

Copia privada para fines
exclusivamente educacionales.
Prohibida su venta

EDMUND MEZGER Y EL DERECHO PENAL DE SU TIEMPO

*Estudios sobre el Derecho penal
en el Nacionalsocialismo*

4^a edición, revisada y ampliada

Francisco Muñoz Conde



h
TEORÍA

Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo

*Estudios sobre el Derecho penal
en el Nacionalsocialismo*

Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo

*Estudios sobre el Derecho penal
en el Nacionalsocialismo*

4^a edición, revisada y ampliada

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

tirant lo blanx

Valencia, 2003

Copyright ® 2003

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

© FRANCISCO MUÑOZ CONDE

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@vlc.servicom.es
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V - 4197 - 2003
I.S.B.N.: 84 - 8442 - 933 - 4
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc

*A la memoria de mi padre,
Antonio Muñoz Conde, a quien
seguramente le habría gustado
leer este libro.*

*A Winfried Hassemer,
por su amistad.*

*A la Fundación Alexander
Von Humboldt,
por su generoso Premio.*

Prólogo a la 4^a edición

Con gran satisfacción escribo el prólogo para esta 4.^a edición apenas trascurridos 10 meses desde la aparición de la anterior. Cuando hace ya más de veinte años empecé a estudiar el pasado de uno de los principales representantes de la Dogmática jurídico penal alemana de la primera mitad del siglo XX, lo hice con las reservas de que algo tan abstracto y ajeno a la praxis diaria del Derecho penal pudiera interesar más allá de a un sector minoritario, y de que una elaboración del Derecho penal tan racional, fría y lógica como la dogmática pudiera tener alguna connotación ideológica con algún régimen político determinado, tanto más si éste era nada más y nada menos que el nacionalsocialismo que dominó Alemania entre 1933 y 1945. Sin embargo, pronto intuí que un penalista tan relevante como Edmund Mezger, con cincuenta años apenas cumplidos y en pleno apogeo de su fama cuando Hitler llegó al poder, no podía quedar totalmente al margen de aquella corriente que inundó y se apoderó de Alemania y de sus instituciones, incluida la Universidad. Confieso que nunca creí que fuera a encontrar algo más que alguna frase o incluso algún trabajo coyuntural marcado por el signo de la época y trufado de la ideología nazi, pero más movido por la moda o por el oportunismo, que por el convencimiento ideológico y el decidido colaboracionismo con aquel régimen criminal. Las dudas fueron poco a poco disipándose cuando empecé a descubrir, primero con una lectura detenida de los textos que escribió en esa época, y luego con el hallazgo en Archivos y Bibliotecas de documentos apenas conocidos o incluso totalmente desconocidos, y, en todo caso, inéditos, quién era y qué cosas hacía el que prácticamente hasta ese momento había sido considerado sólo como un gran jurista. Mi sorpresa, primero, y mi indignación, después, no sólo surgieron ante

la barbarie contenida en los textos y documentos que iba descubriendo, que realmente ponían los pelos de punta a cualquier persona, jurista o no, medianamente sensible, sino por el hecho, a mi juicio también muy grave, de que durante cincuenta años se hubiesen mantenido ocultos por quienes seguramente los conocían y tenían la obligación de darlos a conocer a los demás. No quiero hacer juicios de valor sobre nadie, ni sobre las razones que pudieran explicar (nunca justificar) ese silencio, pero no cabe duda de que el mismo es la mejor prueba de que lo que se ocultaba era algo horrible.

Pero ha bastado sacar, al principio, algunos datos, y luego muchos más del baúl de los recuerdos, para que se hayan echado encima como perros de una misma jauría algunos que creían que con sus amenazas me iban amedrentar o que con sus injurias y calumnias iban a poder desprestigar el trabajo de recuperación de la memoria que decididamente había ya emprendido. Que pretendieran defender a un nazi con métodos de esa índole, era por lo demás algo que cabía esperar y no ha sido ninguna sorpresa ni para mí ni para muchos de los que conocen la catadura de esos personajes. Pero no cabe duda de que algunas respuestas puntuales, a veces contundentes, que tuve que dar para defenderme legítimamente de una campaña sin precedentes de brutales y zafios insultos, falsas imputaciones de plagio e incluso descalificaciones morales de carácter personal, lastraron algunos capítulos de ediciones anteriores. Por eso, en esta edición he prescindido de toda referencia, directa o indirecta, a tales sujetos, que no merecen siquiera la consideración de interlocutores, y me he concentrado en la aportación de nuevos datos y documentos que, de momento, dejan a nuestro personaje en la primavera de 1944 a las puertas del campo de concentración de Dachau, dispuesto a observar con sus propios ojos “a los tipos de sujetos” que se encontraban allí. Más adelante ya veremos hasta dónde nos lleva la investigación emprendida.

Agradezco una vez más a todas las personas e instituciones que me han ayudado, de un modo u otro, en estos tres últimos años en

la realización de este trabajo. A las ya citadas nominalmente en anteriores ediciones, pero también y sobre todo a los funcionarios y empleados del Bundesarchiv Berlín, del Stadtarchiv de Mühlhausen en Thuringia, del Sächsisches Hauptstaatsarchiv de Dresden, del archivo del Gedenkstätte del campo de concentración de Dachau, y del Staatsarchiv de Múnich, que de forma anónima y con ejemplar eficacia me ayudaron en la búsqueda del material documental. A los amigos y colegas que me han enviado fotocopias de trabajos y libros no siempre fácilmente localizables en las Bibliotecas, y a los que me han animado con sus cartas y felicitaciones y sus elogiosas recensiones. A los que han realizado traducciones totales o parciales de esta obra a otros idiomas: A Paulo Busato, por su excelente traducción portuguesa; a Inga Thulfaut y a Moritz Vormbaum por la versión alemana de algunos capítulos; a Luigi Foffani y a María José Pifarré por la versión que preparan al italiano. Y también a Juan Carlos Ferré y a Edgardo Donna, que han publicado con toda rapidez en las respectivas Revistas de Derecho penal que dirigen en Salamanca y Buenos Aires algunos de los capítulos de este libro, antes incluso de que se incluyeran en él, y al Prof. Dr. Thomas Vormbaum por su esfuerzo en hacer traducir al alemán y publicar en el prestigioso Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte que dirige, los capítulos más impactantes y, sin duda, reveladores de la personalidad del penalista aquí estudiado y del Derecho penal de su tiempo. Agradezco finalmente una vez más a mi compañera del área de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Juana Del Carpio Delgado, su trabajo de coordinación y corrección, así como sus valiosas sugerencias; y a Salvador Vives por la prioridad que siempre le ha dado a la publicación de este libro en sus diversas ediciones, anteponiéndola incluso a la de otras obras probablemente más rentables desde el punto de vista editorial.

Sevilla-México D.F., julio de 2003

Francisco Muñoz Conde

Prólogo a la 3^a edición

De nuevo, en menos de un año, se hace necesaria una nueva edición de este libro. Investigar el pasado de Edmund Mezger entre 1933 y 1945 ha sido como destapar la “caja de Pandora”, y descubrir el lado oscuro, la “otra cara” de un autor que hasta ahora había sido únicamente conocido por ser uno de los mejores y más cualificados representantes de la Dogmática jurídica penal alemana del siglo XX, pero cuyo pasado como uno de los juristas y criminólogos más importantes del régimen nacionalsocialista, había permanecido inexplicablemente oculto durante más de cincuenta años.

La torpe reacción, babeante y pretendidamente descalificadora, de algunos fervorosos partidarios de Mezger, a los que esta vez les hago el favor de ni siquiera mencionarlos, me llevaron a añadir a la segunda edición un Apéndice con una serie de textos, citas y documentos, que demostraban claramente lo que ya de un modo más discreto quedaba patente en la primera edición: que Edmund Mezger fue uno de los más destacados penalistas y criminólogos universitarios alemanes que pusieron su saber, su prestigio y su poder al servicio del régimen nacionalsocialista y de uno de sus Proyectos jurídicos más abyectos y criminales.

A partir de ahí y siguiendo la misma línea de investigación, llegué a descubrir en las Bibliotecas y Archivos oficiales alemanes diversos textos, artículos y documentos de Edmund Mezger que no sólo demostraban y confirmaban lo que acabo de decir, sino que, al mismo tiempo, eran eminentemente representativos de la forma en que se concibió y aplicó el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. Por tanto, no se trataba ya de investigar el turbio pasado de este famoso penalista, sino de utilizar esta investigación para analizar, por

encima de anécdotas personales, el Derecho penal de aquella época de horror que todavía hoy pesa como un baldón ignominioso sobre la, por otros tantos conceptos, admirable Alemania. De ahí que a esta nueva edición se le hayan añadido sendos capítulos sobre “El Proyecto de Ley nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad” y “La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo”, con sus respectivos Apéndices documentales, y se haya sustituido el subtítulo de las anteriores ediciones (“Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo”) por el más adecuado al nuevo contenido de “Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo”. Como introducción he recuperado un trabajo anterior, “Dogmática jurídopenal y Política criminal en la República de Weimar”, época en la que ya se advertían algunas de las tendencias e ideas que luego se llevaron a la práctica en la siguiente etapa política. Y para concluir me ha parecido oportuno añadir a esta edición un último capítulo sobre “El proceso de desnazificación de Edmund Mezger”, cuyas Actas conseguí sin mayores problemas del Staatsarchiv de Munich, y sobre la superación, o mejor ocultación, de su pasado nazi. El estudio de esa época permite comprender mejor por qué los penalistas alemanes más comprometidos con el régimen nazi se dedicaron a desencadenar con fervor una polémica tan abstracta y tan poco comprometida ideológicamente como la que hubo en la Alemania de la posguerra sobre el concepto ontológico, causal o final, de acción, y la posición sistemática del dolo en la teoría del delito, y cómo contribuyeron a ello sin mostrar el menor sentimiento de vergüenza, culpa o arrepentimiento por el pasado, después de haber cantado estrepitosamente la gallina o mentido descaradamente en aquellas farsas de juicio que fueron los llamados “procesos de desnazificación”.

Hace ya algún tiempo, el afán por ocultar este pasado llevó a algunos incluso a negar la existencia del Holocausto y de campos de concentración como el de Auschwitz, en una campaña perfectamente orquestada por grupos de extrema derecha vinculados al

nacionalsocialismo. Esto obligó a crear en Alemania un delito, sin duda discutible, para que no quedaran impunes estas formas de falseamiento de la Historia y de nueva humillación de las víctimas de aquellos hechos. Aunque sin llegar a tanto, quizás sea conveniente plantear ahora, si, por lo menos en el plano moral e intelectual, no merece también algún tipo de reproche la actitud de quienes pretenden silenciar a los que hemos decidido “tirar de la manta”, arrojándonos puñados de arena a los ojos para que no veamos los oscuros intereses que están detrás de sus desesperados intentos por ocultar la verdad. ¿Por qué será que siempre que se descubre el pasado nazi o fascista de alguna importante personalidad sale algún apasionado defensor que lo niega rotundamente y dice que es una mentira?

En el capítulo de agradecimientos quiero especialmente mencionar en esta edición al Dr. Wolfgang Ayass, de la Universidad de Kassel, probablemente el mejor conocedor del tratamiento de los asociales en el Nacionalsocialismo, por sus consejos y sugerencias en la elaboración de los capítulos III y IV; y a mi hija Marta, especialista en cine nacionalsocialista, por su valiosa ayuda en la búsqueda de material y documentos en las bibliotecas alemanas y en Internet.

México, D.F., 15 de agosto de 2002

Nota a la 1^a edición

Originariamente, este trabajo fue escrito como Estudio preliminar o Introducción a la monografía de Edmund Mezger “Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal” que, en breve, aparecerá como publicación autónoma en esta misma editorial. La extensión del mismo y la diversidad de los temas tratados, que exceden del objeto central de la monografía de Mezger, creo que justifican su publicación separada, aunque el lector deberá tener en cuenta la estrecha relación existente entre ambos.

Frankfurt am Main-Sevilla

agosto-octubre, 2000.

Nota a la 2^a edición

Esta segunda edición está motivada ante todo por haberse agotado en un tiempo record e inesperadamente la primera. En un trabajo de este tipo hubiera sido suficiente con una mera reedición, en la que todo lo más se hubieran corregido algunas erratas y pequeños errores de redacción observados. Pero el descubrimiento de nuevos datos sobre la colaboración de Mezger con el régimen nacionalsocialista, y la necesidad moral de responder a algún ataque burdo y pretendidamente injurioso de que he sido objeto, justifican la adición a esta nueva edición de un Apéndice sobre la participación de Mezger en la elaboración de un Proyecto de Ley sobre “extraños a la

comunidad”, enormemente revelador de la ideología de dicho régimen (y probablemente del citado autor también).

Mi propósito, tanto en la primera como en esta segunda edición, ha sido siempre hacer valer las palabras sobre la verdad que B. Brecht pone en boca de Galileo que aquí se utilizan como frontispicio de esta obra, y la idea ya expresada por Antonio Machado a través de su alter ego Juan de Mairena cuando dice que «la verdad es la verdad, la diga Agamenón o su porquero». Pero, por si hubiera alguna duda, quiero poner de relieve una vez más mi afecto y respeto por la patria de Bach, Beethoven y Brahms; Kant, Hegel y Marx; Goethe y B. Brecht; Feuerbach y Gustav Radbruch; y mi agradecimiento a tantos amigos y colegas alemanes que me han ayudado y animado en todo momento a la realización de este trabajo, y especialmente a la Fundación Alexander von Humboldt, a la que tanto debemos muchos penalistas y científicos españoles y de todo el mundo, y que en 1999 me distinguió con el Premio de Investigación Mutis-Humboldt, culminación y orgullo de mi carrera universitaria, y sin el cual este libro nunca hubiera podido ser escrito.

Sevilla-Frankfurt am Main junio, 2001.

Nota a la 3^a edición

La presente edición recoge, además del texto íntegro de la segunda edición, que ahora, sin el Anexo, constituye el capítulo II, varios apéndices documentales, así como otros trabajos posteriores y uno anterior a la misma, publicados como artículos independientes. He preferido mantener su autonomía originaria, aun a riesgo de asumir la repetición de algunas citas o textos que en ningún caso afectan a

la comprensión o a la coherencia interna de la obra. Se han unificado, sin embargo, las citas bibliográficas que de forma completa se recogen en el Índice Bibliográfico general al final del libro. Agradezco a mis compañeras del Área de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Pastora García Álvarez y Juana del Carpio Delgado, su valiosa ayuda en la corrección del texto.

Galileo— Quien no sabe la verdad, es simplemente un ignorante. Pero quien la sabe y la llama mentira, es un criminal.
(Bertolt Brecht, *Leben des Galilei*, escena 9).

ÍNDICE

Capítulo I

LOS ANTECEDENTES: POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

I. El tratamiento de los delincuentes habituales	39
II. El concepto de culpabilidad	51

Capítulo II

EL PERSONAJE: PROF. DR. EDMUND MEZGER

I. Introducción	72
II. Edmund Mezger. Su obra y su tiempo	80
III. EXCURSO: La relación entre Dogmática jurídica penal y política criminal en el contexto político alemán tras la Segunda Guerra Mundial	95
IV. Consideraciones sobre la monografía “Modernas orientaciones de la Dogmática jurídica penal”	129
V. La otra cara de Edmund Mezger	139
1. Algunos textos de Mezger entre 1933 y 1945	139
2. La participación de Mezger en el Proyecto de Ley sobre tratamiento de los “Gemeinschaftsfremde” (“extraños a la comunidad”; remisión al capítulo III)	146
3. La ocultación del pasado: la vuelta a la Dogmática y la discusión sobre la estructura ontológica de la acción como pretexto	156

Capítulo III

UN PROYECTO DE LEY: EL PROYECTO NACIONALSOCIALISTA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS “EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD”

I. Los orígenes	170
-----------------------	-----

II. Historiografía del Proyecto	187
III. Texto del Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad en su versión de 17 de marzo de 1944	193
IV. La intervención de Mezger	202
V. Comentarios a los informes que hizo Mezger para el Proyecto de Ley sobre extraños a la comunidad	213
APÉNDICE DOCUMENTAL: Los informes de Mezger para el Proyecto de Ley de extraños a la comunidad y otros documentos	231

Capítulo IV

**EL PROGRAMA: LA ESTERILIZACIÓN DE LOS ASOCIALES EN EL NACIONALSOCIALISMO:
¿UN PASO PARA LA “SOLUCIÓN FINAL DE LA CUESTIÓN SOCIAL”?**

I. Biología criminal y eugenesia	252
II. La Ley para la prevención de enfermedades hereditarias	258
III. El artículo de Edmund Mezger sobre la esterilización de asociales	260
IV. La ambigüedad del concepto de “asocial”	270
V. La “solución final de la cuestión social”	275
APÉNDICE DOCUMENTAL: Un artículo de Edmund Mezger. ¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas esterilizadoras?	287

Capítulo V

BAJADA A LOS INFIERNOS: LAS VISITAS DE EDMUND MEZGER AL CAMPO DE CONCENTRACIÓN DE DACHAU EN 1944

I. La Akademie für Deutsches Recht y la sesión en Bad Salzungen el 28 de febrero de 1944	307
II. La solicitud de Mezger para visitar los campos de concentración	314
III. El campo de concentración de Dachau	324
IV. Reflexión final	333
APÉNDICE DOCUMENTAL: El expediente de solicitud de Mezger para visitar campos de concentración	341

Capítulo VI
**Y AL TERCER AÑO RESUCITÓ: EL PROCESO
DE DESNAZIFICACIÓN**

I.	Alemania, año cero	350
II.	Años de penitencia	362
	EXCURSO: El Proceso de desnazificación de Edmund Mezger (Spruchkammer München X Aktenzeichen X 837/46)	370
III.	Crónica de una vuelta anunciada	376
IV.	El ocaso de los dioses	386
	Bibliografía	393

CAPÍTULO I

LOS ANTECEDENTES:

POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

El presente capítulo recoge, con algunas modificaciones y referencias actualizadas, un trabajo, originariamente expuesto como ponencia en unas Jornadas organizadas en 1993 por la Universidad de Girona, sobre “La República de Weimar y la Ciencia del Derecho”, en las que también intervino Winfried HASSEMER, que habló sobre Gustav RADBRUCH, como filósofo del Derecho, penalista y Ministro de Justicia en el Gobierno socialdemócrata de la República de Weimar. Posteriormente, se publicó en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1994 (Homenaje a Elías Díaz), y en Homenaje a Casas Barquero, Córdoba 1996. Igualmente hay una versión en portugués en Internet, de Alberto Esteves Remedio (<http://www.smmp.pt/weimar.thm>). Dicho trabajo constituyó una primera aproximación a los orígenes ideológicos y políticos de la Ciencia alemana del Derecho penal en la primera mitad del siglo XX, que evidentemente tuvo su etapa más oscura e ignorada durante el Nationalsocialismo. En el presente capítulo se describe el marco políticocriminal y dogmático que había en el momento en que Hitler accedió al poder y cómo muchas de las ideas que éste tomó para “renovar” el Derecho penal estaban ya implícitas en planteamientos que se hicieron en la etapa anterior, algunos de cuyos más cualificados representantes colaboraron después activamente en las reformas y proyectos nacionalsocialistas. Véase *infra* capítulos siguientes.

La República de Weimar, período que va en Alemania desde la terminación de la Primera Guerra Mundial (1918) hasta el acceso de Hitler al poder (1933), tuvo una doble repercusión en el Derecho penal de su tiempo:

– por un lado, llevó a cabo una revisión del Derecho penal anterior a la Primera Guerra Mundial, modificando en profundidad la pena de multa, creando un Derecho penal especial para jóvenes delincuentes, reformando el sistema penitenciario e introduciendo la cancelación de antecedentes penales para conseguir la rehabilitación del delincuente¹. Muy importantes fueron también los trabajos en pro de una reforma total del Derecho penal, que cuajaron en una serie de proyectos de Código penal: el de 1919, que no era más que una reelaboración del de 1913; el de 1922, obra del entonces Ministro de Justicia Gustav RADBRUCH, que acogía los postulados de la Escuela Moderna de VON LISZT; el de 1925, el de 1927 y el de 1930, este último elaborado por una comisión parlamentaria bajo la presidencia de otro penalista, W. KAHL². Ninguno de ellos llegó a convertirse en Código penal, aunque sí influyeron en reformas posteriores y alguno de ellos, como el de RADBRUCH de 1922, constituyó

¹ Sobre las reformas penales habidas durante la República de Weimar informa cualquier Manual o Tratado de Derecho penal alemán; véanse, por ej., entre los traducidos al castellano, JESCHECK, Tratado de Derecho penal, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1982, vol. 1, p. 138; y entre los más recientes, ROXIN, Strafrecht, 1992, p. 58.

² Sobre los Proyectos de Código penal habidos en la República de Weimar, véase, además de la exposición resumida de los Tratados de JESCHECK y ROXIN, especialmente el trabajo dactilografiado de Lieselotte JELOWICK, Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik, Halle (Saale) 1983, quien, desde la perspectiva de la entonces República Democrática Alemana, ofrece una visión bastante crítica y negativa de estos Proyectos.

la base de los movimientos progresistas de reforma penal en Alemania que cuajaron en el Proyecto Alternativo de 1966³;

– por otro lado, la Ciencia alemana del Derecho penal alcanzó en aquella época su punto álgido, elevando a las más altas cotas de elaboración intelectual la estructura dogmática de la Teoría del delito, cuyas bases habían sentado ya a principios de siglo VON LISZT y BELING⁴. Autores como RADBRUCH, M. E. MAYER, o MEZGER, aplicando una metodología propia de las ciencias del espíritu, en la línea marcada ya por la Escuela sudoccidental alemana del neokantismo (Windelband, Stommel, Rickert y Lask), elaboraron un sistema de la Teoría del delito en el que cada una de sus categorías básicas (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) se referían a valores específicos derivados de los fines del Derecho penal, que el penalista tenía que comprender, y no simplemente observar o describir⁵. El neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu⁶. Tanto

³ En este sentido véanse por ejemplo los trabajos de Arthur KAUFMANN y Jürgen BAUMANN, en *Gedächtnisschrift für Gustav RADBRUCH*, Göttingen 1968.

⁴ Constituyendo el llamado sistema clásico de la Teoría del delito (así, por ej., JESCHECK, Tratado p. 274). Una exposición de la evolución de la Teoría del delito, a partir de ese momento, se encuentra en cualquier Manual o Tratado de Derecho penal alemán o español; un resumen de la misma y mi propia exposición al respecto en: MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975, pp. 168 ss.; también MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, Valencia 1993, pp. 191 ss. (en la 5.^a edición de esta obra, Valencia 2002, se prescinde de exponer esta evolución).

⁵ Véase bibliografía citada en nota anterior e *infra*.

⁶ La distinción se encuentra en DILTHEY y es acogida en la Filosofía por RICKERT, Ciencia cultural y ciencia natural, traducción de García Morente y prólogo de Ortega y Gasset, 2.^a ed., 1945, pp. 23 ss.

unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio, pero precisamente por eso difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde el punto de vista causal explicativo, y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas, porque, en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración⁷.

La influencia de esta corriente filosófica en la Ciencia alemana del Derecho penal de la época de la República de Weimar fue considerable y supuso un impacto muy beneficioso, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico: la causal-explicativa (criminológica), por un lado, y la comprensiva-axiológica (dogmática), por otro. La Criminología y la Dogmática quedaban así perfectamente delimitadas, sin supeditarse la una a la otra, manteniendo cada una su importancia y su autonomía. El penalista, liberado del positivismo criminológico que por un momento había amenazado la propia existencia de la elaboración dogmática del Derecho pe-

⁷ El trasplante del neokantismo a la Ciencia del Derecho lo hizo, según LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Gimbernat Ordeig, Barcelona 1965, p. 112), Emil Lask. También Gustav RADBRUCH puede incluirse en esta dirección metodológica (véanse, por ej., su *Filosofía del Derecho*, traducción de Medina Echevarría, Madrid 1933, y su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 4.^a ed., México 1974). Para una exposición de conjunto del pensamiento de este autor, aparte de los trabajos recogidos en el *Gedächtnisschrift*, véase BARATTA, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Rarbruch's*, en *ArchRSPh*, 1959, p. 505. Sobre la influencia del neokantismo en la Ciencia del Derecho penal alemán, véanse BARATTA, *Positivismo e scienza del diritto penale*, Milán 1966; y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 112 ss.

nal, podía dedicar sus afanes a la Dogmática jurídicode penal y dentro de ella al perfeccionamiento del sistema de la Teoría del delito, verdadero banco de pruebas de todas las elucubraciones en torno a la esencia y fines del Derecho penal. La Criminología, en cambio, quedaba en manos de científicos naturalistas que estudiaban los mismos problemas que los juristas desde puntos de vista y con metodologías diferentes, sociológicas, biopsicológicas, etc.⁸.

