pena y medida adicional de internamiento de seguridad) a favor de la correspondiente pena educativa, reconociendo que la pura seguridad es una tarea que corresponde a la policía.

Por último, el Proyecto extiende la castración prevista en el Derecho vigente para los delincuentes sexuales también a las personas con tendencias a la deshonestidad homosexual. La reciente experiencia médica enseña que la castración es también un arma eficaz contra estas personas.

En el caso de los menores, debe tenerse en cuenta la circunstancia que para su educación en primera línea está disponible la medida educativa de la asistencia pública a los jóvenes, es decir, la educación asistencial y la vigilancia protectora, y para los que hayan ya cometido delito la ejecución de la pena específica para jóvenes. Contra los menores sólo pueden, por

tanto, admitirse las medidas de carácter policial previstas en la Ley, cuando tras la declaración de los funcionarios encargados de la educación se pueda presumir que no será posible la inserción en la comunidad del pueblo con los medios de la asistencia pública para los menores. Los jóvenes sólo deben ser condenados a una pena indeterminada cuando se den los presupuestos de la Ordenanza contra los jóvenes delincuentes que cometen graves delitos de 4.10.1939, RGBI.I p.2000, o de la Ordenanza sobre condena indeterminada de los jóvenes de 10.9.1941, RGBI.I, p.567.

Los extraños a la comunidad, especialmente los fracasados y los pillos, pertenecen frecuentemente a las raleas, de las que todos o algunos de sus miembros ocupan continuamente a la Policía y los Tribunales o molestan a la comunidad del pueblo. El Proyecto posibilita, por tanto, esterilizar a los extraños a la comunidad, cuando sea esperable que tengan una descendencia indeseable. Serán los Tribunales de la Salud de la Herencia los encargados de decidir cuando es esperable una descendencia indeseable de un extraño a la comunidad.

La ejecución de la Ley en detalle será regulada a través de las ordenanzas ejecutivas de los respectivos Ministerios intervinientes.