Pero esta clarificación conceptual, por otra parte tan necesaria, supuso, al mismo tiempo, una separación radical entre ambas formas de considerar los problemas penales. De ahora en adelante, Criminología y Dogmática jurídicode penal van a marchar cada una por su lado, sin relación entre sí, como dos mundos distintos, hablando incluso distintos idiomas. La separación entre el ser y el valor, entre las esferas ontológicas y axiológicas, condujo paradójicamente a la Ciencia alemana del Derecho penal en la época de la República de Weimar a una esquizofrenia científica que repercutió luego en la actitud que muchos de los penalistas de la época adoptaron frente al régimen nacionalsocialista, al que no sólo miraron con simpatía, sino también abiertamente apoyaron con sus teorías y elucubraciones dogmáticas. Un ejemplo representativo de esta actitud puede ser el caso de Edmund MEZGER, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich, cuyo Tratado de Derecho penal (1.^a ed. 1931) es una de las obras más acabadas de la Dogmática jurídicode penal de aquella época, acogiendo los postulados teóricos y filosóficos del neokantismo y de la más puras esencias de la Ciencia jurídica tradicional alemana, y que, sin embargo, posteriormente, en la época nazi no tuvo empacho, no sólo en colaborar con la reforma penal puesta en marcha por

⁸ Sobre esta concepción dualista de la Ciencia del Derecho penal, véase MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 101 ss.

el régimen nacionalsocialista, sino en darle cobertura pretendidamente científica a leyes represivas de carácter racista y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza aria y la pureza de la sangre⁹. Pero esta no fue sólo una característica de algunos penalistas ya importantes en la época de la República de Weimar, sino también de algunos más jóvenes que comenzaron a destacar ya en pleno período nazi, aunque su formación jurídica y filosófica tuviera su origen en la etapa anterior. Valga de cita el caso de Hans WELZEL, el creador de la teoría final de la acción, que sin haber incidido directamente, como MEZGER, en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, desarrolló ya en aquella época una concepción teórica del sistema del Derecho penal afín en algunos aspectos a la ideología nazi¹⁰.

Naturalmente, hubo también penalistas en la época de la República de Weimar que no sólo no cooperaron posteriormente con el régimen nazi, sino que se opusieron abiertamente a él, hasta el punto de ser perseguidos o tener que abandonar el país. Valga de ejemplo el caso de Gustav RADBRUCH, el antiguo Ministro de Justicia y autor del Proyecto de 1922, que fue expulsado de su cátedra de Derecho penal en la Universidad de Heidelberg por las autoridades académicas del régimen nazi. Sin embargo, y curiosamente, la influencia de las ideas de RADBRUCH, igual que las de otro gran penalista y filósofo del Derecho, M. E. MAYER, no fue tan importante en el Derecho penal como en la Filosofía del Derecho, mientras que la de los otros dos penalistas citados anteriormente, MEZGER y WELZEL,

⁹ Cfr., por ej., el Prólogo a su *Kriminalpolitik*, 1934; e *infra* capítulos II, III y IV.

¹⁰ Véase, por ej., FROMMEL, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción, traducción de Muñoz Conde, ADP 1989; también Winfried HASSEMER, La Ciencia jurídico penal en la República Federal de Alemania, traducción de Hormazábal Malarée, ADP 1993, p. 44.

no sólo fue y es importante en la Dogmática jurídicopenal alemana, sino en la de otros muchos países, como es el caso de España, en donde ya incluso antes de la Guerra Civil (1936-39) se produjo una recepción de las elucubraciones dogmáticas producidas en Alemania en los años veinte.

Ya en 1931, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Madrid y uno de los penalistas mejor informados en su época de todas las tendencias y corrientes metodológicas del Derecho penal, pronunció su lección inaugural del curso 1931-32 sobre la “Teoría jurídica del Delito”, en la que se hacía eco de las más recientes aportaciones de la Dogmática jurídicopenal alemana, proponiendo un sistema y una metodología para el estudio de la Teoría del delito muy similar al dominante en ese momento en Alemania¹¹.

Pero el hito más importante en esta creciente influencia de la Dogmática jurídicopenal alemana en la española lo marcó José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, que en 1935 tradujo la segunda edición del Tratado de MEZGER de 1933, a la que además añadió valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la Dogmática jurídicopenal en España¹². Es curioso y digno de mencionarse que JIMÉNEZ DE ASÚA asumiera con tanto entusiasmo esta nueva orientación, que después desarrollaría y ampliaría en los diversos volúmenes de su monumental Tratado que publicó en el exilio, ya que, aunque formado en

¹¹ Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Teoría jurídica del delito, 1931. Precisamente sobre estas bases redactó años después su monumental e incompleto Tratado de Derecho penal, siete volúmenes, que han alcanzado diversas ediciones, apareciendo en Buenos Aires, durante el exilio del citado autor en Argentina, entre 1950 y 1970.

¹² Véase Edmund MEZGER, Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, dos volúmenes, 1.^a ed., 1935.

Alemania en el seminario de Derecho penal que dirigía en Berlín a principios de siglo Franz VON LISZT, cuyo Tratado de Derecho penal también vertió al español¹³, se había inclinado hasta ese momento más por la orientación sociológica y políticocriminal del maestro berlínés e incluso por el positivismo sociológico de FERRI en Italia, que por la Dogmática jurídica. Y ello es tanto más destacable, cuanto JIMÉNEZ DE ASÚA era miembro importante del Partido Socialista Obrero Español y fue uno de los penalistas más influyentes en la reforma penal de la Segunda República española, de cuya Constitución, inspirada en gran parte en la de la República de Weimar, fue uno de sus principales redactores. Parece, pues, paradójico que acogiera con tanto entusiasmo un planteamiento jurídico más bien conservador o propugnado por juristas claramente conservadores. Pero igual que decíamos antes respecto a RADBRUCH, la orientación dogmática común con muchos juristas conservadores no le impedía mantener una coherencia ideológica que le llevó al exilio donde murió treinta y dos años más tarde sin haber podido regresar nunca más a su patria¹⁴.

Mientras tanto, la Dogmática jurídicode penal, de la mano de la traducción del Tratado de MEZGER, floreció en la España de la posguerra, consolidando una Teoría del delito de corte causalista, en la que se inspiraron el Tratado de ANTÓN ONECA¹⁵, y en

¹³ Véase Franz VON LISZT, Tratado de Derecho penal, traducción de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, tres volúmenes, Madrid 1921.

¹⁴ Para una valoración global de la obra de JIMÉNEZ DE ASÚA, véanse las diversas contribuciones contenidas en el homenaje que se le tributó en 1985 en la Universidad Complutense (publicado en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número monográfico 11, 1986).

¹⁵ ANTÓN ONECA, Derecho penal, 2.^a ed., Madrid 1986 (1.^a ed. 1949).

cierto modo los de CUELLO CALÓN¹⁶, DEL ROSAL¹⁷ y RODRÍGUEZ DEVESA¹⁸, que dominaron el panorama jurídico penal español en los años 50 y 60. Sólo a partir de los años 60, con la traducción del Tratado de MAURACH por CÓRDOBA RODA¹⁹ y del Nuevo sistema del Derecho penal de WELZEL por CEREZO MIR²⁰ se va introduciendo en la dogmática jurídico penal española el sistema de la teoría final de la acción y la polémica entre los partidarios de ésta y los de la tradicional concepción causal de la acción de MEZGER, reproduciendo en España una polémica que había surgido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial y que había servido, aparte de sus indudables repercusiones en el perfeccionamiento del

¹⁶ CUELLO CALÓN, Derecho penal, Parte General, varias ediciones que van desde la primera de 1926, hasta la 18.^a de 1980 (también es autor de una Parte especial, que llegó hasta la 14.^a ed. en 1975).

¹⁷ DEL ROSAL estudió a mediados de los años 30 en Alemania, en plena época del nacionalsocialismo, publicando después de la Guerra Civil española varias obras generales, muy influenciadas por los penalistas alemanes de esa época, entre las que destaca su Tratado de Derecho penal, vol. 1 (1968), vol. 2 (1973). También tradujo en 1947 la Biología Criminal de Franz EXNER (sobre EXNER y su relación con MEZGER en la realización de trabajos de colaboración con el régimen nacionalsocialista, véase *infra* capítulo III); junto con Ángel TORÍO el Manual de Derecho penal, Parte General, de ANTOLISEI, y junto con CEREZO MIR, el Manual de SAUER.

¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte General, 1.^a ed., 1969, también muy influenciado por MEZGER (hay 16.^a ed., puesta al día por Serrano Gómez). También fue autor de una Parte Especial (1.^a ed. en un solo volumen, 1965; hay 16.^a ed. de 1993, luego puesta al día, hasta 1995, por Serrano Gómez).

¹⁹ MAURACH, Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Córdoba Roda, dos volúmenes, Barcelona 1962.

²⁰ WELZEL, Un nuevo sistema del Derecho penal, traducción y notas de Cerezo Mir, Madrid 1966.

sistema de la Teoría del delito, de pretexto para marginar, consciente o inconscientemente, los grandes problemas político (criminales) que se habían puesto de relieve con la reforma penal inconclusa de la República de Weimar.

No fue hasta los años 70, y coincidiendo con el final de la larga dictadura franquista, cuando en la Ciencia penal española volvieron a plantearse cuestiones que ya se habían planteado en la República de Weimar y que incluso en Alemania habían quedado pospuestas hasta mediados de los años 60, por razones ideológicas evidentes. E igual que en el Romance del Cid, se puede decir que el espíritu liberal y democrático que, en sus orígenes, tuvo la República de Weimar ha ganado sus mejores batallas, tanto en Alemania, como en España, mucho después de la desaparición de dicho régimen político, demostrando que las ideas básicas que inspiraron sus proyectos de reforma del Derecho penal siguen vigentes y, en cierto modo, muchas de ellas todavía sin realizar²¹. Sin embargo, como veremos en los siguientes capítulos, también muchas de las ideas conservadoras

²¹ En España estas propuestas (eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, configuración de la multa conforme al sistema de las cuotas multa, introducción del sistema vicarial en la relación entre penas y medidas, etc.) no empezaron a ser acogidas hasta el advenimiento del régimen democrático, a partir de la muerte del dictador General Franco (20 noviembre 1975), cuajando algunas de ellas ya en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, y en los sucesivos: Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, Proyecto de Código penal de 1992 y Proyecto de Código penal de 1994, hasta llegar al Código penal de 1995, actualmente vigente, que recoge buena parte de estas ideas. En Alemania la reforma penal de la posguerra no comenzó realmente hasta los años 60, en los que el Proyecto oficial de 1962 fue seguido en 1966 por un Proyecto Alternativo de un grupo de Profesores de Derecho penal que en buena parte acogieron los postulados de VON LISZT y Gustav RADBRUCH.

y reaccionarias que inspiraron posteriormente el Derecho penal de los regímenes totalitarios, nazis y fascistas, tuvieron su origen en dicha época; de tal modo que tanto en lo político, como en lo jurídico o en lo social, la República de Weimar tiene una imagen ambigua, que sirve tanto para alabarla, como para vituperarla. Inmediatamente veremos por qué.

Dentro de las muchas aportaciones que la Ciencia alemana del Derecho penal de la República de Weimar hizo a la Política criminal y a la Dogmática jurídopenal, me voy a ocupar fundamentalmente del *tratamiento de los delincuentes habituales* y del *concepto de culpabilidad*, ya que los planteamientos que entonces se hicieron de estas cuestiones han influenciado en gran medida la evolución posterior de la Política criminal y la Dogmática jurídopenal tanto en Alemania, como en España, y porque, además, reflejan del modo más contundente las contradicciones del Derecho penal y del modelo democrático liberal burgués de Estado de Derecho que sirvió de base a la República de Weimar.

I. EL TRATAMIENTO DE LOS DELINCUENTES HABITUALES

Una de las aportaciones más significativas de los Proyectos de Código penal habidos en la República de Weimar al Derecho penal posterior fue, sin duda, la regulación unitaria de las medidas de seguridad postdelictuales, entronizando un sistema dualista o de doble reacción sancionatoria: frente al autor del delito culpable la consecuencia principal es la pena; frente al autor del delito, culpable o inculpable, pero peligroso, la medida de seguridad, aplicada conjuntamente o como sustitutivo de la pena.

Con ello procura darse, grosso modo, respuesta a los tres tipos de delincuentes en base a los cuales había diseñado cuarenta

años antes VON LISZT su sistema de sanciones penales²²: la pena, simplemente intimidatoria o admonitoria para el delincuente ocasional; la medida de seguridad y corrección para el delincuente peligroso pero corregible; la complementación de la pena por la medida hasta convertirla en una especie de pena indeterminada para el delincuente peligroso incorregible.

Sin embargo, este sistema de medidas de seguridad que, con más o menos variantes, se acoge en los Proyectos de 1922, 1925, 1927 y 1930, no se convirtió en Derecho vigente hasta 1933, en pleno período nazi, con la Ley sobre el delincuente habitual de noviembre de 1933, que las introdujo en el Código penal. Es

²² Véase VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, publicado originariamente en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, III, 1882, pp. 1 ss. (recogido luego en sus *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo I, Berlín 1905, pp. 126 ss., reimpresión de 1970, que es por donde se cita). Hay traducción española de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba, acompañada de un trabajo de Jiménez de Asúa sobre VON LISZT, aparecida en Valparaíso (Chile), 1984, con el título: *La idea de fin en el Derecho penal*. También hay otra traducción al español de Pérez del Valle, con Prólogo de Zugaldía Espinar. Sobre la influencia de VON LISZT en la Ciencia penal española, véase QUINTERO OLIVARES, Franz von Liszt y la Ciencia penal española, en *Homenaje a Torío*, Granada 1999, pp. 195 ss. (cfr. también *infra* Capítulo III). Sobre la influencia de VON LISZT en la reforma penal alemana de los años sesenta y concretamente sobre el Proyecto Alternativo de 1966, véase el trabajo de ROXIN, Franz Von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo, en *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de Luzón Peña, Madrid 1976, pp. 37 ss. (publicado originariamente en el número dedicado a VON LISZT en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81 —1969—, pp. 613 ss.). De la extensa bibliografía existente sobre el pensamiento de VON LISZT, me remito especialmente al trabajo de FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlín 1987, pp. 17 ss.

curioso que, cuando se habla de esta Ley, todo el mundo en Alemania procura destacar que su elaboración y los trabajos preparatorios a la misma se llevaron a cabo en el período anterior, es decir, en la República de Weimar. No se sabe muy bien si ello se debe a un intento por desactivar el abuso que de la misma se hizo en el período nazi, o, sibilinamente, para indicar que muchas de las ideas que fructificaron en este período se habían incubado ya en la etapa anterior. Sea por una u otra razón, lo cierto es que, por ejemplo, en el Proyecto de RADBRUCH las medidas ocupaban ya un lugar importante (parágrafos 42 a 62) y ello, como destaca el propio RADBRUCH, no tanto para dar respuesta al necesario control de los inimputables o semiimputables que, por sus anomalías mentales, requerían del ordenado tratamiento y aseguramiento de su peligrosidad, sino para dar respuesta a una de las preocupaciones que ya VON LISZT había señalado como una de las tareas políticocriminales más urgentes de realizar: el control de los delincuentes habituales, por tendencia, reincidentes.

Conocidas son las duras palabras que tan ilustre penalista, calificado como “liberal de izquierdas”²³, maestro de RADBRUCH y de JIMÉNEZ DE ASÚA, dedicó a este tipo de delincuentes en su Programa de Marburgo de 1882:

“Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social... Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la

²³ La expresión es de Calvi, en el prólogo a la edición italiana de la obra de VON LISZT (véase el prólogo de Rivacoba, pp. 12 ss.).

*palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado mayor*²⁴.

Y como solución penal para este tipo de delincuentes, VON LISZT propone:

“La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en «servidumbre penal», con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de la fuerza de trabajo; sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes, y con la consiguiente pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos, para marcar el carácter deshonroso de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria, en celda oscura y con estricto auxilio”²⁵.

Naturalmente, con este tipo de sanciones penales la pena de muerte es para VON LISZT innecesaria: “una vez que los incorregibles son inocuizados, la pena de muerte es superflua”²⁶.

No menos duras fueron las palabras que dedicó a este problema el otro gran penalista alemán de finales del siglo XIX y principios del XX, Karl BINDING. Sabido es que este autor no era partidario de la pena indeterminada que proponía VON LISZT para los delincuentes habituales. Como representante cualificado de un Derecho penal retribucionista, de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, rechazaba que ésta se rebajase al nivel de una simple medida de seguridad:

“La pena es otra cosa, algo más alto y más noble. Lo que hay que hacer es configurarla de un modo más contundente contra la «reincidencia criminal» y utilizarla como forma de inocuización de la «raíz» criminal,

²⁴ VON LISZT, Strafrechtliche Vorträge I, p. 167.

²⁵ VON LISZT, ebenda, p. 170.

²⁶ VON LISZT, ebenda, p. 173.

agravándola incluso, si hiciera falta, en caso de reincidencia, hasta la prisión perpetua o la pena de muerte”²⁷.

Como se ve, las diferencias entre ambos autores, que dieron lugar a la famosa “lucha de Escuelas”, eran más de nombre que de contenido. Lo que VON LISZT pretendía con su tipología de autores era la “inocuización” de los que consideraba incorregibles; lo que BINDING defendía con su Derecho penal retributivo era exactamente lo mismo, pero exasperando la gravedad de la pena, basando la más contundente reacción penal (prisión perpetua o incluso la pena de muerte) en una mayor culpabilidad del sujeto o en ideas abstractas de nobleza y exaltación del concepto de pena. Pero la finalidad última es en ambos autores la misma y, por lo demás, bastante clara.

²⁷ BINDING, Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts*, AT, 1906. Recuérdese que BINDING, junto con el médico HOCHE, fue autor en 1920 de una obra en la que se proponía la eliminación de las “personas desprovistas de valor vital” (BINDING/ HOCHE, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertes Lebens*, Leipzig 1920; sobre esta obra y sobre las teorías eutanásicas de aquella época, véase MORA MOLINA, Derecho a la vida y permiso para destruir “vidas sin valor”, Sevilla 2002, pp. 49 ss.). La obsesión por la depuración racial y las políticas eugenésicas no pasaron totalmente desapercibidas entre los penalistas alemanes clásicos. Así, por ejemplo, August KÖHLER, en el Prólogo a su *Deutsches Strafrecht*, Leipzig 1917, considera como una de las más importantes misiones del Derecho penal en aquella época la “higiene racial” (*Rassenhygiene*). Sin embargo, al penalista español RODRÍGUEZ DEVESA, Parte General, lo único que parece llamarle la atención de esta obra es que no da una definición del Derecho penal en la p. 1, sino en la p. 23. Sobre BINDING y la “lucha de Escuelas”, pueden verse las obras de FROMMEL, *Präventionsmodelle*, y Kögler, *Die zeitliche Unbestimmtheit der freiheitsentziehenden Sanktionen des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1988, p. 38.

Y si todo ello se había propuesto por los más cualificados penalistas del momento, en pleno período de expansionismo militar, económico y político del Segundo Imperio Alemán, con Bismarck a la cabeza, puede imaginarse lo que pensaría al respecto los penalistas y políticos reaccionarios o más conservadores cuarenta años después, tras la humillante derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y el no menos humillante Tratado de Versalles, con un país arruinado, con millones de desempleados y con un aumento de la criminalidad hasta entonces inimaginable en la muy civilizada y disciplinada Alemania del Canciller de Hierro y del Emperador Guillermo II. Por eso, no es extraño que el propio RADBRUCH, miembro del Partido Socialdemócrata (SPD), Ministro de Justicia en 1922 con el Canciller Wirth, se viera obligado a dar una respuesta, que podemos calificar de ecléctica, a este problema en su famoso Proyecto, en una línea que ya había sido más o menos claramente acogida en los Proyectos anteriores, siguiendo en esto la propuesta que había hecho el suizo Carl STOOS en su Anteproyecto de 1896, es decir, el famoso dualismo o sistema de la doble vía. A este respecto dice RADBRUCH en la Fundamentación de su Proyecto²⁸:

“El Proyecto propone una contundente intervención contra la delincuencia habitual, aún mayor contra la profesional, que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, por su repetida reincidencia, se convierte en un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede ser castigado en el Proyecto con severas penas de prisión que pueden llegar, en caso de delitos menos graves, a cinco años y, en caso de delitos graves, hasta los quince años”.

²⁸ Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), publicado en 1952 con un Prólogo de Thomas DEHLER y una Introducción de Eberhard SCHMIDT, p. 57.

“Aquí se prevé, por tanto, un marco penal especial contra una determinada clase de personas, sin consideración a la clase de delito; en la medición de la pena el hecho retrocede completamente ante el autor. Pero el Proyecto no se da por satisfecho con esta agravación, aunque limitada de la pena, y posibilita que los delincuentes citados en el parágrafo 77, que no son corregidos por la pena de prisión agravada, sean retenidos para seguridad de la sociedad, una vez cumplida la pena, imponiendo un internamiento de seguridad por un tiempo no determinado en un principio (parágrafo 45)”.

“El Proyecto no ha acogido, en cambio, la «sentencia indeterminada». Cuando se impone una pena, la duración de la misma debe determinarse ya en la sentencia. Pero la idea fundamental de la sentencia indeterminada, hacer depender la mayor o menor duración de la pena de prisión del efecto que tenga su ejecución en el condenado, encuentra, sin embargo, suficiente consideración en el Proyecto. El internamiento por tiempo indeterminado que el Proyecto rechaza para las penas encuentra, en cambio, amplia acogida en las medidas de seguridad”.

Como bien dice Eberhard SCHMIDT, en la introducción al Proyecto de RADBRUCH que se publicó en 1952²⁹, “la actitud fundamental de una ley sobre el sentido y misión de la pena, se decide con especial claridad de la posición que adopte en la cuestión de la *relación entre penas y medidas de seguridad*. Especialmente relevante es la respuesta que la ley dé a la cuestión del *delincuente habitual peligroso*”. Comprensible es, sin embargo, dice SCHMIDT, “que frente a este problema central de la Política criminal y la Dogmática jurídica penal el Ministro de Justicia RADBRUCH no podía sentirse tan libre como el intelectual Gustav RADBRUCH”³⁰, justificando así, de algún modo, la propuesta del Proyecto RADBRUCH de combinar la agravación de la pena con la imposición de una medida de custodia de seguridad indeterminada para los delincuentes habituales. De

²⁹ Véase Introducción de SCHMIDT citada en nota anterior, p. XXI.

³⁰ SCHMIDT, ebenda, p. XXII.

todos modos, como el propio SCHMIDT advierte, el dualismo extremo a que este sistema conduce es atenuado por el parágrafo 48 del Proyecto, que permite el intercambio vicarial entre la pena y la custodia de seguridad:

“Si se impone la custodia de seguridad junto con la pena, el Tribunal puede ordenar que la custodia se cumpla en lugar de la pena. En tal caso, el condenado debe permanecer internado en el establecimiento el tiempo que hubiera durado la pena”.

Este sistema que, como dice SCHMIDT, todavía determinó el Proyecto de 1925, fue abandonado en los Proyectos de 1927 y 1930, adoptándose en la definitiva Ley de 1933 un estricto dualismo, “tras el cual se oculta la fatal palabrería nacionalsocialista de la función ‘expiacionista’ de la pena, que no podía ser perjudicada por la función de seguridad de la custodia. Pero debe señalarse con toda claridad que el nacionalsocialismo pervirtió el sentido de la idea de expiación, convirtiendo este concepto ético en pantalla de su terror penal”³¹.

Una buena prueba de todo ello es el uso que hizo el nacionalsocialismo de esta custodia de seguridad:

“Hasta 1939 se impuso la custodia de seguridad a más de 1.000 personas por término medio al año e incluso en 1938 hubo un día en el que se encontraban sometidas a esta medida casi 4.000 personas”³². Según HELLMER³³, entre 1934 y 1942

³¹ SCHMIDT, ebenda, p. XXXIII, nota 44.

³² JESCHECK, Tratado, p. 1112, citando a EXNER.

³³ HELLMER, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945*, Kiel 1961. El director de este trabajo de investigación de Hellmer, el prestigioso penalista de Kiel Hellmuth MAYER, dice en su *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, p. 163, nota 13: “No se puede saber ya cuál era el número de los condenados a internamiento de seguridad en 1942. Quizás fueran unos 15.000. Según el escrito de la

fueron condenadas a este internamiento de seguridad más de 16.000 personas. “Probablemente —dice Monika FROMMEL³⁴— fueron enviadas a campos de concentración, aunque hasta hoy apenas nadie se acuerde de los llamados «criminales» asesinados en esos campos de exterminio, ya que no se les considera víctimas del nacionalsocialismo, ni son identificados como grupo. Ello explica también que esta Ley contra delincuentes habituales no sea considerada ni siquiera hoy como un ejemplo característico de la Política criminal nacionalsocialista”.

Pero si se recuerdan las palabras de VON LISZT y BINDING, se comprenderá por qué se ha dado esa impresión a las generaciones venideras: ciertamente, no hay tantas diferencias entre lo que estos autores decían respecto a los delincuentes habituales y la praxis penal que se llevó a cabo al hilo de estas ideas, treinta o cuarenta años más tarde, por la Justicia nacionalsocialista, sin que las precauciones y reservas adoptadas por RADBRUCH en su Proyecto sirvieran, en algún modo, de freno a la misma. Incluso todavía en los años treinta, la praxis penal nacionalsocialista recibió los refuerzos teóricos del representante del ala derecha de VON LISZT, Franz EXNER³⁵, y del penalista con-

defensa de los funcionarios ministeriales que *fueron obligados* (sic) a cooperar en esto, aproximadamente unos 9.000 internados fueron entregados, de los que unos 8.000 podían haber muerto”. Pero a ellos habría que añadir que ya desde 1933 la policía hacía, por su cuenta, frecuentes *razzias* de pequeños delincuentes, prostitutas, vagos, etc., a los que internaba en los campos de concentración sin ningún tipo de intervención o control judicial. Sobre ello, cfr. *infra* capítulo III.

³⁴ FROMMEL, La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo, traducción de Muñoz Conde, en Estudios Penales y Criminológicos XVI, 1993, pp. 5 ss.

³⁵ EXNER, Die Reichskriminalistik von 1934 und die Entwicklung der Kriminalität seit der Nationalen Revolution, MSchr. Krimbiol, 1938, p. 336. Cfr. también del mismo autor, Biología Criminal, traducción de

servidor Edmund MEZGER, quien con su teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida”, legitimó la agravación de pena para los reincidentes³⁶, además del refuerzo que representó el “arresto policial” que se aplicaba por la Gestapo a los “enemigos del pueblo”³⁷.

No es por eso extraño que un penalista español, también formado en el seminario berlínés de VON LISZT, pero igualmente influenciado por el positivismo criminológico de FERRI, JIMÉNEZ DE ASÚA, pudiera llegar a ser uno de los redactores de un engendro de Ley como fue la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que, además, como su propio nombre indica, permitía la aplicación de medidas predelictuales a peligrosos sociales, vagos, maleantes, prostitutas, etc., sin exigir la previa comisión de un delito³⁸; lo que por cierto ya consideró con cierta simpatía

Juan del Rosal, Barcelona 1947, libro en el que igualmente se pueden ver, desde su mismo título, cuáles eran los planteamientos ideológicos de la Criminología nacionalsocialista. Téngase en cuenta que el tal EXNER fue, junto con MEZGER, uno de los principales responsables de un Proyecto nacionalsocialista de tratamiento de los “extraños a la comunidad”. Véase *infra*, capítulo III. Sobre las ideas criminológicas nacionalsocialistas de Mezger y Exner, cfr. WETZEL, *Inventing the criminal, A history of German Criminology, 1880-1945*, 2000, pp. 209 ss.; 213 ss.

³⁶ MEZGER, *Die Straftat als Ganzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57 (1938), pp. 675 ss. Cfr. *infra*.

³⁷ Véase FROMMEL, *La lucha*, pp. 52 ss.

³⁸ Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley de Vagos y maleantes*, un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1933. Esta ley fue sustituida, en plena dictadura franquista, por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, justamente criticada por la doctrina española desde su promulgación y que formalmente estuvo vigente hasta su derogación expresa en la Disposición Derogatoria única del Código penal de 1995 (véase sobre la situa-

RADBRUCH en la Fundamentación de su Proyecto³⁹. No hay que olvidar tampoco la situación política y económico-social de la España republicana de 1933, pero no deja de ser un sarcasmo y una advertencia para el futuro que el principal uso de la Ley de Vagos y Maleantes la hiciera el régimen dictatorial de Franco que incluso llegó a “perfeccionarla” con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, mientras que su inspirador, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, abjuraba de la misma desde su exilio en Argentina.

En este sentido, la obra reformadora penal de la República de Weimar, incluso en su vertiente más liberal y progresista en el Proyecto de Código penal de RADBRUCH, tiene en muchos aspectos el lado negativo del uso que de la misma hizo el nacionalsocialismo, que, como dice Richard SCHMID, “prometió el mantenimiento de lo existente, el fortalecimiento del poder estatal y el rechazo del sentimentalismo humanitario”⁴⁰.

No es, por eso, extraño que JELOWICK diga que la Política criminal del nacionalsocialismo no supuso realmente una ruptura, sino una continuación de la Política criminal planeada por

ción anterior, MUÑOZ CONDE, Las medidas de seguridad, eficacia y ámbito de aplicación, La Ley 1991).

³⁹ En Entwurf, p. 59, atribuyendo a las medidas de seguridad una naturaleza más afín al Derecho administrativo que al penal, tanto cuando son predelictuales, como cuando son postdelictuales. En este sentido ya se pronunció OETKER, fundador de la Asociación alemana de Derecho penal, quien proponía una estricta separación entre penas y medidas de seguridad, excluyendo éstas del Código penal para regularlas separadamente en un Código de seguridad (véase OETKER, Die deutsche strafrechtliche Gesellschaft, Der Gerichtsaal, tomo 91, 1925, pp. 321 ss.).

⁴⁰ Prólogo a Nedelmann / Thoss / Bacia / Ammann, Kritik der Strafrechtsreform, 2.^a ed., 1969, p. 9.

la burguesía conservadora que finalmente ostentaba el poder en la última etapa de la República de Weimar⁴¹. Aunque esta afirmación puede parecer exagerada, en todo caso no cabe duda de que al nacionalsocialismo le venía muy bien para llevar a cabo su particular Política criminal la fundamentación conservadora y autoritaria que desde los tiempos de VON LISZT se había mantenido como un hilo conductor en los Proyectos de la República de Weimar en relación con el tratamiento de los

⁴¹ JELOWICK, *Zur Geschichte*, p. 43. La tesis de que el nacionalsocialismo representó una “ruptura” y no una mera modificación de la situación jurídica anterior (mantenida por ej. por Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed., pp. 425 ss.) no es, situada en un contexto político más amplio, tan clara como a primera vista pudiera parecer. Ciertamente, el nacionalsocialismo eliminó todos los obstáculos jurídicos que pudieran oponerse a su política criminal (la admisión de la analogía como fuente del Derecho penal es una prueba de ello), prescindiendo completamente de los elementos característicos del Estado de Derecho que sí se mantenían, al menos formalmente, en los Proyectos de la República de Weimar; pero el espíritu conservador autoritario e incluso reaccionario que animaba a muchos de los penalistas de los años 20 encontró rápido acomodo en el período nacionalsocialista. Así, por ej., formaron parte de la Comisión de reforma del Derecho penal nombrada por el Gobierno nacionalsocialista, penalistas tan prestigiosos como MEZGER, NAGLER o KOHLRAUSCH. Y la Asociación alemana de jueces, que durante toda la República de Weimar había hecho gala de su “apoliticismo”, saludaba el 19 de marzo de 1933, en nombre de sus 13.000 miembros, al régimen hitleriano, asegurándole que gozaba de su entera confianza (cita tomada de KÜHNL, *La República de Weimar*, Valencia 1991, p. 95). En general, casi todas las instituciones públicas acogieron la venida del régimen nazi con grandes muestras de simpatía y adhesión. Después de todo, el nacionalsocialismo no llegó al poder, como otros regímenes totalitarios, tras un “golpe de Estado”, o fuera de los cauces previstos en la Constitución de Weimar, sino por la propia “autodisolución” de la República de Weimar, cuyos dirigentes en ese momento entregaron el poder a Hitler sin ningún problema (véase KÜHNL, ob. a. cit., pp. 322 ss.).

delincuentes habituales⁴². Curiosamente, fue ésta la primera y casi única reforma penal importante que acometió el nuevo régimen, pareciendo como que, una vez introducida la custodia de seguridad por tiempo indeterminado en el sistema de las sanciones penales, ya no eran urgentes otras reformas que, a buen seguro, auspiciadas por las nuevas tendencias del *Derecho penal de autor*, hubieran seguido una línea muy similar a la ya iniciada con la reforma de noviembre de 1933. En este sentido, la reforma penal nacionalsocialista fue, por lo menos en sus orígenes, la culminación de la ideología antiliberal y autoritaria que caracterizó a buena parte de los penalistas, jueces y profesores universitarios más importantes en el período de la República de Weimar⁴³.

En todo caso, como veremos más adelante (cfr. especialmente capítulo III), la tendencia hacia el endurecimiento del control de los delincuentes habituales, asociales y los llamados “extraños a la comunidad” se incrementó en los años sucesivos hasta cuajar en un Proyecto de Ley de tratamiento de los “extraños a la comunidad”, que preveía la reclusión por tiempo indeterminado y la “entrega a la Policía para la custodia” de los “incorregibles”.

II. EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El contrapeso a este Derecho penal eminentemente represivo que ya el propio VON LISZT había preconizado contra los

⁴² En este sentido FROMMEL, *La lucha*, pp. 47 ss.

⁴³ Véase MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975. Un ejemplo característico de las nuevas tendencias autoritarias que irrumpieron en el Derecho penal de aquella época es el libro de DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, 1933.

“enemigos fundamentales del orden social”, fue el concepto de culpabilidad, que precisamente recibió su formulación más acabada y profunda de los principales penalistas del período de la República de Weimar.

Ciertamente, fue ésta una época en la que floreció la Dogmática jurídopenal, revitalizada por el influjo del neokantismo de la Escuela sudoccidental alemana. Las categorías formales ya elaboradas anteriormente de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad fueron llenadas con contenidos valorativos, dando lugar a lo que se ha dado en llamar la teoría neoclásica del delito⁴⁴, en la que a partir del concepto de acción, entendida en su función puramente causal, se iban añadiendo las distintas categorías, cada una con una función y contenido propios. La tajante separación entre lo objetivo (antijuricidad) y lo subjetivo (culpabilidad) queda atenuada con el descubrimiento de los llamados elementos subjetivos del injusto⁴⁵. La tipicidad pasa de ser una categoría puramente formal, plasmadora del principio de legalidad en la pura descripción del suceso delictivo externo, a constituir un indicio de la antijuricidad o incluso su propia esencia⁴⁶. Y la antijuricidad, entendida anteriormente como sim-

⁴⁴ La denominación se encuentra en JESCHECK, Tratado, pp. 276 ss.; también en ROXIN, Strafrecht, p. 110.

⁴⁵ La existencia de elementos subjetivos en el injusto concebido objetivamente fue constatada ya en 1911 por FISCHER y en 1915 por HEGLER, pero fue MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, en Gerichtssaal, 89 (1924), pp. 207 ss., quien más profundizó en la elaboración teórica de tales elementos.

⁴⁶ Mientras que en BELING, Die Lehre vom Verbrechen, 1907, la tipicidad no tenía ningún significado valorativo, en M. E. MAYER, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1922, p. 10, nota 22, era ya un indicio de la antijuricidad, y en MEZGER, Tratado, 3.^a ed., tomo I, pp. 375 ss., la “ratio essendi” de la antijuricidad (el delito, para él, es la acción típicamente antijurídica).

ple infracción de la norma jurídica, se llena de contenido con el concepto de bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro constituye su esencia⁴⁷, dando lugar a una nueva visión de las causas de justificación⁴⁸.

Pero es en el concepto de culpabilidad, ya previamente elaborado a finales del siglo XIX por los neohegelianos y por VON LISZT, BINDING y MERKEL, el que recibe un impulso mayor y una configuración más acorde con las tendencias que caracterizaron a la Dogmática jurídicopenal en la República de Weimar⁴⁹.

Todavía a comienzos de los años 20 dominaba en la Dogmática jurídicopenal alemana un “concepto psicológico” de culpabilidad que reducía ésta a la simple relación psicológica entre el autor imputable y el hecho por él realizado. Si esta relación era intencional, la culpabilidad era dolosa; si sólo era una relación imprudente, la culpabilidad, menos grave, era culposa. Dolo y culpa o imprudencia eran, pues, dos especies de culpabilidad (*Schuldarten*) basadas en la previa normalidad psíquica del autor del delito (imputabilidad)⁵⁰.

Sistématicamente, esta concepción de la culpabilidad era una consecuencia de la estricta separación entre el aspecto objetivo y el subjetivo del delito, que constituía la base del sistema

⁴⁷ El concepto de bien jurídico proviene de BIRNBAUM, quien lo formuló en 1835, pero ya VON LISZT, Tratado, tomo II, p. 324, lo acogió como fundamento de su concepto de antijuricidad material (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos), tesis ampliamente desarrollada por GRAF ZU DOHNA, HEGLER y MEZGER (véase de este último: Tratado, 3.^a ed., tomo I, pp. 398 ss.).

⁴⁸ Véase MEZGER, Tratado, 3.^a ed., tomo I, pp. 403 ss. y 412, quien admite ya las “causas supralegales de justificación”.

⁴⁹ Véase ACHENBACH, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlín 1974, p. 133.

⁵⁰ Véase VON LISZT, Tratado, vol. II, pp. 375 ss.

clásico de la Teoría del delito. Así, mientras todo lo objetivo se incluía en el injusto, es decir, en la tipicidad y la antijuricidad, lo subjetivo, es decir, la relación psicológica del autor con su hecho más la imputabilidad del autor como presupuesto, se incluía en la culpabilidad.

Ello fue también consecuencia del pensamiento naturalista de finales del siglo XIX que reducía el ámbito de la Psicología a los fenómenos psíquicos mensurables y puramente descriptivos, excluyendo cualquier tipo de valoración de los mismos⁵¹.

De todo ello se deducía en Derecho penal una consecuencia dogmática ineludible: la exclusión de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva, es decir, erradicar del Derecho penal los vestigios del antiguo *versari in re illicita*, excluyendo la culpabilidad (o mejor, las formas de culpabilidad) cuando el resultado no era atribuible a una actuación dolosa o culposa de quien lo había causado. Fue precisamente RADBRUCH, uno de los máximos representantes del concepto psicológico de culpabilidad, quien llevó a cabo esta idea en su Proyecto de 1922, exigiendo en el parágrafo 15 que en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante cuya producción determina una pena más grave, sólo pueda ser imputado cuando haya sido causado al menos imprudentemente. Una exigencia que sólo se convirtió en Derecho vigente en Alemania con una reforma de 1953 (actual parágrafo 18 StGB),

⁵¹ La Psicología de la asociación de HERBERT, SPENCER y TAINÉ pretendía, en efecto, una explicación puramente causal de la conducta, sin tratar de comprender los motivos; críticamente, DILTHEY, Ideen über eine beschreibende und ergliedernde Psychologie, en Gesammelte Schriften, tomo V: "Die geistige Welt", 2.^a ed., 1957, p. 139. Sobre estos planteamientos psicológicos, véase MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumar el delito, Barcelona 1972, p. 90.

y en España tras la reforma de 1983 (arts. 1 y 6 bis b del Código penal anterior) y en el art. 5 del vigente Código penal.

Pero no es esta aportación, con ser fundamental, la que más caracteriza el concepto de culpabilidad desarrollado por la Dogmática jurídical alemana en la época de la República de Weimar. Ya en 1907 había destacado Reinhard FRANK que la culpabilidad es más que la imputabilidad y el dolo o la culpa, ya que en la valoración jurídica de la acción igualmente pueden ser relevantes las circunstancias concomitantes que, por ejemplo, explican por qué puede ser absuelto quien actúa en estado de necesidad, aunque sea imputable y sepa y quiera lo que hace, es decir, actúe con dolo. La culpabilidad, decía FRANK, es más que eso; para declarar a alguien culpable por el hecho delictivo cometido es necesaria la “reprochabilidad” de la acción; sólo teniendo en cuenta estos tres elementos: imputabilidad, dolo o culpa y circunstancias concomitantes, puede formularse un juicio global de reproche al autor por lo que ha hecho⁵².

Esta conversión del concepto de culpabilidad en un juicio de reproche y, por tanto, en un concepto normativo, determinó la evolución posterior, ya en pleno apogeo de la Filosofía valorativa neokantiana en la Dogmática jurídical de los años veinte, y abrió las puertas a una de las teorías más características de aquella época: la *teoría de la no exigibilidad*.

Fue Berthold FREUDENTHAL quien en 1922 habló por primera vez de la no exigibilidad como el verdadero fundamento del concepto de culpabilidad:

“Si ésta supone siempre una desaprobación que se hace al autor del delito por haberse comportado así, mientras que podía y debía hacerlo de

⁵² Véase FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegehrisses, Giessen 1907, p. 4.

otra manera, el hecho no podrá reprochársele cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concomitantes en el caso concreto, no podía exigírselle un comportamiento distinto al que llevó a cabo”⁵³.

Tras esta teoría estaba la grave situación económica y social que tenían que soportar las masas trabajadoras en aquella época. El mismo FREUDENTHAL no se recata al decir que con su teoría se podía absolver a gente como la comadrona que inscribía los niños nacidos en días de fiesta como nacidos en días laborables, para que sus padres, mineros de la Cuenca del Ruhr, tuvieran un día de asueto pagado; o el viajante de comercio que ante la tacañería de la firma que representa, se ve obligado a quedarse con dinero para poder atender los gastos de viaje que realiza por cuenta de la misma y no perder el puesto de trabajo; o el de la joven siciliana que mata a su tío que la ha deshonrado para evitar que su marido se entere⁵⁴. Ya anteriormente el Reichsgericht (RGSt.30, 25 ss.) había absuelto al cochero que, siguiendo las órdenes de su amo, para no perder el puesto de trabajo, enganchó en el carro a una yegua con tendencia a desbocarse, que, efectivamente, atropelló e hirió gravemente a un peatón.

La teoría de FREUDENTHAL pronto fue criticada por los penalistas más conservadores⁵⁵, que aludían al debilitamiento de

⁵³ Véase FREUDENTHAL, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübinga, 1922.

⁵⁴ FREUDENTHAL, ebenda, pp. 18 ss.

⁵⁵ Véase sobre todo la recensión a la monografía de FREUDENTHAL hecha por LIEPMANN, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 43 (1922), pp. 710-713. Además, GROSSMANN, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Hamburg 1924, pp. 8 ss.; SCHUMACHER, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927, pp. 69 ss.; y HIRSCHBERG, Schuld begriff und adäquate Kausalität, Breslau 1928, p. 18.

la prevención general y a la inseguridad jurídica que producía. Pero fueron sobre todo los penalistas afines al nacionalsocialismo los que la rechazaron con especial contundencia, viendo en ella “un producto de la Ciencia liberal del Derecho penal incompatible con la pretensión de disponibilidad total del Estado nacionalsocialista sobre todos sus ciudadanos”⁵⁶ y un “quebrantamiento de los huesos del Derecho penal”⁵⁷. Sin embargo, en una versión más objetivizada y generalizadora de GOLDSCHMIDT y Eberhart SCHMIDT⁵⁸ y convertida posteriormente en un principio regulativo general⁵⁹, la teoría de FREUDENTHAL ha llegado hasta nuestros días y ocupa un puesto importante en la moderna concepción de la culpabilidad, tanto en Alemania, como en España⁶⁰.

⁵⁶ SCHAFFSTEIN, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschliessungsgrund, Leipzig 1933, pp. 25 ss.

⁵⁷ Reproche global que los penalistas afines al nacionalsocialismo hacían del Derecho penal liberal, véase DAHM/ SCHAFFSTEIN. Sobre estas críticas, véase ACHENBACH, Historische, pp. 155 ss. Sobre el uso de esta teoría, y de la del error de prohibición, que, sin embargo, se hizo después de la guerra en favor de los médicos y juristas acusados por su participación en crímenes contra la humanidad, véase *infra* capítulo VI.

⁵⁸ Véase ACHENBACH, Historische, pp. 145 ss.

⁵⁹ Tesis de HENKEL, en MEZGER-Festschrift, 1954, pp. 260 ss.

⁶⁰ En España, aunque fue originariamente rechazada por RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus notas al Tratado de MEZGER, tomo II, p. 217, fue posteriormente acogida a partir de la monografía de SÁINZ CANTERO, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Granada 1965. Actualmente, es asumida como uno de los elementos del concepto de culpabilidad, véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, Valencia 1993, pp. 350 ss. Para una exposición de conjunto de la evolución histórica y del estado actual de la teoría de la no exigibilidad, véase MELENDO PARDOS, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, Madrid 2002. También en Alemania la doctrina dominante acoge la exigibilidad

También el conocimiento de la *antijuricidad* como elemento del dolo o de la culpabilidad y, por tanto, la relevancia del error de derecho, o en terminología más moderna, error de prohibición, como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, puede considerarse hoy como una de las aportaciones características de la Dogmática jurídico-penal alemana de la República de Weimar. Frente a una jurisprudencia del Reichsgericht, aferrada al principio “*error iuris nocet*” y que, por tanto, consideraba irrelevante el desconocimiento de la antijuricidad, la doctrina alemana, sobre todo a partir de BINDING⁶¹, mantenía que el conocimiento de la significación antijurídica de los hechos era también un elemento integrante del concepto de dolo, concediendo al error sobre la antijuricidad la misma importancia que al error sobre los hechos, es decir, la exclusión de la imputación dolosa y la posibilidad de castigar, en

como elemento de la culpabilidad, si bien con matizaciones a la teoría originaria, y reservándola para algunos casos de delitos culposos y omisivos, así, por ej., JESCHECK, Tratado, p. 658; ROXIN, Strafrecht, p. 539. Más amplia acogida tiene en JAKOBS, Strafrecht, AT, 2.^a ed., 1991, quien, sin embargo, se muestra escéptico respecto a la posibilidad de una cláusula general de inexigibilidad como causa de exculpación (pp. 590 ss.). También ACHENBACH, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtszumutbarkeitsklausel im Strafrecht?, JR 1975, pp. 492 ss., se muestra contrario a derivar directamente de la Constitución una “causa general de exculpación por inexigibilidad”, rechazando la propuesta en este sentido de LÜCKE, JR 1975, pp. 35 ss., y WITTING, JZ 1969, pp. 546 ss. Sin embargo, el problema se vuelve a plantear en los casos de delincuentes por convicción, insumisos, manifestantes pacíficos, etc., que infringen leyes ampliamente cuestionadas en muchos sectores sociales, para más detalles véase MUÑOZ CONDE, El delincuente por convicción en Derecho penal, en Homenaje a Roxin, Barcelona 1994.

⁶¹ BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, tomo II, 1965 (reimpresión de la 2.^a ed. de Leipzig 1916), pp. 940 y 955.

su caso, por delito culposo, si el error se debía a culpa o negligencia del sujeto.

Frente a esta concepción doctrinal, que luego se llamaría “teoría del dolo”⁶², se fue elaborando en los años veinte otra teoría, “la de la culpabilidad”, que consideraba también el conocimiento de la antijuricidad como un elemento de la culpabilidad, pero dándole una significación autónoma y separada del dolo⁶³. Para esta teoría de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad no tenía el mismo significado que el conocimiento de los hechos característico del dolo; mientras que en la teoría del dolo el conocimiento de la antijuricidad tenía que ser un conocimiento actual (igual que el de los hechos), para la teoría

⁶² En su versión estricta, defendida sobre todo por BINDING, NAGLER y originariamente por MEZGER, sigue siendo defendida en Alemania por un sector minoritario, representado sobre todo por SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, AT, 1.^a ed., 1972, p. 327. Véanse también del mismo autor, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, en Fesschrift für Hellmuth Mayer, 1966, pp. 331 ss.; Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz, JZ 1975, pp. 1087 ss.; y Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, pp. 361 ss. Sobre la modificación que hizo MEZGER en su “teoría del dolo”, ya en la época nazi, para incluir en la penalidad del delito doloso también supuestos que él llamaba de “enemistad” o “ceguera jurídica” en delitos como el aborto, la realización de acciones homosexuales y ultrajes a la raza, véase *infra*, capítulo II.

⁶³ Ya a finales del siglo XIX, había destacado Adolf MERKEL la posibilidad del conocimiento de la infracción del deber como un elemento autónomo de la culpabilidad (véase MERKEL, Derecho penal, traducción del alemán de P. Dorado, Madrid s/f, pp. 98 ss.). La idea fue desarrollada posteriormente por algunos autores en los años veinte (Sauer, Hirschberg, Paul Merkel, etc.), pero no tuvo acogida hasta después de 1945, gracias sobre todo a su desarrollo en la teoría final de la acción de Hans WELZEL (de este autor véase, por ej., Un nuevo sistema del Derecho penal, pp. 112 ss.).

de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad era más bien un conocimiento de tipo virtual: basta con que el sujeto hubiera podido conocer la antijuricidad de su hecho. Para la teoría de la culpabilidad, si el desconocimiento de la antijuricidad se debe a un error invencible, queda excluida la culpabilidad, pero si el error es vencible, la culpabilidad queda atenuada, subsistiendo la imputación dolosa (limitada al conocimiento y voluntad de los hechos), sin transformarse en imprudencia.

Detrás de estas elucubraciones dogmáticas, aparentemente sólo teóricas, había, sin embargo, un importante problema políticocriminal que resolver: ¿hasta qué punto y dentro de qué límites había que darle relevancia al *error de prohibición*? Frente a la posición tradicional del Reichsgericht, de irrelevancia absoluta del error de derecho, por lo menos del error sobre las normas penales (otra cosa empezó a admitirse para el error de derecho extrapenal⁶⁴), la doctrina venía exigiendo, por razones estrictamente dogmáticas, en coherencia con el concepto de dolo o de culpabilidad que estaba desarrollando, el conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la pena. El problema era, sin embargo, que si ese conocimiento se incluía en el concepto de dolo se le tenía que equiparar necesariamente con el conocimiento de los hechos, teniendo, por tanto, que ser un conocimiento actual, lo que planteaba especiales dificultades de prueba en el proceso penal y hacía surgir en la praxis el temor a su alegación frecuente por las defensas de los acusados. Mientras que si el conocimiento de la antijuricidad se consideraba un

⁶⁴ Sobre la evolución del Reichsgericht en esta materia, véase el trabajo de KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum*, 1987, pp. 361 ss. Sobre la jurisprudencia del Reichsgericht hasta los años 30 informa MEZGER, Tratado, tomo II, pp. 159 ss. Sobre la evolución posterior, MAURACH, Tratado, II, pp. 132 ss.

elemento autónomo de la culpabilidad, independiente del concepto de dolo, era más susceptible de un tratamiento valorativo, lo que en la práctica equivaldría a que se considerara suficiente con su “cognoscibilidad”, es decir, con la posibilidad de su conocimiento, sin requerir la prueba del conocimiento mismo. A ello se añadía que la teoría del dolo, al transformar el error vencible en un delito culposo o imprudente, producía lagunas de punibilidad, ya que esta forma de imputación del delito sólo es punible, en un sistema de “*numerus clausus*”, en algunos casos. Sin embargo, la teoría de la culpabilidad, al transformar el error vencible sobre la antijuricidad en una causa de atenuación de la pena, deja subsistente la imputación por el delito doloso cometido. No es, por tanto, extraño que, mientras que en la doctrina fue dominante la teoría del dolo, la jurisprudencia no tuviera el menor interés en acoger sus postulados⁶⁵; y que sólo a partir de la teoría de la culpabilidad, desarrollada sobre el concepto final de acción por Hans WELZEL en los años 30, fuera acogida primero en la Sentencia del Bundesgerichtshof de 18 de marzo de 1952 y, luego, introducida en el StGB en 1969, constituyendo el actual parágrafo 17, si bien con una atenuación meramente facultativa para el Tribunal en caso de error de prohibición vencible⁶⁶. En el Código penal español, la regulación del problema en el pfo. 3.^º del art. 6 bis a, tras la reforma de 1983 del anterior Código penal, y en el art. 14,3 del Código

⁶⁵ MAURACH, Tratado, II, p. 134.

⁶⁶ Dice el parágrafo 17 del actual Código penal alemán: “Si falta en el autor en el momento de la comisión del hecho el conocimiento de que está realizando un injusto, quedará exento de culpabilidad, si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar ese error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, pfo. 1”. Una disposición similar se recogía ya en el Proyecto de 1930. Sin embargo, el Proyecto de RADBRUCH en su parágrafo 13 acogía la teoría del dolo.

penal de 1995, es muy similar a la alemana, si bien la atenuación en caso de error vencible es muy cualificada y obligatoria para el Tribunal que así lo aprecie⁶⁷.

Sorprende, sin embargo, que un avance tan importante fuera más producto de discusiones doctrinales dogmáticas que de una decisión políticocriminal consciente en favor de una democratización del Derecho penal, por la que se concedía una mayor relevancia a los “prejuicios jurídicos” del ciudadano frente al imponente poder punitivo del Estado⁶⁸. Pero, como señala ACHENBACH, fue muy característico de la Dogmática jurídicopenal de la República de Weimar prescindir de basar sus argumentaciones en la Revolución de 1918 o en la propia Constitución de 11 de agosto de 1919:

“El cambio de la situación del ciudadano individual en el Estado republicano democrático y la introducción de los derechos fundamentales no fueron concebidos como una llamada para revisar las concepciones tradicionales de la idea de culpabilidad y su acogida jurídica. Nunca se planteó que la pena, como intervención en la libertad personal o en la

⁶⁷ Dice así el apartado 3 del art. 14 del vigente Código penal: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. La atenuación muy cualificada, es decir, la rebaja de la pena prevista para el delito en uno o dos grados, y no, a diferencia de lo que sucede en el apartado 1 de este artículo (error de tipo) la conversión del delito doloso en imprudente, es también el régimen penal que se sigue en caso de existencia de una eximente, causa de justificación o inculpabilidad, incompleta (art. 68), de dos o más de las circunstancias atenuantes o de una sola muy cualificada (art. 67,4.^a), o de tentativa del delito (art. 62). Para más detalles sobre las diversas consecuencias de uno y otro régimen de tratamiento del error, véase MUÑOZ CONDE, El error en Derecho penal, Valencia 1989.

⁶⁸ Así lo entiende HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona 1984, p. 120.

propiedad, y con ella la culpabilidad como uno de sus reguladores esenciales, también tiene un aspecto jurídico-constitucional. La tradición filosófica de la Ciencia del Derecho penal había ya troquelado la relación de las teorías de la Parte General y especialmente la teoría de la culpabilidad del Código penal en la conciencia de la Ciencia del Derecho penal hasta el punto de quedar excluida completamente la vinculación con las muchas veces poco querida Constitución republicana”⁶⁹.

Ciertamente, la elaboración de conceptos dogmáticos trascendentales, plenos de contenido filosófico, más allá de los márgenes que permitían las normas legales positivas, podría entenderse como un abandono del positivismo jurídico, característico del período inmediatamente anterior a la República de Weimar⁷⁰; pero, curiosamente, este abandono del positivismo podía tener también una lectura estrictamente política. Como dice KÜHNL⁷¹:

“Este tipo de teorías en las que las «normas de rango superior» pueden ser inferidas de la esencia del hombre, de la esencia de la comunidad o de la voluntad divina, son susceptibles de adaptarse a cualquier tipo de contenido. Por ejemplo, en la época de la Ilustración y de la revolución burguesa tenían un contenido de carácter progresista que hacia referencia a los derechos humanos universales frente al sistema absolutista imperante. Sin embargo, en la República de Weimar fueron elaboradas por la derecha para limitar la vigencia de las leyes aprobadas por el Parlamento y, para de este modo, librarse en lo posible al poder ejecutivo del control democrático”.

Sería, sin duda, exagerado atribuir este significado político coyuntural al concepto de culpabilidad elaborado por la Dogmática jurídicopenal alemana en los años veinte, aunque no deja

⁶⁹ ACHENBACH, Historische, p. 135.

⁷⁰ Véase MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 104 ss. También LUCAS VERDÚ, La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, Madrid 1989.

⁷¹ KÜHNL, La República de Weimar, p. 141.

de ser paradójico que su rica elaboración prácticamente cesara con el advenimiento del régimen nazi⁷², dejando su lugar a otro tipo de elucubraciones más afines con el nuevo régimen político⁷³.

En todo caso, no se puede discutir que el concepto de culpabilidad, en sus líneas básicas y al margen de cuál fuera su fundamentación filosófica o política, fue una de las conquistas más importantes de la Dogmática jurídical alemana de aquella época. Entendido como garantía y límite frente al poder punitivo del Estado se le considera hoy como uno de los principios fundamentales de un Derecho penal democrático y respetuoso con la dignidad humana⁷⁴. Pero un sistema estrictamente dualista, como el que se forjó en la República de Weimar, en el que la pena limitada por la culpabilidad puede ser sustituida o complementada por una medida de seguridad de duración indeterminada fundamentada en un concepto tan vago y peligroso como el de peligrosidad, traduce una concepción del Derecho penal muy vinculada a las tesis amigo-enemigo tan caras al Estado nacionalsocialista⁷⁵: un Derecho penal con todas sus

⁷² Véase ACHENBACH, Historische, pp. 199 y 203.

⁷³ Véase SCHAFFSTEIN, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafrechtssystem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 57 (1937), pp. 295 ss.

⁷⁴ Aunque se discute todavía tanto su fundamento, como su contenido, no cabe duda de que entendido como exclusión de la responsabilidad puramente objetiva, o como exigencia de participación o responsabilidad subjetiva goza de reconocimiento más allá de los márgenes estrictamente dogmáticos, véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, pp. 87 s.

⁷⁵ Tesis defendida en varios trabajos por uno de los más destacados representantes de la Filosofía del Estado más afín al nacionalsocialismo, Carl SCHMITT; véase MARXEN, Der Kampf. Para un breve resumen de su vida y obra, véase MEHRING, Carl Schmitt zur Einführung, Hamburg 2001.

garantías, basado y limitado por el principio de culpabilidad, para el delincuente ocasional, integrado en el sistema, aunque alguna vez se aparte de él; y un Derecho penal, basado en la peligrosidad y sin ningún tipo de limitaciones, para el delincuente peligroso y especialmente para el delincuente habitual que con su comportamiento y su forma de conducción de vida (*Lebensführungschuld*) cuestiona las bases del sistema mismo. En los capítulos siguientes veremos hasta qué punto este dualismo dio lugar también al desarrollo en el nacionalsocialismo de un sistema de medidas prácticamente abocadas al exterminio de los marginales sociales (prostitutas, mendigos, vagos, delincuentes habituales), a los que eufemísticamente se llamó “extraños a la comunidad”, con medidas esterilizadoras, internamientos por tiempo indeterminados en campos de concentración, etc. Ya entonces se hablaba también de un “Derecho penal para enemigos”, en el que no cabían ni garantías, ni ninguna otra forma de limitación de los excesos del poder estatal.

Afortunadamente, este planteamiento dualista extremo va siendo poco a poco abandonado y sustituido por un sistema combinado de penas y medidas, en el que éstas pasan a ser limitadas, además de por el principio de proporcionalidad, por los mismos criterios de duración temporal que las penas, convirtiendo el límite máximo de duración de las penas en el límite máximo de duración de la medida y computando el tiempo de duración de ésta en el de la pena, de la que incluso se puede prescindir si, una vez cumplida la medida, se ha conseguido eliminar la peligrosidad criminal que dio lugar a su aplicación (sistema vicarial)⁷⁶.

⁷⁶ Véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, Jerez 1985, pp. 71 ss. (hay versión parcial de esta obra al alemán, publicada en dos artículos: *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*,

Este sistema vicarial no acaba, sin embargo, de imponerse para los delincuentes habituales, para los que por ejemplo el Código penal alemán sigue previendo el internamiento en custodia de seguridad (parágrafo 66, modificado, en sentido restrictivo, a partir del 1 de enero de 1985) y con una duración de diez años en el primer internamiento, pero indefinida en los demás, limitando su aplicación, por lo demás bien escasa⁷⁷, al delincuente “por tendencia” (Hangverbrecher), concepto que hunde sus raíces en las clasificaciones criminológicas más siniestras del nacionalsocialismo (cfr. *infra* capítulo III).

En el vigente Código penal español se sigue, en cambio, manteniendo la agravante de reincidencia (art. 22,8.^a), a pesar de las reservas que se han formulado contra ella desde el punto de vista de su constitucionalidad⁷⁸, y en algunos delitos (art.

Goltdammers Archiv 1984; y Vorschlag eines neuen Massregelsystems, en HASSEMER —edit.—, Strafrechtspolitik, Frankfurt a. M., 1987).

⁷⁷ Sobre la actual regulación del internamiento en custodia de seguridad en el Derecho penal alemán, véase JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, 4.^a ed., 1988, pp. 733 ss. Según este autor en 1967 había unos 200 condenados a esta medida, en el año 1970 todavía 110, en 1985 sólo 39, y el número total de los sometidos a esta medida al 31 de marzo de 1986 era sólo de 242 (p. 734). También se dice en la 5.^a edición alemana de este Tratado (JESCHECK/ WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 1996, p. 814), que el número de condenados a esta medida ha seguido decreciendo en los últimos años (38 condenados a ella en 1991, año en que había en total 187 internados por esta causa). Sin embargo, el número ha vuelto a crecer en los últimos años del siglo XX, sobre todo a raíz de la Ley para la lucha contra los delitos sexuales violentos de 1998, cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, Valencia 2001, p. 378.

⁷⁸ Véase STC 150/1991, de 4 de julio. Al respecto, ZUGALDÍA ESPINAR, Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, Poder Judicial 1989. Sin embargo, en el Proyecto de reforma del Código penal, que actualmente (2003) se debate en el Congreso, se le da un

286: habitualidad en el abuso de información privilegiada en el mercado de valores; art. 299: recepción habitual de faltas contra la propiedad) se le da un tratamiento específico al delincuente habitual. También se excluye a los habituales de la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a dos años (art. 88,1; cfr. también art. 94). Pero desde el punto de vista de las medidas de seguridad no se prevé ninguna reacción especial para este tipo de delincuencia⁷⁹, como sucedía en Alemania con el centro de terapia social que se regulaba en el parágrafo 65 StGB, cuya entrada en vigor fue postergándose hasta que fue definitivamente derogado en 1985⁸⁰.

La renuncia o supresión de la medida de internamiento en centro de terapia social demuestra el escepticismo con el que se miran hoy los programas de tratamiento, pero también las críticas realizadas contra el concepto mismo de resocialización y la imposibilidad de su realización, cualquiera que sea el contenido que se le dé, en unas prisiones cada vez más hacinadas y en peor estado⁸¹. Por otro lado, el reforzamiento de las garantías del

tratamiento aún más severo a la multireincidencia, hasta el punto de que su apreciación determina la imposición de la pena superior en grado a la prevista originariamente para el delito.

⁷⁹ Véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, pp. 79 ss.

⁸⁰ Sobre su regulación hasta su derogación en 1985 informa JESCHECK, Tratado, p. 1123.

⁸¹ Ya en 1979 me pronuncié contra una aceptación acrítica del concepto de resocialización y de las posibilidades de su consecución en los actuales establecimientos penitenciarios (véase MUÑOZ CONDE, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, Cuadernos de Política Criminal 1979, luego recogido, con algunas matizaciones ya hechas en posteriores trabajos sobre el tema, en Derecho penal y control social). Actualmente parece bastante extendido este escepticismo frente al concepto de resocialización que, por cierto, tiene uno de sus orígenes en el Proyecto de RADBRUCH, quien en la p. 55 habla de una Ley

ciudadano frente al poder punitivo del Estado, tanto en el ámbito de las penas como en el de las medidas, de lo que puede ser una buena prueba el Título IV del vigente Código penal, que sigue en esta materia la línea ya marcada por la Propuesta de Anteproyecto de 1983⁸², y la consecuente atenuación del contraste culpabilidad-peligrosidad⁸³, que sirvió de base al sistema dualista puro⁸⁴, ha determinado un cambio de imagen del tradicional marco auspiciado por los Proyectos de Código penal de la República de Weimar y la reforma nacionalsocialista de 1933; y en España por la Ley de Vagos y Maleantes y la aún más funesta Ley de Peligrosidad social.

Afortunadamente, las actuales tendencias de la Ciencia alemana del Derecho penal procuran superar la perniciosa

penitenciaria basada en el sistema progresivo y en la idea de mejora (Besserung), que dio lugar a los Principios del Reichsrat de 1927 que hacía de la prevención de la reincidencia la meta principal del sistema penitenciario (parágrafo 48) y del sistema progresivo o gradual (parágrafos 130 y 131) un medio esencial para la realización de la idea de educación. Sobre el pensamiento de RADBRUCH en esta materia, véase la Introducción E. SCHMIDT al Proyecto de RADBRUCH, p. 13: "Las reservas que tiene el Proyecto de Radbruch en relación con la pena privativa de libertad, están dictadas por la idea de resocialización".

⁸² Véase MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social.

⁸³ Véase HASSEMER, Fundamentos, p. 298: "Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea jurídicoconstitucional y políticocriminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídicopenal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria".

⁸⁴ Véase, por ej., MAURACH, Tratado, tomo I, pp. 58 ss.

esquizofrenia metodológica en que incurrió durante el período de la República de Weimar, bien introduciendo la Política criminal en el tratamiento dogmático y sistemático de los problemas jurídicos penales⁸⁵, u orientando el sistema penal *out put*, hacia las consecuencias preventivas que se pretenden alcanzar con él⁸⁶. Naturalmente, tampoco estas tendencias están exentas de incurrir en exageraciones funcionalistas de las que ya hay más de un ejemplo en el momento presente⁸⁷, justificando el Derecho penal por su funcionalidad como subsistema, sin cuestionar el sistema social, político o económico que le sirve de base. Pero éste y otros riesgos semejantes no sólo acechan a la actividad jurídico penal, sino a cualquier otra actividad intelectual, jurídica o extrajurídica. Si de algo se puede acusar globalmente a los penalistas alemanes de la época de la República de Weimar, valoraciones ideológicas aparte, es de haber sido demasiado consecuentes con los postulados puramente dogmáticos de los

⁸⁵ Véase, por ej., ROXIN, Sistema del Derecho penal y política criminal, traducción e introducción de Muñoz Conde, Barcelona 1972 (nueva edición en Buenos Aires, 2000).

⁸⁶ Véase HASSEMER, Fundamentos, p. 35.

⁸⁷ En esta línea se mueve el Tratado de JAKOBS, que está ejerciendo una gran influencia tanto en la Ciencia alemana, como en la española del Derecho penal, véase, por ej., SCHÜNEMANN (comp.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, 1984. Véanse también SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, pp. 67 ss.; y EL MISMO, La expansión del Derecho penal, 2.^a ed., 2002. Críticamente: MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, pp. 26 y 112 s. Sobre la admisión de JAKOBS, más allá de sus planteamientos puramente dogmáticos, de un “Derecho penal para enemigos” y el peligro que éste puede suponer para las garantías básicas del ciudadano en el Estado de Derecho, véase MUÑOZ CONDE, ¡Hacia un Derecho penal del enemigo?, en El País, 15 enero 2003, e *infra* capítulo II, epígrafe III.

que partían, cultivando la Dogmática jurídica penal *l'art pour l'art*, alejándose bastante de la realidad política, social y económica que les tocó vivir, y dejando, en cierto modo, con sus exquisiteces y elucubraciones teóricas, la puerta abierta a la terrible bestia del nacionalsocialismo, al que no quisieron o no supieron ver como el verdadero enemigo de la dignidad humana.

Ojalá los tiempos hayan cambiado y los penalistas de ahora estemos más preparados, si no para evitar, sí, por lo menos, para identificar los verdaderos peligros que acechan a una configuración pacífica y democrática de la convivencia social, con la manipulación ilimitada del arma más terrible de que dispone el Ordenamiento jurídico estatal: el Derecho penal. Para que no pase lo que ya Gustav RADBRUCH denunció con especial clarividencia en 1926:

“Con demasiada frecuencia, tanto antes de la guerra, como durante ella, el profesor se había convertido en una especie de trompeta convenida de era ella quien tocaba, ignorando que eran otros quienes soplaban... Con el caudillismo y suparafernalia, las Universidades fueron arrastradas por el espíritu de la época, pero con frecuencia fueron ellas quienes arrastraron a su vez al resto de la sociedad hacia aquel espíritu”⁸⁸.

En los siguientes capítulos veremos hasta qué punto esta actitud culminó en una estrecha colaboración, incluso entusiasta, de algunos profesores y juristas alemanes, entre los más ilustres en sus respectivas especialidades, con el régimen nacionalsocialista y con sus más atroces excesos, de la mano de la vida y milagros del que fue famoso penalista y criminólogo Edmund MEZGER.

⁸⁸ Citado por KÜHNL, La República de Weimar, p. 148.

CAPÍTULO II

EL PERSONAJE:

PROF. DR. EDMUND MEZGER

El presente capítulo constituye con modificaciones el texto de la que fue 2.^a edición de este libro. Algunas partes han sido publicadas como artículos independientes (en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires 2001; *Revista internacional de teoría, filosofía y sociología del derecho*, ALTER 2002, México), o, actualmente, están en prensa en el *Homenaje a Manuel de Rivacoba*, Buenos Aires, y en el *Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Universidad Complutense, Madrid. También hay una traducción al alemán de THULFAUT, publicada con el título “Die andere Seite des Edmund Mezger” en *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, tomo 3 (2001/2002), edit. por Thomas Vormbaum, FernUniversität Hagen, 2002, pp. 237 ss.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de los años 80 del pasado siglo se manifestó en Alemania un renovado interés por revisar la vida y la obra de famosos juristas que habían desempeñado un papel preponderante en la época nacionalsocialista y que luego, tras la Segunda Guerra Mundial, siguieron desempeñándolo ya en plena época de la República Federal. A ello contribuyó sin duda la superación de los tabúes y misterios con que se había rodeado el pasado oscuro de esos juristas, algunas de cuyas obras más comprometidas desaparecieron de las bibliotecas públicas y de la bibliografía de los libros mejor informados, o simplemente se encerraron bajo siete llaves en lo que se llamaba “Giftschränk” (“armario de los venenos”), guardado sigilosamente en los sótanos más recónditos de las Facultades de Derecho. Pero también la desaparición física o por lo menos la jubilación de estos ya viejos juristas, cuya presencia activa en los claustros universitarios hasta bien entrados los años sesenta, y a veces setenta, había impedido cualquier tipo de valoración de las obras publicadas en aquella época y la comparación con las escritas posteriormente¹.

¹ Como dice Uwe WESSEL, *Juristische Weltkunde*, 7.^a ed., Frankfurt a. M. 1997, p. 145: “La razón de esto es fácil de decir. Había demasiados supervivientes y más todavía demasiados supervivientes poderosos, jueces, profesores y otros juristas de aquella época, a los que no se quería o podía molestar. Sólo poco a poco van desapareciendo. El «espíritu corporativo» también va desapareciendo. Y así sólo en los últimos tiempos se ha comenzado en serio a elaborar el rico material existente. Aún no se ha avanzado mucho. En el mundo del Derecho algunas cosas tardan más”. Una buena descripción del estado de la Ciencia del Derecho público alemán y de las vinculaciones de algunos de sus más destacados representantes con el nacionalsocialismo, hace SCHLINK, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt am Main 2002, pp. 124 ss., bajo el

Pero la que algunos intelectuales alemanes denominaron “Bewältigung der Geschichte” o “der Vergangenheit”, es decir, la necesidad de estudiar y elaborar los sucesos del pasado como única forma de conocerlos y superarlos, así como el interés de las nuevas generaciones alemanas por conocer su inmediato pasado, hicieron que poco a poco se levantaran los tabúes en ámbitos hasta entonces impermeables a la investigación histórica y permitieron realizar estudios sobre el papel que jugaron no ya sólo los llamados “juristas terribles”², es decir, los juristas que más

título: “Unfähigkeit der Staatsrechtswissenschaft zu trauern?” (¿Es incapaz la Ciencia del Derecho público de sentir pena?). En este mismo trabajo en la p. 138, nota 14 dice lo siguiente: “Entre los recuerdos de mis estudios en Heidelberg en los años sesenta en el Seminario Jurídico está el llamado armario de los venenos, en el que estaba encerrada la bibliografía jurídica de 1933 a 1945, a la que sólo podía accederse con un permiso especial del catedrático”.

SCHLINK es, además de Profesor de Derecho constitucional y Magistrado, el autor de una conocida novela, “Der Vorleser” (traducida al español con el título de “El lector”), en la que se narra la extraña y trágica historia de una antigua vigilante de un campo de concentración nazi.

² Esta expresión (“furchtbare Juristen”) es utilizada como título del libro de Ingo MÜLLER, Furchtbare Juristen, 1987, en el que analiza sobre todo la contribución al régimen nazi de juristas que ocuparon puestos destacados en la política, en la Administración de Justicia o en la enseñanza del Derecho de aquella época. Uno de ellos, quizás el más representativo, fue el Presidente del Reichsgericht (Tribunal Supremo) en la época de la República de Weimar y que incluso, en principio, fue mal visto por los nazis, que lo acusaron de blando porque, bajo su presidencia, el Tribunal que juzgó a los presuntos autores del incendio del Reichstag (Parlamento), probablemente provocado por los propios nazis, sólo condenó (a muerte, por cierto) a uno de ellos (Van der Lubbe), pero absolió a los otros tres acusados. Sin embargo, Bumke continuó siendo Presidente del Reichsgericht y, probablemente para congraciarse con los nuevos detentadores del poder, llegó a presidir la

Sala Tercera de dicho Tribunal, en la que, por presión del Ministerio de Justicia y miedo a las represalias, se pronunciaban con frecuencia penas de muerte por asuntos de escasa importancia. Bumke se suicidó el 20 de abril de 1945, pocos días después de la entrada de las tropas americanas en Leipzig (sobre Bumke, véanse MÜLLER, ob. cit., pp. 48 s.; KOLBE, *Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke*, 1975, y el interesante resumen que hace de la vida de este personaje WESSEL, *Juristische Weltkunde*, pp. 159 ss.). Para valorar la Administración de Justicia de aquella época y el papel que tuvieron los jueces ordinarios en la aplicación del Derecho penal nazi, hay que tener en cuenta que uno de los Procesos de Nuremberg llevados a cabo por los Tribunales norteamericanos tuvo por objeto el enjuiciamiento de algunos jueces que se habían distinguido por sus sentencias especialmente duras (en las que se aplicaba con bastante frecuencia la pena de muerte, la esterilización o el internamiento en campos de concentración) por hechos de escasa gravedad o importancia, o simplemente por pertenencia a grupos sociales o étnicos “extraños” a la comunidad del pueblo alemán (prostitutas, mendigos, vagos, homosexuales, gitanos, etc.). Uno de estos casos fue el del ciudadano judío Katzenberger, que fue condenado a la pena de muerte por el delito de “ultraje a la raza” por unos hechos que, todo lo más, si se hubiesen realmente probado, no pasaban de ser un adulterio con una mujer alemana casada (que, por cierto, fue condenada también por falso testimonio a dos años de prisión). Sentencias de similar dureza se dieron también en las zonas ocupadas por el ejército alemán, especialmente en Polonia que incluso llegó a tener un Derecho penal creado especialmente para este país, conforme al cual una mujer polaca fue condenada a la pena de muerte por haber golpeado con su bolso en el rostro a una mujer alemana (caso Kulesa). En estas sentencias lo que impresiona no es ya su dureza o crueldad, con ser tanta, sino la fundamentación que dan a las mismas jueces profesionales que aplican todo el rigor dogmático y las reglas hermenéuticas tradicionales para determinar conceptos como el de “acción deshonesta”, “ultraje a la raza” o “pena adecuada a la culpabilidad” con la misma frialdad que si se tratara de determinar un problema jurídico abstracto. Un buen ejemplo de hasta dónde puede llegar la “perversión” de la Dogmática jurídica cuando se utiliza de un modo aparentemente neutro para justificar decisiones en sí perversas (el texto de estas sentencias y sus fundamentos jurídicos se pueden encontrar en muchos catálogos y libros sobre los procesos de Nuremberg; aquí he utilizado la edición de STAFF, *Justiz im Dritten Reich*, 1964, pp. 194 ss., por lo que se refiere al caso Katzenberger;

directamente, como altos funcionarios, jueces, fiscales, etc., intervinieron en la aplicación de las leyes más características del período nacionalsocialista, sino también, y éste es el ámbito que más nos interesa aquí, de aquellos que desde sus cátedras universitarias las comentaron e interpretaron en sus Tratados, estudios y publicaciones diversas, o intervinieron directamente en su redacción, legitimándolas científicamente con el peso de su autoridad académica. Salieron así a la palestra, entre otros,

p. 221 en relación al caso Kulesa. Una especial dureza tuvieron también las sentencias de los Sondergerichte de Berlín, en los que también se aplicó la pena de muerte a un ciudadano judío de origen polaco acusado de “ultraje a la raza” (“Rassenschande”), con el fundamento de que “la voluntad expresada con sus reiterados delitos (tener relaciones sexuales frecuentes con diversas mujeres de raza aria) se dirige contra el más alto bien jurídico: la pureza racial del pueblo alemán” (véase el texto de esta sentencia del Sondergericht de Berlín de 24 de noviembre de 1941, en SCHIMMLER, Recht ohne Gerechtigkeit, Berlín 1984, pp. 96 ss.). También fueron frecuentes, por aplicación de la Ley sobre el delincuente habitual de 1933, las condenas a internamiento en custodia de seguridad en campos de concentración (cfr. *supra* capítulo I,I). A pesar de ello, los jueces nazis juzgados en Nuremberg, que fueron condenados a cadena perpetua o a largas penas de prisión, obtuvieron la libertad en poco tiempo. En realidad, fuera de este proceso y de algunas inhabilitaciones para ejercer como jueces acordadas por las Comisiones de Depuración creadas al efecto, ninguno de estos “furchtbare Juristen” tuvo grandes problemas para reintegrarse a la vida normal tras algunos años de ostracismo (cfr. *infra* capítulo VI, y con más detalles sobre este Proceso contra los Juristas nazis, los comentarios de MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓN a la película de Stanley Kramer “¿Vencedores o vencidos?”). La bibliografía sobre todo esto es inabordable, una buena información historiográfica tanto sobre los procesos de Nuremberg, como sobre los procesos ante los Tribunales alemanes, ofrece DIESTELKAMP, “Die strafrechtliche Ahndung von NS-Unrecht”, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 21.Jahrgang 1999, Nr. 3/4, pp. 417 ss. Cfr. también *infra* capítulo VI.

nombres como los del constitucionalista Theodor MAUNZ, el civilista Karl LARENZ, o el penalista Edmund MEZGER, que es de quien nos ocuparemos sobre todo en este trabajo.

Por lo que respecta al Derecho penal académico, ya en los años 80 se ocupó Monika FROMMEL de “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción”³ y en otro artículo sobre “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”⁴, del papel legitimador que tuvieron las ideas de MEZGER en los planteamientos biologicistas y racistas de aquella época. Pero ha sido recientemente cuando se han publicado en Alemania dos obras excelentes, sendas tesis doctorales, que someten a un estudio exhaustivo las concepciones políticocriminales y dogmáticas de los penalistas más importantes en la época nacionalsocialista, y especialmente las de Edmund MEZGER.

³ Publicado con este título, en versión española de Muñoz Conde, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989. La versión original alemana se encuentra en Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, edit. por Reifner/ Sonnen, 1984, pp. 96 ss.

⁴ Publicado con este título, en traducción de Muñoz Conde, en Estudios Penales y Criminológicos XVI, 1993. La versión original alemana está publicada en “Recht und Rechtslehre im Dritten Reich”, Kiel 1990 (también, ligeramente modificada, en: Festschrift für Sten Gagnér, München 1991, pp. 47 ss.). También otros trabajos de FROMMEL son importantes para comprender el Derecho penal de la época nazi, especialmente: “Von der Strafrechtsreform zur Rechtserneuerung”, en ROTHELEUNER, Recht, Rechtsphilosophie und Nazionalsozialismus, Wiesbaden 1983, pp. 45 ss.; también Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des Pargf. 211 StGB, im Jahre 1941, Juristen Zeitung 1980, pp. 559 ss. De un modo general sobre los orígenes de la discusión sobre los fines de la pena en Alemania en el siglo XIX, véase también de la misma autora Präventionsmodelle.

La primera de estas obras es la de Jan TELP⁵, en la que, como su título indica, analiza dos conceptos fundamentales del Derecho penal nacionalsocialista: “Ausmerzung”⁶, es decir, la eliminación o liquidación principalmente de “los elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza” como fin de la pena; y “Verrat”, es decir, la traición o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para con la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material de delito; tal como fueron expuestos, con más o menos variantes, ardor y competencia científica por Georg DAHM, Roland FREISLER, Karl KLEE, Edmund MEZGER y Johannes NAGLER, que, con la excepción de FREISLER, que fue ante todo un político o ideólogo nazi, se pueden considerar como la flor y nata de los penalistas académicos de aquella época.

La segunda obra es la de Gerit THULFAUT⁷, dedicada íntegramente al estudio de la Política criminal y de la Teoría del Derecho penal de Edmund MEZGER, antes, durante y después del régimen nacionalsocialista.

⁵ Ausmerzung und Verrat, Zur Diskusion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, Frankfurt am Main 1999.

⁶ La expresión “Ausmerzung” significa liquidar o eliminar y etimológicamente procede del método utilizado en Alemania en el siglo XV para eliminar de las manadas o piaras a los animales que no eran idóneos para la cría. Esta eliminación se llevaba a cabo en el mes de marzo (“März” en alemán), de ahí su nombre (cfr. TELP, ob. cit., p. 20). Las connotaciones biologicistas y de selección racial que tiene el término son, pues, evidentes.

⁷ Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962), Baden-Baden 2000. Sobre esta obra y la de TELP, véanse las diversas recensiones que se han realizado en Alemania, traducidas y recogidas en MUÑOZ CONDE, Algunas notas bibliográficas sobre Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, en Revista Penal 12, 2003.

A partir de estos trabajos, se ha renovado el interés por el Derecho penal durante el nacionalsocialismo y sobre el papel que en la configuración del mismo desempeñaron algunos de los Profesores de Derecho penal más importantes en aquella época, hasta el punto de que en el Congreso de Penalistas Alemanes celebrado en mayo de 2003 en Bayreuth se ha tratado monográficamente “La influencia del nacionalsocialismo en el Derecho penal”. Ello constituye realmente una novedad y un verdadero hito, pues durante más de cincuenta años ha sido un tema verdaderamente tabú para la Ciencia alemana del Derecho penal, que incluso en los Tratados y Manuales más representativos de la misma ha soslayado sospechosamente durante todo este tiempo enfrentarse directamente con el tema, citando apenas en la evolución histórica del Derecho penal y como de pasada el Derecho penal nacionalsocialista y mencionando todo lo más como sus principales representantes a los penalistas de la llamada “Escuela de Kiel”: DAHM, que después de la guerra, tras un breve exilio en Teherán, se hizo Catedrático de Derecho Internacional Público, y a SCHAFFSTEIN, que después de la guerra se ocupó sobre todo del Derecho penal juvenil, destacando en ellos sobre todo sus ideas antiliberales y su concepción a favor del “Derecho penal de autor”. Entre ellos no se contaba ni se mencionó jamás a Edmund MEZGER, a quien hasta su muerte en 1962 e incluso hasta los trabajos de TELP y THULFAUT en 1999 y en el 2000, se le siguió considerando como un dogmático puro por encima de toda sospecha o al abrigo de cualquier veleidad o colaboración con el régimen nacionalsocialista.

Sin embargo, ya en el trabajo de Monika FROMMEL sobre “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”, anteriormente citado, se aludía a algunas ideas de MEZGER durante el nacionalsocialismo claramente racistas, y en un trabajo de REHBEIN de 1987 se calificaba a MEZGER como el

“Jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista”⁸. Paralelamente, en mi artículo “Política criminal y Dogmática jurídico penal en la República de Weimar”, publicado por primera vez en 1994 y recogido ahora en esencia en el capítulo I de esta obra, aludía al pasado nazi de MEZGER, que por diversas razones siempre intuí que podía ser más importante de lo que entonces se decía. Por eso, cuando comencé a escribir, en el verano del año 2000, aprovechando una larga estancia en el Instituto de Derecho penal de Frankfurt am Main a raíz de que se me hubiese concedido en 1999 el Premio de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt en la República Federal de Alemania, un trabajo que, en principio, sólo estaba destinado a servir de Introducción a la versión española que años antes había realizado de la monografía de MEZGER “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik”, pronto encontré una serie de libros, artículos, ideas y opiniones publicadas por dicho autor en aquella época que confirmaban claramente ese pasado. El descubrimiento, tras paciente investigación en Archivos y Bibliotecas alemanas, de nuevos datos y materiales sobre la vida y obra de este penalista durante el nacionalsocialismo, algunos de ellos apenas conocidos e incluso inéditos o desconocidos hasta la fecha, me hizo profundizar en mi interés por el citado autor, e ir publicando diversos trabajos, recogidos luego en sucesivas ediciones de este libro. Aprovecho ahora la cuarta edición para revisarlos y exponerlos de forma conjunta, eliminando algunas repeticiones, o añadiendo algunos datos nuevos, principalmente de tipo bibliográfico que han aparecido o de los que he tenido noticias posteriormente.

⁸ Véase REHBEIN, Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im Nazionalsozialistischen Rechtssystem. Eine Wissenschaft begründet die Barbarei, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1987, pp. 193 s.

En este capítulo se exponen una breve biografía de Edmund Mezger y, en un Excurso, el contexto dogmático y políticocriminal en el que se desarrolló la mayor parte de su obra. Posteriormente, se comenta la principal y única monografía que publicó después de la Segunda Guerra Mundial (“Modernas orientaciones de la Dogmática jurídicode penal”), en la que recupera un discurso fundamentalmente dogmático causalista que sirvió de base a la polémica que se desencadenó en los años 50 y 60 entre causalistas y finalistas. El capítulo termina con referencias a “la otra cara” de su personalidad, es decir, a su estrecha colaboración con el régimen nazi y su contribución a la configuración de un Derecho penal acorde con la ideología y postulados políticocriminales de dicho régimen. Este último epígrafe del presente capítulo se ha reducido en esta edición notablemente, ya que la mayoría de los datos que en él se incluyen han sido objeto de posterior elaboración y ampliación en sucesivos trabajos que ahora se contienen en los capítulos siguientes, a los que remito.

II. EDMUND MEZGER. SU OBRA Y SU TIEMPO

Según la propia declaración contenida en su Acta Personal en la Universidad de Múnich y presentada al Ministerio bávaro de Estado, cumpliendo lo previsto en la Ley de 7 de abril de 1933⁹, y según también los datos que él mismo aportó posteriormente en el “Proceso de desnazificación” al que fue sometido

⁹ Esta ley pretendía entre otras cosas “limpiar” la Administración alemana de “judíos” y “medios judíos”, por eso era obligatorio suministrar los datos de religión, procedencia, profesión, etc., de los antepasados. Los datos se encuentran en el Acta Personal de Mezger en la Universidad

tras la Segunda Guerra Mundial, Edmund MEZGER nació el 15 de octubre de 1883 en Basilea (Suiza), en el seno de una familia alemana de Wütemberg, de religión protestante, y con antepasados juristas que se remontan hasta el siglo XVI. De 1902 a 1906 estudió Derecho en las Universidades de Tubinga, Berlín y Leipzig, en donde tuvo entre otros profesores a los penalistas BELING, BINDING, FRANK, VON LISZT y RÜMELIN. Además de estos profesores parece que ejerció sobre él gran influencia, sobre todo en aspectos metodológicos jurídicos, el civilista Philip HECK, jurista muy conservador, enemigo de la República de Weimar, y al que se concedió de manos del propio Adolf Hitler en 1938 la Medalla Goethe del Arte y la Ciencia¹⁰.

En 1908 se doctoró en Tubinga con su maestro Ernst BELING, con una tesis doctoral sobre la “Doble relevancia procesal y

de Múnich (UAM, E II-N, Mezger) y son ofrecidos tanto en el libro de TELP, como en el de THULFAUT. Otras fuentes sobre la biografía de Mezger, aunque de naturaleza más panegírica que objetiva, se encuentran en las notas publicadas con motivo de su jubilación (cfr., por ej., ENGISCH, Zum 70. Geburtstag von Edmund Mezger, *Juristen Zeitung* 1953, pp. 1953 ss.; LANGE, Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 65, 1955, p. 331) o de su fallecimiento (véanse, por ej., BLEI, Edmund Mezger, *Juristische Rundschau* 1962, p. 175; WÜRTEMBERGER, Edmund Mezger zum Gedenken, *Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1963, pp. 82-85). También VON JAN, Edmund Mezger, en *Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlags H. C. Beck*, Múnich 1988; NAVARRETE URIETA, La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1956, p. 39, y la nota necrológica publicada por el mismo autor en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1962, pp. 470 ss. Ver además *infra*, los datos que se contienen en su “Proceso de desnazificación”, capítulo VI.

¹⁰ El dato se encuentra en THULFAUT, *Kriminalpolitik*, p. 7.

material de una circunstancia en el proceso civil cognitivo”¹¹. Y en 1918, el año de su matrimonio, se habilitó también con BELING con un trabajo sobre “El perito psiquiatra en el proceso”¹². En la misma Universidad de Túbingen siguió como docente y Profesor extraordinario hasta 1925, año en que fue nombrado Profesor ordinario de la Universidad de Marburgo, como sucesor de Ludwig Träger. En 1931 publicó la 1.^a edición de su Tratado de Derecho penal y en 1932 fue llamado como sucesor de su maestro BELING a la Universidad de Múnich, de cuya cátedra de Derecho penal tomó posesión en los primeros días de enero del año 1933. En ese mismo año, ya en Múnich, apareció la 2.^a edición, traducida al italiano y al español¹³. El 30 de enero había sido nombrado Canciller del Reich Adolf Hitler.

Ya en esa época, MEZGER era uno de los más importantes representantes de la Ciencia alemana del Derecho penal y estaba en pleno apogeo de su fama, no sólo conseguida con la publicación de su Tratado, sino con anteriores trabajos de naturaleza fundamentalmente dogmática, como sus artículos sobre los elementos subjetivos del injusto¹⁴ o el sentido de los tipos penales¹⁵. Pero, como veremos seguidamente, a partir de 1933 no sólo siguió siendo un penalista famoso, sino que además se convirtió en el penalista más destacado del régimen nacionalsocialista que dominó Alemania de 1933 a 1945.

¹¹ Prozessual-materielle Doppelrelevanz einer Tatsache im zivilprozessualischen Erkenntnisverfahren, 1908.

¹² Der psychiatrische Sachverständige im Prozess, 1918.

¹³ La traducción española la hizo Rodríguez Muñoz y se publicó en dos volúmenes en Madrid en 1935, con el título “Tratado de Derecho penal” (cfr. *supra* capítulo I). La italiana se hizo en 1933 por Mandalari.

¹⁴ Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal, 89 (1924), pp. 207 ss.

¹⁵ Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, en Festschrift für Träger, 1926.

En octubre de 1933 fue nombrado miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal. La primera sesión de esta Comisión tuvo lugar el día 3 de noviembre de 1933 en Berlín, bajo la presidencia del Ministro de Justicia Franz Gürtner. Una copia del Acta de esta reunión se encuentra en el Sächsisches Hauptstaatsarchiv de Dresden (pp. 219 ss.). En ella se recogen las palabras de salutación que dirige el Ministro a los presentes, entre ellos MEZGER, así como el Plan de Trabajo y las directrices a tener en cuenta en la redacción de un nuevo Código penal. La Comisión estaba originariamente formada por cuatro científicos (los profesores Dahm, de Kiel; Nagler, de Breslau; Kohlrausch, de Berlín; y Mezger, de Múnich) y cuatro prácticos (Klee, Presidente de Sala del Tribunal Supremo; Grau, Presidente del Tribunal Superior de Dusseldorf; Lorenz, que ocupaba el mismo cargo en Leipzig; y otra persona aún por determinar de la Administración de Justicia bávara). A ella pertenecían además los miembros del equipo ministerial, Schlegerberger y Freisler, así como otros representantes de la administración de Prusia y Baviera. También se preveía que se integraran más adelante representantes de la abogacía y de la fiscalía, así como algún científico más. Tras pedir que los trabajos que realizara la Comisión no trascendieran a los medios de comunicación, se formaron cinco grupos para diferentes materias: el Grupo 1 se encargaría de temas relacionados con el principio de legalidad y la analogía, el Grupo 2 de la clasificación de los hechos punibles, el Grupo 3 de si había que configurar un Derecho penal de lesión o un Derecho penal basado en la puesta en peligro, el Grupo 4, integrado por Mezger y Grau, de las formas de autoría, y el Grupo 5 de la medición de la pena. En apenas un año, concretamente en agosto de 1934, la Comisión presentó un texto de Parte General del nuevo Código penal, en el que se recogen algunos preceptos que habían sido introducidos por leyes que ya habían entrado en vigor, como la del delincuente habitual, con las medidas de internamiento en custodia de segu-

ridad y la castración para delincuentes habituales peligrosos, y la analogía como fuente de creación del Derecho penal “conforme al sano sentimiento del pueblo”, que fue aprobada poco después (una copia de este texto se encuentra en el Sächsisches Hauptstaatsarchiv de Dresden, pp. 227 ss.).

En esas fechas publicó MEZGER su “Política criminal sobre fundamentos criminológicos”¹⁶, en la que ya desde el Prólogo, firmado el 15 de octubre de 1933, día en el que cumplía cincuenta años, planteaba la necesidad de adaptar el Derecho penal al nuevo Estado, basándolo en las ideas de “pueblo” y “raza”. Prácticamente, a partir de ese momento hasta 1945 no hizo otra cosa que intentar llevarlas a la práctica¹⁷.

¹⁶ Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 1934. Sobre las principales ideas vertidas en esta obra, véase nota siguiente e *infra* epígrafe V,2, de este mismo capítulo.

¹⁷ Así, por ejemplo, dice expresamente en la última edición, la 3.^a, de 1944, con el título ligeramente modificado de “Kriminalpolitik und ihre kriminologische Grundlage”, p. 146: “En la legislación racial del nuevo Estado encuentra la raza misma ahora su debida (“gebührende”) consideración”, y en la p. 247 de esta misma edición dice: “Especial importancia tiene la concepción constitucional y biológica hereditaria, porque ambas dan la posibilidad de ver los aspectos y los rasgos individuales de la personalidad no ya en sí misma considerada, sino en el contexto más amplio de los condicionamientos de la constitución y la sangre. Es aquí donde encuentra apoyo la idea de eliminar los sectores de la población dañinos para el pueblo y la raza”. Mientras tanto, se habían aprobado ya las leyes racistas de Nuremberg y, entre otras de igual componente racista, la Ley contra los parásitos sociales de 5 de septiembre de 1939, la Ley sobre el Derecho penal juvenil (sobre la que MEZGER iba a dar una conferencia en la Universidad de Coimbra), de 4 de septiembre de 1943, o el Proyecto sobre “elementos extraños a la comunidad”, en cuya redacción, como veremos más adelante en este mismo capítulo, epígrafe V, y sobre todo en el capítulo III, MEZGER tuvo una destacada intervención. También preparaba dar una conferencia inaugural en un curso que sobre esta Ley iba a dirigir en agosto de 1944, tras haber tramitado

Como miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal tuvo destacada participación en la redacción de textos legales fuertemente impregnados de la ideología nazi, como la reforma de 28 de junio de 1935 que introdujo en el Código penal alemán (StGB) la analogía como fuente de creación del Derecho penal “si la idea jurídica que le sirve de fundamento y el sano sentimiento del pueblo así lo requieren”¹⁸.

una solicitud en la primavera de ese año para visitar el campo de concentración de Dachau (cfr. *infra* capítulo V). Lo que en 1934 era sólo un Programa, diez años más tarde se había convertido en una, por cierto bastante dura y amarga, realidad que MEZGER demuestra conocer bastante bien. En 1951 publicó una “Kriminologie” depurada de las connotaciones más evidentemente racistas, aunque siguió insistiendo en la teoría de los “tipos de autor” que ya había defendido en épocas anteriores, y que también era defendida, aunque con distintas variantes, por algunos penalistas muy representativos del pensamiento jurídico nazi como DAHM o SCHAFFSTEIN, según la cual determinadas características biológicas y psíquicas favorecían la comisión de delitos, y que dio lugar a leyes contra el tipo de autor de los elementos dañinos para el pueblo, de claras connotaciones racistas (Ley de 5 de septiembre de 1939). Sin embargo, algún autor, como KAISER (Kriminologie, 2.^a ed., 1988, pp. 33 ss.), considera que la teoría de MEZGER sobre los tipos de autor se basaba fundamentalmente en la psiquiatría de su tiempo, lo cual es hasta cierto punto verdad, pero tampoco deben olvidarse las relaciones que dicha psiquiatría tuvo con el nazismo y que ciertos planteamientos de la misma como los de KRETSCHMER (Körperbau und Charakter, 3.^a ed., 1926) o SCHNEIDER (Die psychopathischen Persönlichkeiten, 3.^a ed., Wien 1929), que tanto influyeron en el pensamiento de MEZGER, tuvieron también buena acogida entre los psiquiatras nazis. En todo caso, íntimamente relacionada con la teoría de los tipos de autor está también la teoría que MEZGER defendió incluso tras la Segunda Guerra Mundial de la “culpabilidad por la conducción de vida” para fundamentar la pena del delito doloso en los casos de “enemistad o ceguera jurídicas”, cfr. *infra* IV,b. Más adelante nos ocuparemos detenidamente de estas ideas.

¹⁸ Parágrafo 2 StGB en su redacción de 28 de junio de 1935. Sobre la participación de MEZGER en esta reforma y la transformación de su

Durante todos esos años escribió libros y artículos profundamente impregnados de la ideología nacionalsocialista, dio conferencias en países con sistemas políticos afines al régimen nazi, como Croacia, Eslovenia, Italia, o ante el Estado Mayor del Ejército alemán ocupante del Norte de Francia y Bélgica. En octubre de 1938 participó como presidente de la delegación alemana en el Congreso de Criminología de Roma. En 1944, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, en la que murió su hijo mayor Kurt en el frente ruso, se preparaba para dar una conferencia en Coimbra sobre “El Derecho penal juvenil en la Alemania nacionalsocialista”, en cuya configuración había intervenido, publicaba la 3.^a edición de su “Política criminal”, solicitaba visitar campos de concentración, como el de Dachau, y dirigía y daba la conferencia inaugural de un Curso introductorio sobre la Ley para el tratamiento de los “extraños a la comunidad” (“Gemeinschaftsfremde”) a la luz de la Biología criminal, en cuya redacción había intervenido y que había sido una de sus obsesiones durante toda esa época. De algunas de estas contribuciones de MEZGER a la configuración de los aspectos más importantes y característicos del Derecho penal nacionalsocialista nos ocuparemos más adelante en el epígrafe V de este capítulo y en los siguientes.

En todo ese tiempo se mantuvo fiel a su Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, de la que llegó a ser Decano ya a finales de la guerra, habiendo rechazado en 1942 la oferta que le hicieron desde el Ministerio de Educación de ocupar la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Berlín, como sucesor de Gleispach¹⁹.

anterior concepción opuesta a la analogía a su posterior aceptación, informa con todo detalle THULFAUT, *Kriminalpolitik*, pp. 161 ss.

¹⁹ Todos estos datos se encuentran en el libro de THULFAUT, ob. cit., pp. 16 ss., que los ha obtenido directamente del Acta Personal de MEZGER

Ni que decir tiene que recibió varios doctorados honoris causa y también condecoraciones en los países con gobiernos afines al régimen nazi. Todavía después de la guerra recibió el título de doctor honoris causa en Medicina por la Universidad de Túbingen, y el doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra en 1956. En 1960 recibió la Cruz de la Orden del Fénix del Rey Pablo de Grecia²⁰. A mediados de los años cincuenta dio algunas conferencias en España en las Universidades de Valladolid y Madrid²¹.

Con estos antecedentes no cabe duda de que los años inmediatamente posteriores a la terminación de la guerra tuvieron que ser difíciles para MEZGER. En octubre de 1945 fue apartado de su cátedra por el Gobierno militar y posteriormente en 1947 fue clasificado por la Comisión de Depuración como colaborador (“Mitläufer”, lit. “cocorredor”, “compañero de correrías”) del régimen nazi. Incluso estuvo algunas semanas en la cárcel, en Nuremberg, acusado de haber sido miembro del Servicio de Seguridad del Partido nazi, vinculado a la SS, aunque no llegara a probarse este cargo, siendo poco tiempo después puesto en libertad. En todo caso, como muchos otros funcionarios y pro-

existente en la Universidad de Múnich. Pero también se encuentran en la declaración que “de su puño y letra” hace el propio Mezger en “el proceso de desnazificación” al que fue sometido después de terminar la guerra (para más detalles sobre este proceso, cfr. *infra* capítulo VI).

²⁰ Cfr. THULFAUT, lug. u. cit.

²¹ La conferencia de MÉZGER “Modernos aspectos de la imputabilidad”, leída por su autor en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en Madrid el 19 de mayo de 1956, está publicada en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1956, pp. 437 ss. Cfr. también MÉZGER, “La culpabilidad en el moderno Derecho penal”, traducción de Navarrete Urieta, Valladolid 1956 (agradezco al Profesor Sergio Romeo, de la Universidad del País Vasco, que me haya proporcionado una fotocopia de esta obra).

fesores universitarios de aquel tiempo fue miembro del Partido nazi (NSDAP) y, además, de la Asociación nacionalsocialista de juristas alemanes, de la SS y de otras muchas asociaciones nacionalsocialistas²².

A pesar de esos antecedentes, fue repuesto en su cátedra, en la que de hecho parece que se mantuvo todo ese tiempo, oficialmente desde el 1 de octubre de 1948. Y aunque jubilado desde el 1 de abril de 1952, continuó impartiendo sus clases algunos cursos más. En 1954 apareció un Libro Homenaje con motivo de su 70 aniversario, editado por sus colegas de Múnich Karl ENGISCH y Reinhardt MAURACH, en el que colaboraron algunos penalistas destacados del momento, aunque, según indican los propios editores, otros rehusaron su participación por “circunstancias imponderables” en el último momento²³.

El 6 de abril de 1954, MEZGER fue nombrado de nuevo miembro y Vicepresidente de la Comisión de Reforma del Derecho penal, conforme a una política muy característica de la “época Adenauer” consistente en recuperar las “viejas glorias” o simplemente mantenerlas en sus puestos. Hasta 1959 participó activamente en los trabajos de elaboración de un Proyecto de Código penal que luego se convertiría en el Proyecto de 1960, de fuerte impronta conservadora.

Durante toda esta etapa, MEZGER continuó siendo uno de los penalistas más destacados e influyentes también para las nuevas generaciones, merced sobre todo a la versión resumida de su Tratado, de la que ya había ofrecido algunos ejemplos en

²² Para más detalles sobre esta etapa de su vida, véase *infra* capítulo VI.

²³ Entre ellos destaca la ausencia de Hans WELZEL, con el que ya entonces había iniciado la polémica; cfr. Prólogo de los editores, Karl ENGISCH y Reinhardt MAURACH, *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953, München-Berlin 1954*.

1936 con su *Leitfaden* y en 1938 con el *Grundriss* (3.^a ed., 1943), convertido en un *Studienbuch* o Libro de estudios (Manual para estudiantes) que, tanto en la Parte General, como en la Especial, alcanzó todavía en vida de MEZGER varias ediciones, y fue continuado luego por su discípulo Herrman BLEI, catedrático de Derecho penal en la Universidad Libre de Berlín.

Al comienzo de esta última etapa escribió la monografía “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik” de 1950, de la que más adelante (cfr. *infra* epígrafe IV de este capítulo) nos ocuparemos detenidamente, dada la importancia que tuvo en el desarrollo de la Dogmática jurídico penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial. Pero también es un dato relevante para comprobar la capacidad que tenía MEZGER para adaptarse a cualquier situación política y continuar siendo, a pesar de su edad, un personaje importante y representativo de la Ciencia alemana del Derecho penal. Esta monografía, oficialmente concebida como un complemento a la tercera edición del Tratado, que no era más que una reimpresión de la segunda edición de 1933, constituye de hecho el primer escrito polémico que MEZGER escribe expresamente para criticar la teoría final de la acción y el sistema del Derecho penal basado en ella, que ya desde los años 30 venía elaborando el entonces joven penalista y filósofo del Derecho Hans WELZEL²⁴, al que hasta entonces MEZGER prácticamente no le había dedicado ninguna atención.

²⁴ Los primeros trabajos en los que WELZEL desarrolla un nuevo sistema del Derecho penal basado en su teoría de la acción final datan de finales de los años 30 (cfr., por ej., *Studien zum System des Strafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 58, 1939, pp. 491 ss.) y aunque ciertamente su concepción tenía ciertas concomitancias con el “Derecho penal de la voluntad” de la llamada Escuela de Kiel (DAHM, SCHAFFSTEIN), la importancia de WELZEL en aquella época era mínima comparada con la de MEZGER, pues, como dice Monika

Es difícil entender a que se debió este repentino interés de MEZGER por dicha teoría. ¿Vio realmente en ella un peligro para su concepción dogmática del Derecho penal, a la que por lo demás había tenido bastante abandonada en los últimos años? ¿Fue un pretexto y una inteligente maniobra para desviar la atención sobre su inminente pasado y centrar la discusión del Derecho penal en un plano aparentemente más neutro y menos comprometido como el de la Dogmática jurídicol penal?

Cualquiera de estas razones o todas juntas pueden ofrecer una explicación válida para este repentino cambio de orientación científica. Pero lo cierto y verdad es que a partir de la publicación de esta monografía de MEZGER, se inició en la Ciencia alemana del Derecho penal una polémica entre los partidarios de la teoría causal y los de la teoría final de la acción que, por asombroso que parezca, ha llegado hasta nuestros días, sustituyendo a la polémica que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se desarrolló también en Alemania entre los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención como fines de la pena, que dio lugar a la famosa “lucha de Escuelas”²⁵. No obstante, y como prueba de que los doce años de dominio nacionalsocialista no habían pasado en vano entre los penalistas que lo vivieron en primera línea, a veces en la discusión aparentemente sólo dogmática y sistemática se utilizaba como argumento para descalificar la tesis contraria su proximidad a las tesis del Derecho penal nacionalsocialista. Así, por ejemplo, es sintomático que en la discusión sobre la regulación del error en

FROMMEL en su artículo anteriormente citado sobre los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción, WELZEL entonces no era más que un “joven docente lleno de ambiciones”. Sin embargo MÜLLER, Furchtbare Juristen, p. 223, lo califica de “uno de los ideólogos del Derecho penal de la dictadura de Hitler”.

²⁵ Cfr. al respecto FROMMEL, Präventionsmodelle.

la Comisión de Reforma del Derecho penal, surgiera una discusión entre MEZGER y WELZEL en la que éste achacaba a la posición de MEZGER sobre la “enemistad o ceguera jurídicas” su identidad con la regulación del Proyecto nazi de 1936, en el que MEZGER había intervenido. Un reproche similar le han hecho luego a WELZEL muchos partidarios de la teoría causal de la acción, que entre otras cosas siempre han señalado la proximidad de la teoría final de la acción con el “Derecho penal de la voluntad” propugnado por la Escuela de Kiel²⁶.

Naturalmente, ningún penalista en esta nueva etapa de la República Federal Alemana tuvo el “mal gusto” de hablar de los campos de concentración de Dachau, de Buchenwald o de Auschwitz, de las leyes racistas, de las 60.000 penas de muerte

²⁶ Ideas como las del “Derecho penal de la voluntad”, la sustitución del Derecho penal de resultado por un Derecho penal de peligro y del concepto de bien jurídico por el de quebrantamiento del deber, y la aplicación de la misma pena para la tentativa y el delito consumado (uno de los deseos más fervientes de Hitler), que eran los principios fundamentales que caracterizaban el Derecho penal nacionalsocialista, encontraban sin duda más apoyo en la teoría final de la acción y en la subjetivización del concepto de injusto de WELZEL, que en la concepción causal preponderantemente objetiva del injusto que MEZGER mantenía en su Tratado (cfr. al respecto FROMMEL, Los orígenes ideológicos, pp. 90 ss. Sobre el espíritu antiliberal de esta tendencia, cfr. MARXEN, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975). Pero también es cierto que en la época nacionalsocialista, MEZGER, con gran ductilidad y habilidad, miró con simpatía estas nuevas tendencias, procurando adaptar sus concepciones anteriores a las mismas (véase, sin embargo, su artículo “Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht”, Deutschen Juristen Zeitschrift 1934, pp. 98 ss., que GRUCHMANN, Justiz im Dritten Reich, 1988, p. 765, considera como prueba de una cierta resistencia todavía al Derecho penal de la voluntad). En todo caso, sus trabajos posteriores demuestran la facilidad con la que MEZGER se adaptaba a las nuevas tendencias.

aplicadas durante el dominio nacionalsocialista, de las cuales ciertamente unas 40.000 fueron pronunciadas por Tribunales militares, pero por lo menos otras 16.000 fueron pronunciadas por Tribunales civiles, ordinarios o especiales. Todo ello sin contar las miles de personas que fueron condenadas por los Tribunales de Justicia, ordinarios o especiales, a internamientos en campos de concentración, en los que la mayoría moría al poco tiempo²⁷. La “guerra fría” abierta entre los dos bloques, los

²⁷ Cfr. los datos en FROMMEL, *La lucha*, p. 45; TELP, p. 15. Naturalmente, además de este funcionamiento “normal” de los Tribunales de Justicia, hubo los internamientos en campos de concentración, decretados directamente por la GESTAPO o la SS, de millones de personas, que igualmente murieron allí. En relación con esta duplicidad de fuentes de la represión todavía hoy hay quien habla de “una guerra de trincheras” entre la Administración de Justicia y la Policía nazi (así, por ej., GRUCHMANN, pp. 535 ss.), con lo que de algún modo se quiere dar a entender que la represión llevada a cabo por los Tribunales de Justicia era más asumible porque respetaba ciertas garantías y formalidades, es decir, era normativa o jurídica, mientras que la llevada a cabo directamente por la Policía sin intervención de la Administración de Justicia era extranORMATIVA o antijurídICA. Pero, como ha demostrado FROMMEL (*La lucha*, pp. 54 ss.), la distinción peca de artificial: “El que el poder organizado de entonces se ejerciera normativa o extranORMATIVAMENTE era, pues, algo accidental”. A ello hay que añadir que ni siquiera formalmente había una “división de poderes”, ni propiamente se podía hablar de “independencia” del poder judicial. Por lo demás, algunas decisiones judiciales fueron tan brutales (cfr. nota 2, casos Katzenberger y Kulesa, y los casos que cita SCHIMMER, juzgados por los Sondergerichte de Berlín) que difícilmente se puede decir que la intervención de los Tribunales de Justicia suponía una represión menor o la aplicación de penas menos severas (sobre las relaciones entre la Policía y el Poder Judicial en relación con el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, cfr. *infra* capítulo III, epígrafe IV, y el Apéndice a dicho capítulo con los Informes de Mezger a esta ley). Que estos datos, así como lo que sucedía en el interior de los campos de concentración, no

países agrupados en torno a la OTAN, por un lado, y los del Pacto de Varsovia, por otro, después de la Segunda Guerra Mundial, el anticomunismo visceral desencadenado en todos los países occidentales, pero principalmente en Estados Unidos con la “caza de brujas” patrocinada por el senador McCarthy y las leyes que impedían en Alemania que los comunistas pudieran tener puestos en la Administración pública (los llamados “*Berufsverbote*”)²⁸, así como la política seguida por el canciller Adenauer de no exigir responsabilidades y de nombrar para cargos importantes en la Administración a personas que jugaron un papel destacado en la Administración nazi, favorecieron sin duda este silencio penoso y pesado que se extendió sobre el inmediato pasado de la historia alemana.

Pero también entonces hubo alguna excepción, y así, por ejemplo, el Fiscal General del Estado de Hessen, Fritz Bauer, inició a principios de los años 60 en Frankfurt un proceso contra decenas de miembros de la SS que habían trabajado en el campo de concentración de Auschwitz y participado en los asesinatos masivos que allí se llevaron a cabo, que, sin embargo, hasta

eran, por lo menos para Mezger, del todo desconocidos, se puede comprobar claramente con la documentación que se aporta en el capítulo V de esta obra.

²⁸ “Immerhin besser Franco als der Kommunismus” (“en todo caso, mejor Franco que el comunismo”), es una frase que oí entonces a modo de explicación (¡o de justificación?) de esta actitud en boca de algún joven profesor alemán, cuando le contaba, escandalizado ante la falta de reacción de las democracias europeas occidentales, las violaciones de derechos humanos, los estados de excepción, las penas de muerte dictadas (y ejecutadas) por Tribunales militares en Consejos de Guerra que todavía en los años setenta tenían lugar en España (las últimas ejecuciones fueron llevadas a cabo en septiembre de 1975, apenas dos meses antes de la muerte del dictador).

entonces, quince o veinte años después, habían seguido viviendo abiertamente en la nueva República Federal Alemana y ejercido sin problemas sus respectivos oficios o profesiones. El proceso, conocido como el Auschwitz-Prozess, terminó con severas condenas para los principales acusados²⁹. Pero práctica-

²⁹ La sentencia del Tribunal es de 20 de agosto de 1965 y, como siempre sucede en estos casos, no gustó a los que no deseaban que estos hechos fueran juzgados por los Tribunales de Justicia, y tampoco a los que, por el contrario, sobre todo en el ámbito de las víctimas o sus herederos, pensaron que las sentencias fueron suaves y sólo alcanzaron a una mínima parte de los miembros de la SS que trabajaron en Auschwitz (que según los cálculos más ajustados fueron unos 7.000; cfr. el reportaje de Wener Renz en el periódico *Frankfurter Rundschau*, de 18 de agosto de 2000: "Völkermord als Strafsache"; también WERLE/ WANDRES, *Auschwitz vor Gericht*, München 1995). Naturalmente, una vez superada una etapa política por medio de una revolución o de la derrota del régimen político, queda abierto el problema de si se debe exigir responsabilidad por la vía del Derecho penal a los que cometieron excesos en la etapa anterior. El problema se ha vuelto a plantear en Alemania con motivo de los procesos penales llevados a cabo para exigir responsabilidad penal a los ex-dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los abusos y lesiones de derechos humanos cometidos en dicho régimen (por ej., la orden de disparar a los que intentaban escapar a la otra zona por el Muro de Berlín). Las opiniones también en este tema están divididas, aunque hay una mayoría que se inclina por la exigencia de estas responsabilidades (para una información resumida del estado del problema puede verse MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", Revista Penal 2002, pp. 59 ss. Una versión resumida en alemán está publicada en *Festschrift für Roxin*, 2001). En cualquier caso, obviamente habrá que reconocer que hay una diferencia abismal entre los excesos y lesiones de los derechos humanos habidas en la República Democrática Alemana, por graves y reprochables que parezcan, y el genocidio sistemático llevado a cabo en la época nazi en los campos de concentración (para una visión

mente a esto, o a ampliar con efectos retroactivos, lo que ciertamente es jurídicamente dudoso, los plazos de prescripción para perseguir el delito de asesinato y de genocidio, se redujo entonces la “elaboración judicial o legislativa” del pasado nazi en Alemania, sin apenas “elaboración doctrinal”. Compárese esta actitud de pasividad o simplemente de olvido jurídico del pasado con los procesos que se han realizado después de la reunificación alemana en 1990 (procesos por los disparos en el “Muro” de Berlín), o que se están llevando a cabo todavía (procesos por el “doping” de los atletas) por los excesos cometidos en la antigua República Democrática Alemana, y sáquense las conclusiones que se consideren oportunas.

Pero antes de continuar con la vida y la obra de Edmund MEZGER, durante y después del nacionalsocialismo, veamos en el siguiente EXCURSO cuál era el contexto político y jurídico en el que se desarrolló la mayor parte de su obra durante esa época.

III. EXCURSO: LA RELACIÓN ENTRE DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL CONTEXTO POLÍTICO ALEMÁN TRAS LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Es evidente que la discusión sobre los más complejos y profundos problemas dogmáticos del Derecho penal que se desarro-

de conjunto de la elaboración jurídicopenal de los delitos cometidos en la República Democrática Alemana, véase MARXEN/ WERLE, Die Strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, Berlín 1999). Una interesante visión de cómo se desarrollaron algunos de estos procesos en los años 60 contra guardianes de los campos de concentración ofrece SCHILINK, en su novela “El lector”.

lló en la República Federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial pudo ser utilizada para soslayar o no tener que hablar de las barbaridades que se llevaron a cabo con el Derecho penal nacionalsocialista y desvincularse de las directrices políticocriminales de aquella época. En este sentido, son bastante reveladoras las palabras sobre el pretendido carácter “apolítico” de la Dogmática con las que en 1950 comienza MEZGER su monografía “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik”:

“Durante mucho tiempo, la Dogmática penal ha estado apartada de los intereses jurídicos penales. Su más joven y mundana hermana, la Política criminal, la ha tenido en la sombra”³⁰.

Es curioso que esto lo diga una persona que en los años anteriores, y en un contexto político diferente, se había esforzado, sobre todo, por traducir a la Dogmática o por convertir en nuevas categorías dogmáticas los postulados políticocriminales del nazismo. Era algo así como si se reconociera que ya que la Política criminal en la que él había colaborado o incluso creído firmemente (?) no se podía llevar a cabo (el horno no estaba ya, desde luego, para tales bollos biologicistas y racistas), era mejor volver a una Dogmática jurídico-penal abstracta, bastante confusa a veces, apartada de las necesidades diarias y sólo interesada en “atender a más profundas relaciones vinculadas a los nombres de Edmund Husserl, Nicolai Hartman y Martín Heidegger”³¹.

Veinte años más tarde, aunque desde un punto de vista distinto y con diferente perspectiva, WELZEL considera incluso que la Dogmática sirve de valladar contra las posibilidades de

³⁰ Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Múnich 1950. Introducción (traducida al español por mí, con el título “Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal”, Valencia 2000).

³¹ Como nota anterior.

manipulación política³² y manifiesta incluso, lo cual parece sin duda exagerado, que también cumplió ese papel en la época nazi:

“La Dogmática no ha sido cultivada en Alemania únicamente «l’art pour l’art», sino como un fuerte bastión contra las intromisiones políticas y así se mantuvo precisamente en el Tercer Reich. Entonces se produjeron graves ataques contra la Dogmática como «pensamiento analítico liberal», pero, —continúa—, “que superara la tormenta política, que la ciencia, prácticamente intacta tras el derrumbamiento del Tercer Reich, pudiera reanudarse y continuar, tiene su fundamento en que había creado un espacio ideológico neutral. La Dogmática puede, en óptima medida, neutralizar el ámbito jurídico más susceptible de ser ideologizado, especialmente el del Derecho penal”³³.

No sé hasta qué punto WELZEL estaba convencido de que sus planteamientos dogmáticos estaban por encima de las tendencias políticocriminales que le tocó vivir en la primera etapa de su vida académica. Como es sabido, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que, desde el punto de vista políticocriminal, favorecía el “Derecho penal de la voluntad” al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o injusto, preconizar que la tentativa fuera castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punibilidad de la tentativa inidónea a casos rayanos en la tentativa irreal o el delito imposible. Estas tesis eran evidentemente más afines, en todo caso, a un Derecho penal autoritario que a un Derecho penal liberal, pero de ahí no se puede deducir más allá de la pura especulación teórica ninguna vinculación directa de WELZEL con el régimen nacionalsocialista.

³² WELZEL, Zur Dogmatik im Strafrecht, en Festschrift für R. Maurach, 1972, p. 4.

³³ WELZEL, ob. cit. en nota anterior, p. 5.

En todo caso, lo que todo esto demuestra es que, al margen de los intentos más o menos sinceros de MEZGER o WELZEL por separar los planteamientos puramente dogmáticos de los políticos o políticocriminales, el condicionamiento político de las construcciones dogmáticas en cualquier momento histórico no puede soslayarse. Desde luego, se hace difícil admitir que la Dogmática jurídopenal que surgió en Alemania en los umbrales del siglo XX, en plena expansión del Imperio prusiano, regido por la férrea mano del Canciller Otto von Bismarck, haya llegado hasta nuestros días y atravesado todo el siglo XX sin más incidencias en su evolución que las motivadas por su propia dinámica; y que momentos tan dramáticos como las dos Guerras Mundiales y situaciones políticas tan distintas como la República de Weimar, el nacionalsocialismo, la división en dos Estados y la posterior reunificación a finales del siglo XX no hayan dejado ninguna huella, ni influido en su elaboración. Y aún más difícil todavía es admitir que esa Dogmática puede estar no sólo por encima del tiempo, sino del espacio y ser utilizada como un instrumento aséptico en cualquier lugar, independientemente de las particularidades políticas, sociales, culturales y económicas del respectivo país.

Pero admitamos que, efectivamente, la Dogmática jurídopenal concebida desde los planteamientos filosóficos ontologicistas, en los que también se mueve expresamente MEZGER en “Moderne Wege”, está por encima del bien y del mal, de las necesidades y utilidades de la vida diaria. ¿Significa esto que la Dogmática jurídopenal es un fin en sí misma y que sólo ella es la que debe ser objeto de enseñanza y de estudio en las Facultades de Derecho y, por tanto, objeto específico también de la actividad judicial penal?

Éste fue, sin duda, el planteamiento que dominó en la Ciencia alemana del Derecho penal en los años 50 y 60 y hasta bien entrados los 70 del siglo XX, en los que prácticamente, por lo

menos en el ámbito del Derecho penal, no se hablaba de otra cosa más que de la polémica entre finalismo y causalismo, que se convirtió en una especie de guerra civil entre, por y para penalistas, en la que los planteamientos políticocriminales estaban de más o más allá de las cuestiones dogmáticas. Es evidente que ello contribuye a configurar en el joven penalista una mentalidad que le permite asumir, por así decir, todo lo que le echen, con lo que la posibilidad, que indicaba WELZEL, de que la Dogmática constituya un bastión contra las intromisiones políticocriminales puede en algún caso ser más de lamentar que lo contrario. Quien considere, como WELZEL y aparentemente también como MEZGER a partir de “Moderne Wege”, que la misión primordial de la Ciencia del Derecho penal es la elaboración dogmática del mismo, no se puede extrañar luego de que las decisiones políticocriminales se adopten en otros ámbitos en los que la Dogmática carece prácticamente de influencia. Tampoco en la praxis del Derecho penal, es decir, en la Jurisprudencia, ha ejercido la Dogmática jurídopenal una influencia tan decisiva como cabía esperar, no sólo por su enorme complejidad y difícil accesibilidad a los prácticos del Derecho penal, sino también porque éstos están vinculados sobre todo a las particularidades del caso concreto, a la prueba del mismo y a las “impurezas” inherentes a la investigación y al proceso penal (escasez de medios, maniobras y argucias de las partes, etc.), que inciden más en sus decisiones que las elucubraciones de la Dogmática jurídopenal. No en vano se ha dicho alguna vez que la Dogmática no es más que la muleta que utiliza el Juez para fundamentar una decisión políticocriminal³⁴.

³⁴ Así la califiqué ya en mi artículo *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, edit. por Madlener y Papenfuss, Köl n 1974; y en mi *Introducción al Derecho penal*, Barce-

Desde luego, una Dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio WELZEL reconoce, es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho. Y de ahí siempre surgirá una contradicción difícilmente superable y que, en todo caso, impide darle a la Dogmática jurídicodeenal ese valor absoluto o casi exclusivo que tanto MEZGER (a partir de 1950), como WELZEL (parece que, en todo caso, no en sus primeros escritos³⁵), pretenden darle, basándola en pretendidas estructuras lógico-objetivas de la acción, sean éstas entendidas de un modo causal (así MEZGER) o final (así WELZEL). Pero es que además con ello surge el peligro de que con unas bases tan evanescentes y abstractas como las que se derivan de los planteamientos ontologicistas de las teorías causal y final de la acción se puedan hacer todo tipo de valoraciones o asumirse cualquier decisión políticocriminal.

Paradójicamente, todo esto es lo que, sin embargo, facilitó que la discusión dogmática se convirtiera en el lugar común, o en el “refugium peccatorum” de la mayoría de los penalistas

Iona 1975, pp. 179 ss. Cfr. MUÑOZ CONDE, Presente y futuro de la Dogmática jurídicodeenal, Revista Penal 2000 (versión alemana con el título *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?*, en Kritische Vierteljahrsschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, volumen especial dedicado a Winfried Hassemer en su 60 cumpleaños, 2000, pp. 129 ss.; publicada también en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, München 2000, pp. 199 ss. De esta última hay una versión al español publicada en Valencia 2003, con el título “La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio”, coordinada por Muñoz Conde, pp. 229 ss.).

³⁵ Cfr. FROMMEL, Los orígenes ideológicos; MÜLLER; Furchtbare Juristen, p. 223.

alemanes después de la Segunda Guerra Mundial. Y así sucedió con Edmund MEZGER quien, al parecer sin gran esfuerzo y a pesar de su ya avanzada edad, se pudo adaptar perfectamente a esta discusión y recuperar, si bien a un nivel más bajo, su antiguo interés por las cuestiones puramente dogmáticas que, sin duda, habían sido, como lo demuestra su Tratado, lo mejor de su producción antes de quedar contaminado por las tendencias políticocriminales que hicieron de Alemania, un pueblo de “poetas y pensadores” (“Dichter und Denker”), un pueblo de “jueces y verdugos” (“Richter und Henker”)³⁶.

Por lo demás, también en Alemania en los años 50 y 60, en pleno apogeo de la polémica entre causalistas y finalistas, los dogmáticos se ocupaban de la Política criminal, sólo que, como “El burgués gentilhombre” de Molière, hablaban en prosa sin saberlo o, en este caso, sin decirlo, pero sabiendo perfectamente lo que hacían. Como claramente demuestra la discusión en el seno de la Comisión de Reforma del Derecho penal³⁷, incluso

³⁶ La frase originaria “Dichter und Denker” (“Poetas y Pensadores”), que parece se debe a Madame von Staël (cfr. el trabajo de Hans MAYER, Von guten und schlechten Traditionen deutscher Sprache und Literatur, en: Sind wir noch das Volk der Dichter und Denker? 14 Antworten, editado por Gert Kalow, p. 7) fue trasformada en sentido irónico, dada la similitud fonética, en la de “Richter und Henker” (“Jueces y Verdugos”), probablemente por el crítico literario Karl KRAUS y también la utilizó Kurt TUCHOLSKY, convirtiéndose en un lugar común, porque no cabe duda de que describe con bastante precisión y crudeza lo que ocurrió en Alemania en los años 30. Sobre las relaciones entre estos dos importantes escritores y el Derecho penal, véanse: MERKEL, Reinhard, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, Frankfurt am Main 1998; y GRENVILLE, Kurt Tucholsky, München 1983, pp. 45 ss. (la cita se encuentra en la página 74).

³⁷ Sobre ella y concretamente sobre la intervención de MEZGER en la misma, tanto en la discusión sobre los fines de la pena a tener en cuenta

cuando se discutía sobre las cuestiones más puramente dogmáticas, se argumentaba con criterios políticocriminales. Tras la discusión dogmática había en aquel momento también una determinada concepción política del Estado y políticocriminal del Derecho penal que tácita o expresamente se aceptaba. Una política que, en general, recuperaba la vieja tradición iusnaturalista y una imagen conservadora del ser humano y de la sociedad³⁸ y que se correspondía con la propugnada por el partido demócrata cristiano (CDU), con el lema de Adenauer “no a los experimentos” y con el anticomunismo visceral fomentado a ultranza por los Estados Unidos de América, el gran valedor de la recuperación económica de la República Federal Alemana, una vez que en plena “guerra fría” se habían dado cuenta del valor estratégico que tenía este país frente a los países socialistas del Este de Europa.

Obviamente esta política, que tenía también específicas consecuencias políticocriminales, podía ser aceptada sin mayores problemas por aquella generación de “viejos juristas” alemanes que pasaron del Imperio prusiano al nacionalsocialismo, sin querer siquiera enterarse de que en medio hubo una República democrática, la de Weimar (1918-1933), que se extinguió, entre otras cosas, por la falta de apoyo y de fe en la democracia que siempre mostraron los sectores más relevantes de la Ciencia jurídica de la época³⁹.

en su determinación, como en el tema del tratamiento del error de prohibición, suministra una buena información THULFAUT, *Kriminalpolitik*, pp. 299 ss.

³⁸ Cfr. por ejemplo, JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen 1957 (publicado también en JESCHECK, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlín 1980, pp. 3 ss.).

³⁹ Cfr., por ejemplo, Carl SCHMITT, *Die Hüter der Verfassung*, 1931, que en las páginas finales hace un canto de las facultades del Presidente

Muy sintomático y revelador de esta actitud de desprecio hacia la República de Weimar es, por ejemplo, que MEZGER, en su Tratado de 1931, prácticamente no aluda nunca a la

del Reich (poco tiempo después fue nombrado Adolf Hitler como Canciller del Gobierno) como “protector y garante de la unidad e integridad del pueblo alemán” (p. 159; sobre el papel de Carl SCHMITT como ideólogo de la teoría política nazi, véase MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, pp. 50-52. Sobre el Derecho penal en la República de Weimar, cfr. *supra* capítulo I). Con razón dice HEIBER (*Die Republik von Weimar*, 1966, p. 276) que “el Estado de Weimar tiene más amigos ahora décadas después de su desaparición que en la época de su existencia”. Véase también KÜHNL, *La República de Weimar*, que, en general, mantiene una actitud crítica frente a dicha República a la que acusa de haber entregado el poder sin resistencia a Hitler. El dato es conocido y viene en cualquier libro sobre el tema, por más que la bibliografía al respecto sea extensa y en ella abunden las interpretaciones más diversas. En todo caso, como muestra del grado de deterioro a que habían llegado algunos sectores de la Justicia se cita el caso ocurrido en Potempa el 16 de agosto de 1932, en el que cinco nacionalsocialistas mataron a golpes a un comunista. Una semana más tarde fueron condenados a muerte por un Tribunal especial, pero, tras un telegrama del propio Hitler en el que llamaba a los condenados “camaradas” y pedía su libertad “como una cuestión de honor”, fueron indultados y, poco tiempo después de la ascensión de Hitler al poder, puestos definitivamente en libertad. El Presidente del Tribunal era un tal Dr. Dietrich que, en 1933, publicó en una revista especializada el artículo “Der nationale Zweck”, en el que defendía la tesis de que los delitos de lesiones, secuestros y homicidios cometidos contra el “enemigo interno” debían ser justificados como las acciones de los soldados en guerra contra el enemigo (citado por MERKEL, R., p. 523). En este ambiente no es extraño que la Asociación Alemana de Jueces, que durante la República de Weimar había hecho gala de su “apoliticismo”, el 19 de marzo de 1933, en nombre de sus 13.000 miembros, asegurara su total adhesión al régimen hitleriano (véase KÜHNL, *La República de Weimar*, p. 95). Es de estos jueces de los que llegó a decir TUCHOLSKY: “El Pueblo tiene en sus Tribunales la confianza que éstos merecen. No merecen ninguna”.

Constitución de Weimar, ni utilice argumentos dogmáticos apoyándose en dicha Constitución. Otro ejemplo puede ser su actitud respecto a la pena de muerte, expresada en: “Für und wider die Todesstrafe”, una conferencia dada en Stuttgart el 23 de marzo de 1928, publicada en Mitteilungen des Universitätsbundes Marburg, junio 1928, Núm. 20, pp. 17 ss. En este trabajo, MEZGER, como muchos otros penalistas de la época, se pronuncia a favor de la pena de muerte, aunque sólo sea para “eliminar la vida indigna de ser vivida de los asesinos más crueles”, pero, al mismo tiempo, critica la Ley de Protección de la República, promulgada en 1923, siendo Presidente del Gobierno socialdemócrata Friedrich Ebert y Ministro de Justicia Gustav Radbruch, cuyo parágrafo 1,1 preveía la aplicación de la pena de muerte para el homicidio, o la tentativa de homicidio de un miembro del Gobierno. MEZGER critica este precepto, porque, a su juicio, supone un “abuso con fines políticos”. Sólo que para valorar esta opinión en el contexto político en que se da hay que tener en cuenta que dicha Ley se aprobó tras el asesinato en un atentado en 1922 del Ministro de Asuntos Exteriores Walter Rathenau a manos de dos miembros de un grupo antisemita de extrema derecha, pertenecientes a la Organización Cónsul, que acusaba a Rathenau de “traidor” y “judío”. No conozco ningún artículo de MEZGER que criticara, años después, a los pocos meses de haber llegado Hitler al poder, la imposición, con efecto retroactivo, de la pena de muerte al miembro del Partido Comunista van der Lubbe, acusado de haber incendiado el Reichstag, incendio que probablemente fue provocado por los propios nazis y en el que, en todo caso, no resultó nadie muerto.

Esta actitud de desprecio a la República de Weimar de muchos Catedráticos de Universidad, se describe muy bien por Walter JENS, en su libro sobre la Universidad de Tubinga (*Eine deutsche Universität. 500 Jahre Tübinger Gelehrtenrepublik*,

Tubinga 1977, p. 330), que fue precisamente la Universidad en la que, como ya hemos dicho, se doctoró y habilitó Edmund MEZGER:

“Aversión frente al extranjero; miedo a los rojos; desprecio a los judíos; lucha contra los destructores de la herencia protestante alemana: Nada extraño que una Universidad tan monolítica políticamente pudiera consumar casi sin ruptura la transición del Imperio a la Dictadura (la República en Tubinga no había tenido lugar)”⁴⁰.

Puede ser que luego MEZGER y alguno como él, abjurara o, por lo menos, tuvieran un cierto sentimiento de culpa por los horrores cometidos por el sistema nazi al que habían servido, pero a lo que seguramente nunca renunciaron fue a la fuerte impronta conservadora y autoritaria que caracterizó la formación jurídica de toda una generación de funcionarios, de servidores del Estado, de jueces y profesores de Derecho, en la Administración prusiana y que Heinrich Mann tan gráficamente retrató en su magnífica novela “Der Untertan” (“El súbdito”) ⁴¹.

⁴⁰ Citado por THULFAUT, Kriminalpolitik, p. 7, quien, sin embargo, destaca que “tales consideraciones generales sobre la actitud político-social de los profesores universitarios de la época no deben ocultar la calidad de la enseñanza que recibió allí Mezger”.

⁴¹ La obra comenzó a publicarse por entregas en un periódico antes de la Primera Guerra Mundial, pero su publicación fue interrumpida durante la Guerra. Publicada posteriormente en su integridad, fue duramente atacada por los sectores más reaccionarios que la acusaron de injuriosa para el pueblo alemán. Una imagen similar de crítica al provincialismo y conservadurismo de aquella época ofrece también su novela “Professor Unrat” que, igual que “Der Untertan”, fue llevada al cine con el título de “El Ángel Azul”, consiguiendo un gran éxito, no en última instancia merced a la fama que alcanzó su principal protagonista, la estrella del cine Marlene Dietrich. Ni que decir tiene que Heinrich Mann abando-

En todo caso, la Política criminal siguió desempeñando también después de la guerra una función importante, aunque no se confesara abiertamente, en los planteamientos dogmáticos. Como señala ROXIN⁴², la Política criminal alemana después de la Segunda Guerra Mundial hasta 1975 se caracterizó “por el recurso a elementos tradicionales que no fueron desacreditados por la dictadura nacionalsocialista”, citando, entre estos elementos, la fundamentación del concepto material de delito en la ley ética y en la doctrina cristiana del Derecho natural. Así, por ejemplo, recuerda ROXIN, el Tribunal Supremo Federal fundamentaba el castigo de la omisión de no impedir un suicidio del siguiente modo:

“Dado que la ley ética desaprueba enérgicamente... todo acto suicida..., el Derecho no puede admitir que la obligación de auxilio del tercero se diluya en la desaprobación ética de la voluntad suicida”.

nó Alemania en 1933 y murió en el exilio en Santa Mónica (USA) en 1950.

⁴² ROXIN, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal en la República Federal Alemana, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, prólogo de Muñoz Conde, Valencia 2000, pp. 17 ss. En el mismo sentido HASSEMER, p. 39. En este mismo trabajo destaca HASSEMER (p. 49) la dificultad de elaborar una Política criminal sobre las bases de este entendimiento de la Dogmática jurídicode penal; y en un trabajo posterior (*Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft*, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, pp. 28 ss.) dice: “quien resucita y reelabora en la postguerra un Derecho natural y basa el Derecho penal en certezas aprioristas y estructuras lógico-materiales (...), dirige el reflector científico a un ámbito intemporal en el que se puede estar bastante seguro ante preguntas incómodas sobre el pasado reciente” (véase también la edición española de esta obra, en la que el artículo de Hassemer está traducido por María del Mar Díaz Pita, pp. 21 ss.).

Los padres que toleraban que durante el noviazgo su hijo/a adulto tuviera relaciones íntimas con su novia/o en la vivienda paterna eran castigados con una pena de prisión, algo que el Tribunal Supremo Federal fundamentaba del siguiente modo:

“En la medida en que la ley ética ordena la monogamia y la familia como forma obligada de vida y en la medida en que también la ha convertido en fundamento de la vida de los pueblos y Estados, prescribe al mismo tiempo que las relaciones sexuales sólo deban tener lugar en un contexto monogámico...”.

Pero también la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal, a la que pertenecían muchos profesores de prestigio (entre otros, como hemos visto, Edmund MEZGER), se movía en una línea parecida, en la medida en que, por ejemplo, pretendía castigar la homosexualidad masculina como medio de “conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral...”.

Como estos ejemplos traídos a colación por ROXIN demuestran, también la Dogmática de aquella época estaba impregnada de elementos políticocriminales, entre los que no hay que olvidar la importancia de la discusión sobre los fines de la pena, que, por supuesto, se resolvía a favor de una teoría retribucionista e incluso expiacionista⁴³, pero para evitar los recuerdos del pasado se prefería pasar como de puntillas sobre estas cuestiones, o no mencionarlas expresamente en las discusiones dogmáticas. La utilización del adjetivo “político” o del sustantivo “Política” en el mundo del Derecho se había desacreditado hasta el punto de que cualquier referencia a ella para fundamentar o explicar una decisión jurídica quitaba valor a la misma. No dejaba de ser paradójico, sin embargo, que esto ocurriera sobre todo entre los

⁴³ Cfr. ROXIN, lug. u. cit.

que habían puesto sus conocimientos al servicio de una determinada política y, por tanto, los habían “politizado”, y luego, cuando esa política no estaba de moda porque se había desacreditado por sí misma o simplemente ya se habían conseguido los fines políticos perseguidos, se dedicaran a conjurar el empleo de la palabra que para ellos tenía connotaciones peligrosas⁴⁴. Otra razón podía ser que la absoluta conformidad y confianza en las decisiones políticas que en la nueva época se adoptaban (restablecimiento de la ley y el orden burgués, defensa de los valores familiares y religiosos tradicionales, de los valores morales occidentales, tal como los había entendido siempre la burguesía conservadora alemana, frente al peligro soviético comunista o a los movimientos subversivos pagados por el “oro de Moscú”, etc.) hiciera innecesario preocuparse por ellas. La decisión jurídicamente correcta debía ser también, por tanto, políticamente conveniente, porque se partía de una coincidencia en los fines, que no tenían por qué llevar a soluciones contradictorias.

Pero cuando no es así, se plantea, un problema difícil de resolver. Negar la contradicción es esconder la cabeza debajo del ala y no querer ver la realidad. Resolverla dando la primacía a

⁴⁴ Sobre el “apoliticismo” de la Universidad Alemana en los años de la República de Weimar, véase KÜHNL, *La República de Weimar*, pp. 130 ss. A modo de anécdota que refleja muy bien esa actitud, recuerdo una que se cuenta del General Franco, al que alguien le preguntó que cuál era el secreto que le había permitido permanecer tanto tiempo en el poder, y él, el dictador, el golpista contra el Gobierno legítimo de la II República española, contestaba: “no meterme nunca en política”. La palabra “política” estaba tan desacreditada que se decía que aplicada a una palabra tan noble como la de “madre” daba como resultado la “madre política”, es decir, la suegra; e incluso decir de alguien que era “un político” tenía unas connotaciones peyorativas rayanas en el insulto.

una de las partes en conflicto, es decir, a la Dogmática o a la Política criminal, es algo que no se puede decidir *a priori* sin saber de qué Dogmática jurídica o de qué Política criminal se está hablando. En el Estado nacionalsocialista está claro que la primacía se le dio a la Política y ciertamente a los fines políticos que caracterizaban dicho Estado, lo que traducido al Derecho penal suponía tanto como que éste tenía que perseguir, con sus medios específicos, estos fines, resumidos sobre todo en la idea de la pureza de la raza del pueblo alemán: la raza aria. La Dogmática jurídicopenal de la época no hizo, pues, otra cosa, que seguir fielmente esos postulados e intentar traducirlos en categorías dogmáticas básicas como la idea de “traición” (*Verrat*) como fundamento del concepto material de delito, y la idea de “eliminación” (*Ausmerzung*) de elementos dañinos al pueblo y a la raza, como uno de los fines de la pena⁴⁵.

Pero esto no quiere decir que en el Estado de Derecho, la Dogmática no tenga que cumplir ninguna otra finalidad que la de reproducirse a sí misma y que goce de total autonomía respecto a la Política criminal. Por lo pronto, la Dogmática jurídicopenal en el Estado de Derecho está vinculada a un principio políticocriminal, que los nazis siempre vieron con recelo y como un freno para llevar a cabo sus decisiones políticas: el *principio de legalidad de los delitos y las penas*, que vincula a todos los poderes del Estado y, por supuesto, también a la Dogmática jurídicopenal. A veces se olvida que este principio es también un principio políticocriminal, un postulado que ha adquirido carta de naturaleza en el Derecho penal democrático, precisamente porque una de las características fundamentales de

⁴⁵ Cfr. TELP, cuyo título refleja precisamente este par de conceptos: *Ausmerzung und Verrat*.

una democracia es el sometimiento de todos los poderes a la ley, el llamado “imperio de la ley” o “Estado de Derecho”, que obviamente los juristas del Estado nazi intentaron desde el primer momento a destruir con la introducción ya en 1935 de la analogía “conforme al sano sentido del pueblo alemán” como fuente de creación del Derecho penal. En este sentido, cuando VON LISZT decía que “el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal”⁴⁶, no quería decir otra cosa que la primera tarea de la Política criminal era configurar un Derecho penal altamente formalizado, que impidiera cualquier reacción visceral, espontánea o coyuntural, de carácter penal tanto en la definición de la conducta delictiva, como en la forma de castigarla, que no fuera la prevista previa y expresamente por el legislador en la ley penal como expresión democrática de la voluntad general. Con razón decía DANNENBERG en 1925, en su trabajo sobre “Liberalismo y Derecho en el siglo XIX”, que “El Derecho público de un Estado es la plasmación de las ideas políticas dominantes en el momento de creación de ese Derecho”⁴⁷. Pero el Derecho penal formalizado también pretende la consecución de otras metas que igualmente son de carácter políticocriminal, y que son además las que caracterizan no sólo ya al Derecho penal del *Estado de Derecho*, sino, más modernamente, al Derecho penal del *Estado social y democrático* de Derecho: la protección de bienes jurídicos, estableciendo una

⁴⁶ Cfr. VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1970, reimpresión de la misma obra de 1905, vol. 2, p. 80.

⁴⁷ Cfr. DANNENBERG, Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert, 1925 (citado por MERKEL, nota 40, p. 22). Sobre las diversas tendencias existentes en la Ciencia alemana del Derecho público del último tercio del siglo XIX y primer tercio del siglo XX (hasta 1933), entre sus autores más representativos (Von Stein, Laband, Jellinek, Otto Mayer, etc.), véase el libro de Francisco SOSA WAGNER, Maestros alemanes del Derecho público (I), Madrid 2002.

jerarquía valorativa entre ellos a partir de la primacía de los derechos humanos frente a los derechos de carácter transpersonalista o colectivos; la prevención general, creando a través de la amenaza penal y de la aplicación de la pena al responsable del delito un ambiente de respeto y confianza en la población hacia las normas jurídicas, y la prevención especial, procurando la resocialización o por lo menos no aumentando la desocialización del delincuente y allanando los obstáculos que éste tenga para reintegrarse a la sociedad, ayudándole a superar los obstáculos y problemas que le han llevado a cometer el delito. Naturalmente, estos principios son abstractos y algunos no se encuentran formulados expresamente en la Constitución o en las leyes penales, pero son los que directamente se derivan de los postulados característicos del Estado social y democrático de Derecho. Por lo tanto, sería excesivamente modesto reducir el papel de la Dogmática sólo al cumplimiento del principio de legalidad, que sí se encuentra recogido expresamente en la Constitución del Estado de Derecho, y no incluir en su construcción otros principios políticocriminales que igualmente se encuentran, implícita o explícitamente, formulados en la concepción del Estado como Estado social y democrático de Derecho⁴⁸. Reducir, por tanto, la tarea de la Dogmática jurídopenal

⁴⁸ Algunos de ellos, como algunas versiones del principio de culpabilidad, la jerarquización de los fines de la pena o el de exclusiva protección de bienes jurídicos, son todavía objeto de discusión doctrinal y, por eso, no encuentran siempre reconocimiento expreso en los textos legales; otros, como el de legalidad, por el contrario, son prácticamente objeto de reconocimiento universal en los países civilizados y se encuentran recogidos en casi todas las Constituciones y leyes penales del mundo. Pero el que haya principios políticocriminales que no hayan sido formulados expresamente en la leyes, no excluye que la Dogmática jurídopenal no los tenga en cuenta, sino que, por el contrario, le obliga a profundizar

a la exposición puramente sistemática del Derecho penal, o, como decía WELZEL, “sólo al conocimiento de las relaciones internas del Derecho” porque ésta es la única posibilidad de elevar “la aplicación jurídica sobre la coyuntura y la arbitrariedad”⁴⁹, significa prácticamente reducirla al cumplimiento de una única función político-criminal que, por importante que sea, no es, ni puede ser la única que debe cumplir el Derecho penal.

Está claro, pues, que la Dogmática no puede ser desvinculada de la Política criminal y que las finalidades políticocriminales deben ser tenidas en cuenta en su elaboración. El problema consiste en saber cuál es el modelo políticocriminal que se debe tener en cuenta cuando se hace Dogmática. Política criminal, bien; pero ¿cuál? Y éste es un problema que, desde luego, no puede ser resuelto si no se tiene en cuenta el modelo de Estado y de sociedad en el que esa Dogmática se utiliza. Por eso, hay que ser muy cauteloso también al concebir la Dogmática jurídicopenal sólo como una “gramática universal” que puede ser empleada en cualquier tiempo y lugar, lo mismo en el Estado social y democrático de Derecho que en el Estado nacionalsocialista⁵⁰, porque esto, aparte de ser bastante utópico, puede ser también muy peligroso y servir de legitimación de cualquier Derecho penal, incluido el

en ellos y a hacerlos fructíferos en la solución de los problemas dogmáticos; simplemente a veces como criterios metalegales, basados en reglas de la razón o la experiencia; cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1990, p. 79.

⁴⁹ Así lo afirma expresamente WELZEL, Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 11.^a ed., 1969, p. 1.

⁵⁰ Véanse MUÑOZ CONDE, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, 5.^a ed., Valencia 2002, cap. XI, epígrafe: *La Teoría general del delito como teoría democrática de la imputación*.

del nacionalsocialismo o el de las dictaduras fascistas, la española, las latinoamericanas y las de cualquier otra parte del mundo donde se den tales modelos, que es, en definitiva, lo que se desprende de un planteamiento dogmático tan aséptico y puramente sistemático como fue el que se cultivó en la Dogmática jurídicopenal alemana de los años 50 y 60.

Todavía tuvieron que pasar algunos años para que, en un ambiente político diferente, más liberal y comprometido con los derechos humanos (como fue el que se desarrolló en Alemania desde finales de los años sesenta con el gobierno de coalición presidido por el socialdemócrata Billy Brandt, que vivió exiliado en Noruega en la época nacionalsocialista y no tenía, por tanto, ninguna concomitancia con dicho régimen), pudiera plantearse sin complejos la necesaria relación entre la Dogmática jurídicopenal y la Política criminal y ésta pudiera recuperar la dignidad como instrumento legítimo a utilizar en la elaboración de la Dogmática jurídicopenal.

Pionero en esta nueva etapa de la Ciencia alemana del Derecho penal fue Claus ROXIN, quien en una monografía, expuesta primero como conferencia en Berlín en mayo de 1970, se planteaba con estas palabras el dilema en el que se había metido la Dogmática jurídicopenal alemana de los años anteriores⁵¹:

⁵¹ Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín 1970, p. 4 (2.^a ed. inalterada, con un apéndice, de 1973). Una traducción española de la primera edición fue publicada en Barcelona en 1972, con el título de *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Hay también una segunda edición de esta versión española, a la que se añade el apéndice escrito por ROXIN para la segunda edición alemana, publicada en Buenos Aires en el 2000, también con introducción de Francisco Muñoz Conde. De esta obra hay también traducciones al inglés, al japonés, al italiano y al portugués.

“¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, con toda su claridad e igualdad, es insatisfactoria desde el punto de vista políticocriminal? ¿debe ser preferible realmente a una solución satisfactoria del caso concreto, pero no integrable en el sistema?”.

Para ROXIN, “la vinculación jurídica y la utilidad políticocriminal no deben contraponerse, sino que deben ser sintetizadas” y para ello propone un programa de vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones políticocriminales y la necesidad de reelaboración de las categorías tradicionales de la Teoría del delito en función de los principios políticocriminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social (proporcionalidad, ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, prevalencia del Derecho frente al acto injusto) para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad penal⁵².

Con ello no hacía más que culminar una primera etapa de su pensamiento, en el que ya desde 1962, en un extenso trabajo sobre el concepto de acción, criticaba los excesos ontológicos del finalismo de WELZEL y ponía de manifiesto que la base de la Teoría del delito no podía ser un concepto final, puramente ontológico, de acción, sino ésta tal como se plasmaba en los respectivos tipos delictivos de la Parte Especial. En el mismo año, en su escrito de habilitación sobre “Autoría y dominio del hecho”⁵³, el trabajo más completo habido hasta la fecha sobre el

⁵² Cfr. ROXIN, lug. a. cit., p. 15.

⁵³ Täterschaft und Tatherrschaft, 1962 (7.^a ed., 1999; hay traducción española de la 6.^a edición, de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1998).

tema y que ya en Alemania ha alcanzado siete ediciones, no sólo aplicó y desarrolló la teoría del dominio del hecho como fundamento de las distintas formas de autoría, sino que lo complementó con el criterio de la “infracción del deber” como fundamento de la autoría en los delitos especiales y, en parte, en los delitos imprudentes. Posteriormente, publicó sus primeros trabajos sobre la teoría de la imputación objetiva, en la que consecuentemente con este planteamiento concibe el injusto típico, no ya como un suceso primariamente causal o final, sino como la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito de protección del respectivo tipo delictivo, consiguiendo así una restricción del ámbito de lo penalmente relevante en una medida razonable desde el punto de vista políticocriminal, principalmente en los delitos imprudentes, y limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas. Igualmente ha contribuido con sus ideas al desarrollo del concepto de culpabilidad, limitándola, y no sustituyéndola o confundiéndola, con criterios preventivos que configuran la categoría que él llama de la “responsabilidad”⁵⁴. En su opinión, la responsabilidad penal supone no sólo la culpabilidad del autor, sino además la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. Para ROXIN, las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena a un sujeto que no es culpable. Pero la culpabilidad en sí misma tampoco puede legitimar la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista

⁵⁴ Prácticamente todos sus artículos hasta 1976 están recogidos en su libro “Grundlagenprobleme des Strafrechts”, 1972, traducido al español por Luzón Peña con el título “Problemas básicos del Derecho penal”, Madrid 1976.

preventivo⁵⁵. Con esta idea ha resuelto y explicado satisfactoriamente en posteriores trabajos casos tan controvertidos como el exceso en la legítima defensa, el estado de necesidad supralegal o la delincuencia por convicción. Y todo esto lo ha plasmado posteriormente en su impresionante Tratado⁵⁶, cuyo primer volumen ha alcanzado ya tres ediciones, y ha culminado con el segundo volumen, publicado en el 2003.

No hay, pues, ninguna razón para rechazar la estrecha vinculación existente entre Dogmática jurídica penal y Política criminal y sí muchas para defender una interrelación entre ambas, siempre que se conciban en el contexto y dentro de las coordenadas ideológicas de un modelo de Estado y de sociedad democrática respetuosa con los derechos humanos más elementales. En base a ello desarrolla ROXIN todo un programa políticocriminal⁵⁷ que debe ser tenido en cuenta tanto en la elaboración del Derecho penal, como en la de la Dogmática encargada de su interpretación y sistematización, y cuyas líneas fundamentales se pueden resumir del siguiente modo:

Un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social. Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguarda

⁵⁵ Véanse los artículos de ROXIN sobre “Culpabilidad y Prevención”, traducidos y recogidos en un libro del mismo título con una introducción de Muñoz Conde, Madrid 1980.

⁵⁶ Cfr. ROXIN, Strafrecht, tomo I, 3.^a ed. 1996 (hay traducción española de la 2.^a edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García de Collredo, y De Vicente Remesal, vol. 1., Madrid 1997).

⁵⁷ Cfr. ROXIN, La evolución de la Política criminal (véase también el trabajo de SILVA SÁNCHEZ recogido en el mismo volumen, pp. 95 ss.).

dia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana. Pero, por su parte, las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social. En este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general. Ni que decir tiene que la resocialización no es posible en tanto no se haya ensayado todo lo que puede contribuir a un aprendizaje exitoso y a la evitación de efectos desocializadores. Incluso el delincuente condenado a cadena perpetua, pena que todavía existe en el Derecho penal alemán, tiene que conservar la posibilidad de su reincorporación a la sociedad, y el trabajo en prisión tiene que estar remunerado para que el autor comprenda claramente el sentido y el valor del trabajo reglado. Sin olvidar los derechos de la víctima, su indemnización, la reparación de los daños causados por el delito, como una de las metas políticocriminales que deben igualmente ser incluidas en el Derecho penal y ser objeto de elaboración por la Dogmática jurídical penal. La mejor Política criminal consiste, por tanto, para ROXIN, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho, con la satisfacción de los derechos de la víctima y la reparación del daño causado.

Evidentemente, con un programa de este tipo no hay por qué temer que la Dogmática jurídical penal quede contaminada por la Política criminal. No obstante, no cabe duda de que cuando se desciende de los principios generales a cuestiones más concretas, las relaciones entre ambas pueden ser más conflictivas. Es lo que está ahora sucediendo con el llamado “moderno” Derecho penal. En los últimos años, las reformas del Derecho penal se han caracterizado sobre todo por la utilización que hace el legislador del Derecho penal para luchar contra los grandes riesgos modernos: manipula-

ción genética, economía, medio ambiente, utilización de datos informáticos, salud pública, responsabilidad por el producto, corrupción política, evasión de impuestos, criminalidad organizada, extremismo neonazi, apología de la violencia, del racismo, del terrorismo. El desarrollo técnico y social también ha enfrentado a la jurisprudencia con nuevos problemas, como el caso del spray de cuero o el del abrillantador de maderas en Alemania, el del aceite de colza en España o el de la sangre contagiada de SIDA en Francia, o las grandes catástrofes ecológicas que cada vez con mayor frecuencia se están dando en diversas partes del planeta, cuyas causas, aunque ciertamente también reconducibles a comportamientos humanos incorrectos, tienen muchas veces su origen en defectos técnicos, estructurales, organizativos y preventivos difícilmente atribuibles a responsabilidades individuales.

Evidentemente, el Derecho penal clásico no puede reaccionar correctamente ante estos retos. Carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños. Por eso, se ha desencadenado tanto en España⁵⁸, como en Alemania⁵⁹, una amplia discusión sobre si el Derecho penal debe adaptarse en sus instrumentos y garantías al moderno desarrollo técnico, o se deben buscar otros instrumentos jurídicos que puedan responder mejor a ese desarrollo. Esta discusión afecta a las bases de la Dogmática jurídica penal y es afectada por

⁵⁸ Cfr., por ej., MUÑOZ CONDE en: HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995; también: PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia 1995.

⁵⁹ Cfr., por ej., HASSEMER, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994.

las necesidades políticocriminales que la han desencadenado. En el centro de la misma están los conceptos de bien jurídico, principio de culpabilidad, imputación individual, causalidad, error, imputación a varias personas. En realidad, no hay una categoría jurídicodepenal básica que no sea afectada por esta discusión. La opción que se adopte en este ámbito puede tener importantes consecuencias también para la Dogmática jurídicodepenal. Por un lado, se trata de un Derecho penal prudente, respetuoso con las garantías tradicionales; y, por otro lado, de un Derecho penal que responde eficazmente a las exigencias modernas. ¿Qué se puede considerar en esta disyuntiva como Dogmática jurídicodepenal “afortunada”? Una Dogmática que ve con alegría esta expansión del Derecho penal y está dispuesta a modificar los conceptos tradicionales o a introducir nuevos conceptos como el de bienes jurídicos universales, delitos de peligro abstracto, etc., para adaptarse al moderno Derecho penal; o una Dogmática que critique estas tendencias y quiera seguir utilizando los conceptos tradicionales de causalidad, delitos de lesión, culpabilidad, etc., como barreras infranqueables de estas tendencias? La discusión está en marcha y en todo caso cabe esperar que también conduzca a una reformulación de los límites y consecuencias de la Dogmática jurídicodepenal, aunque no se sepa exactamente qué es lo que aquí se puede considerar como una Dogmática afortunada o como una Dogmática sin consecuencias. Lo que en ningún caso puede significar la adaptación a los “retos del tiempo” es que produzca la pérdida de identidad de la Dogmática jurídicodepenal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la Dogmática jurídicodepenal debería ser calificada como una Dogmática “fracasada”⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT.

Pero la discusión no está de ningún modo cerrada. Como se puso de relieve en las Jornadas habidas en Toledo, bajo el patrocinio de la Universidad de Castilla-La Mancha, en abril de 2000, sobre “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt”, en las que junto con diez penalistas alemanes, entre ellos ROXIN, STRATENWERTH y los principales representantes de la llamada Escuela de Frankfurt (HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE y sus respectivos discípulos), participaron diez penalistas españoles y diez italianos, la Dogmática jurídopenal del presente tiene planteado un reto de cara al futuro, que ya la legislación y la jurisprudencia han resuelto en el sentido de que para afrontar los graves riesgos a los que se enfrentan las sociedades modernas es necesario ampliar la intervención del Derecho penal a nuevos ámbitos (manipulación genética, medio ambiente, economía, etc.). Si esta tendencia llega a consolidarse es evidente que la Dogmática jurídopenal tendrá que desarrollar nuevos instrumentos técnicos (delitos de peligro abstracto y anticipación de la intervención penal a campos previos incluso muy alejados de la lesión de bienes jurídicos, sustitución del concepto de bien jurídico por el de funcionalidad de los sistemas sociales, imputación objetiva basada en la idea de peligro como alternativa a la relación de causalidad empíricamente constatable, dolo como dolo de peligro, etc.) que le permitan afrontar, explicar y sistematizar satisfactoriamente los nuevos textos legislativos y las decisiones jurisprudenciales que apoyan esta tendencia. Pero también cabe que la Dogmática, en nombre de principios políticocriminales indeclinables (como los de legalidad, lesividad, culpabilidad, etc.), ofrezca resistencia a dicha evolución, aferrándose a un entendimiento estricto de las funciones del Derecho penal en el Estado de Derecho y del carácter de *ultima ratio* y al principio de intervención mínima del Derecho penal. Desde luego, todavía no están agotadas todas las posibilidades de resolver estos problemas con otros medios que no sean necesariamente jurídopenales, pero tampoco cabe ignorar la enorme importancia que puede tener aquí el Derecho penal para crear una conciencia colectiva sobre la importancia y necesidad de estos nuevos ámbitos.

Lo que está claro es que nadie considera hoy en día que la Dogmática jurídopenal pueda elaborarse sin tener en cuenta las necesidades políticocriminales que demanda el momento presente. Afortunadamente, la Política criminal de hoy en los

países democráticos no es, ni siquiera en sus versiones más extremas, la del Derecho penal nacionalsocialista de los años 30; pero, como la experiencia histórica demuestra, tampoco se puede bajar la guardia y hacer una Dogmática puramente servil ante las nuevas tendencias políticocriminales, sobre todo cuando no está, ahora ni nunca, excluida la posibilidad de regresiones históricas a sistemas autoritarios que pongan en peligro las conquistas democráticas más elementales. Por eso, hoy más que nunca, hay que acentuar también el *carácter crítico de la Dogmática jurídicodeenal*⁶¹ que, como toda actividad intelectual que merezca ese nombre, no sólo debe interpretar y sistematizar una determinada realidad, en este caso el Derecho penal positivo, sino también tematizar las expectativas que se le dirigen desde su entorno y valorarlas críticamente de acuerdo con sus posibilidades y funciones en el Estado de Derecho.

En este contexto no deja, por ello, de ser extraño y, en cierto modo, a la vista de la influencia que va ganando entre los penalistas más jóvenes y preparados de algunos países con graves

⁶¹ Esta función crítica de la Dogmática jurídicodeenal la he venido sosteniendo en diversos trabajos, desde mis primeras publicaciones; véanse, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln 1975, p. 310 (hay versión española de esta obra publicada en Argentina en *Revista Penal* 1973); EL MISMO, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975, p. 187; EL MISMO, Hacia una ciencia crítica del Derecho penal, *Doctrina Penal* 1978 (Buenos Aires); EL MISMO, Para una Ciencia crítica do Direito Penal, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, vol. 24, 1977; EL MISMO, Pour une Science critique du Droit Pénal, en *Quaderni del Instituto Superiore Internationale di Scienze criminali*, mayo 1976; y últimamente, en MUÑOZ CONDE, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT. Naturalmente, una tal función crítica sólo puede llevarse a cabo introduciendo o teniendo en cuenta en la elaboración de la Dogmática los criterios políticocriminales.

problemas de violaciones de derechos humanos, preocupante, una nueva corriente de la Dogmática jurídopenal alemana, la sistemática funcionalista, cuyo principal representante es el Profesor de la Universidad de Bonn, Günther JAKOBS, que proponga una concepción de la misma que, en principio, parece compatible con cualquier sistema político-social⁶².

Corresponde, sin duda, a JAKOBS el mérito de haber desarrollado un sistema normativo coherente, opuesto al de carácter ontológico elaborado por su maestro Hans WELZEL (y, como hemos visto, también por MEZGER). JAKOBS desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría sistémica. Según esta teoría, la Dogmática jurídopenal debe estar al servicio del mantenimiento del sistema social. La pena tiene como única misión confirmar contrafácticamente la vigencia de la norma quebrantada por el delito, fortaleciendo con ello “la fidelidad y la confianza de los ciudadanos en el Derecho”, es decir, lo que hoy se llama “prevención general positiva”⁶³. De aquí deduce una serie de consecuencias dogmáticas que, a veces, pueden coincidir con las soluciones propugnadas por la Dogmática tradicional, pero con un fundamento diferente. Pero, al limitar así la función de la Dogmática jurídopenal a la estabilización del sistema, es decir, a la imputación según exigencias preventivas generales, prescinde de otros elementos esenciales de la Política criminal que son también centrales para una concepción democrática de la teoría de la imputación, como son la prevención especial o los principios de proporcionalidad, intervención mínima, etc. Es decir, en los presupuestos sistémicos en los que se basa JAKOBS no existe ningún contenido ni orientación políticocriminal, fuera de la propia autoconservación del

⁶² Su obra fundamental es su Tratado de Derecho penal, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983. Dicha obra está traducida al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1996. También ha sido traducida la mayoría de sus artículos, publicados en un solo volumen con el título Estudios de Derecho penal, traducción de Suárez González, Peñaranda Ramos y Cancio Meliá, Madrid 1998.

⁶³ JAKOBS, Prólogo a su Tratado.

sistema, que puede ser el de cualquier modelo de Estado o sistema político o social. “La perspectiva funcional”, dice expresamente Jakobs, “no está comprometida con ningún modelo determinado. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreta configuración”⁶⁴. Incluso el mandato jurídico de que hay que respetar al otro como persona no está contenido como tal en las premisas teóricas sistémicas. JAKOBS sólo dice que eso es “conciliable con una perspectiva funcional, aunque también caben otras perspectivas”, como demuestra con el ejemplo de los esclavos en el periodo colonial o de “los tiradores del Muro de Berlín” en el anterior régimen de la República Democrática Alemana que, para él, deben quedar exentos de pena, porque actuaron conforme a un sistema político y jurídico ya desaparecido, que, de hecho, permitía estos excesos⁶⁵. Incluso los excesos más discutibles que el legislador alemán, y con él el de otros muchos países, está llevando a cabo en ámbitos que le preocupan especialmente como son el terrorismo y la delincuencia organizada (anticipación de la intervención penal a casos muy alejados de la puesta en peligro de bienes jurídicos, el castigo de la apología, la irrelevancia de la distinción entre complicidad y autoría, tentativa y consumación, etc.), JAKOBS los considera simplemente característicos de lo que él llama un “Derecho penal para enemigos” (*Feindstrafrecht*), en el que sobre la confirmación de la identidad normativa de la sociedad predomina la necesidad de seguridad cognitiva y al “enemigo” se le define simplemente como “no persona” (“*Feinde sind aktuell Unpersonen*”)⁶⁶. Naturalmente

⁶⁴ JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97 (1985), p. 751 (=Estudios, pp. 293 ss.).

⁶⁵ JAKOBS, Untaten des Staates-Unrecht im Staat, Goltdammer's Archiv 1995, pp. 1 ss. (=Crímenes del Estado. Ilegalidad del Estado, traducción de Pilar Giménez Alcover, DOXA 1995, pp. 445 ss. (Véase también al respecto MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría).

⁶⁶ JAKOBS, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, pp. 47 ss. (hay traducción española de Teresa Manso, publicada en la versión española de ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, pp. 53 ss.); cfr. también la crítica de ESER en la misma obra, y MUÑOZ CONDE, ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?

tiene razón JAKOBS al constatar que una sociedad preocupada a toda costa por su seguridad cognitiva tiende a recurrir a un Derecho penal que haga tabla rasa con los principios limitadores del poder punitivo del Estado que pueden hacer ineficaz esta política de seguridad. Pero olvida que muchos de estos principios son vinculantes por imperativo constitucional y tienen que ser también asumidos en el plano teórico-sistémico por la Dogmática jurídical penal, salvo que también se quiera poner a esa Dogmática por encima de los principios políticocriminales característicos del Estado de Derecho. Desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el “enemigo”, ni nadie puede ser nunca definido como “no persona”.

En todo caso, si la imagen que tiene la sociedad de sí misma y que se refleja en sus leyes y normas fundamentales es la de un sistema democrático, respetuoso con los derechos humanos, su modelo de imputación no puede ser compatible con lo que JAKOBS llama “Derecho penal de enemigos” y, desde luego, en la medida en que éste sea ya una realidad, parece evidente que es incompatible con un entendimiento democrático de la imputación penal. Por eso, en la medida en que el planteamiento funcionalista de JAKOBS también sea compatible con sistemas políticos dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción políticocriminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídical penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos.

El Derecho penal es, ante todo, un sistema de imputación en el que se establecen unas reglas; es decir, un *discurso*⁶⁷ en el que

⁶⁷ HASSEMER, Persona, mundo, responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación, traducción de Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia 1999 (también publicada con el mismo título en Bogotá 2000; sobre las

las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculado por el delito. Pero las distintas categorías o grados de la imputación penal, cuyo contenido constituye el objeto principal de la Dogmática jurídicopenal, no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo o, si se quiere, ideológico, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado, por lo que su pretendida neutralidad debe ser aceptada con muchas reservas. Ciertamente, como conjunto de reglas de ordenación de los presupuestos de la imputación puede entenderse como una especie de "gramática universal" válida para toda época y para cualquier Ordenamiento jurídico. Pero el objeto al que se refiere esa gramática, el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico, que, como la Historia y el Derecho comparado muestran, no sólo ha servido o sirve para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, sino también para reprimirlos y violentarlos desde el propio Estado. Por eso, considero preferible un sistema de la Teoría del delito que sea compatible con una concepción democrática de la imputación penal⁶⁸, y no con cualquier otra que sirva para la represión de los derechos humanos más elementa-

relaciones e interrelaciones mutuas que en este discurso ejercen la Política criminal y la Dogmática jurídicopenal, véase también HASSEMER, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974).

⁶⁸ Así expresamente en MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Parte General, 5.^a edición, pp. 201 ss.

les. Esto naturalmente relativiza bastante la función de la Dogmática, pero por lo menos clarifica desde el primer momento el contexto político en el que nos situamos.

Una Dogmática jurídopenal completamente neutra desde el punto de vista político y valorativo, no puede existir. La relación, a veces contradictoria y atormentada, entre Dogmática jurídopenal y Política criminal es inevitable. De lo que se trata es de saber de qué Política criminal hablamos; si de una coherente con los valores del Estado de Derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos; o de una basada en el mantenimiento de las desigualdades sociales, los privilegios de unos pocos a costa de la mayoría, la superioridad de la raza aria, la instrumentalización del ser humano al servicio de valores colectivos o estatales, o la negación de los derechos humanos más elementales, como ocurrió en el Estado nacionalsocialista. De lo que estamos tratando no es de un problema puramente teórico o metodológico, sino de algo que, como la Historia más reciente enseña, ha sido una realidad palpable del Derecho penal de los últimos años. Si algo puede habernos enseñado este breve paseo por la Historia de la Dogmática jurídopenal alemana de los últimos setenta años es que, por doloroso que sea para algunos tener que reconocerlo, muchos penalistas alemanes, y precisamente los mejores y de más influencia en el Derecho penal de su tiempo, que antes y después del nacionalsocialismo hicieron ostentación de su “apoliticismo” en el entendimiento de la Dogmática jurídopenal, no tuvieron ningún inconveniente en renovar sus planteamientos científicos o metodológicos y en poner la Dogmática al servicio de los valores que propugnaba el Estado nacionalsocialista. Si lo hicieron por oportunismo, por convencimiento o por otras razones, es algo que pertenece a la conciencia de cada uno y que es difícil juzgar desde el momento presente. Ciertamente, hubo también una “mayoría silenciosa” que, desde luego, no opuso resistencia, pero que tampoco colla-

boró entusiasmadamente, o simplemente se dedicó a estudiar cuestiones técnicas o menos comprometidas políticamente. Por supuesto, tuvo que ser muy difícil sustraerse en aquel momento a aquella “locura colectiva” que se apoderó del pueblo alemán y lo llevó finalmente a la catástrofe. Pero también cuesta trabajo imaginarse que grandes científicos e importantes profesores asistieran imperturbables o incluso colaboraran activamente en la “depuración” de las cátedras universitarias, en la expulsión de sus puestos de eminentes personalidades, sólo porque eran “judíos” o “medio judíos”, en la desaparición o aparente deportación de familias enteras conducidas, de día o de noche, a campos de concentración en las que eran exterminadas, y en la eliminación de “seres desprovistos de valor vital”, “extraños a la comunidad”, asociales, etc. Y que mientras tanto se hicieran leyes que permitían tales atrocidades, y que en los libros y Tratados más importantes de la época, entre los que se cuenta, por ejemplo, la “Política criminal” de MEZGER, se considerara como fin de la pena la “Ausmerzung”, es decir, la eliminación de los “elementos perjudiciales para el pueblo y la raza”. Frente a esto cualquier discusión sobre los problemas básicos y sistemáticos de la Dogmática jurídicode penal parece un juego de niños, cuando no un pretexto para evadir la responsabilidad o aplacar la “mala conciencia” que, sin duda, más de uno de estos penalistas tuvo que tener por haber contribuido, aunque fuera como espectador de primera fila y no activamente, en tales hechos.

Al comienzo de esta investigación, aún creía que Edmund MEZGER no había pasado de ocupar un papel meramente pasivo o, por lo menos, secundario, en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista. Su clasificación como “Mitläufer” en el Proceso de Desnazificación a que fue sometido (cfr. *infra* capítulo VI) parecía abonar la idea de que sólo fue, a pesar de su enorme prestigio e importancia científica y académica (o quizás por eso mismo), un títere hábilmente utilizado por los

dirigentes nazis para dar cobertura a una Política “criminal” en todos los sentidos de la palabra⁶⁹. Y así lo afirmábamos en la primera edición de este libro (Valencia 2000). Sin embargo, tras las investigaciones que he llevado a cabo en estos últimos años, hoy puedo asegurar que Edmund MEZGER, desde su privilegiada posición de penalista oficial del régimen nazi, participó directamente, aunque fuera sólo en calidad de técnico o asesor de Proyectos de leyes genocidas, en tales aberraciones. Pero antes

⁶⁹ Naturalmente, hubo también muchos otros penalistas y juristas, profesores universitarios, que tuvieron especial relevancia en la época nacionalsocialista, como DAHM, KLEE o NAGLER, pero que después desaparecieron de la escena universitaria o tuvieron escasa relevancia en la posguerra (sobre ellos informa TELP, Ausmerzung und Verrat). Otros, por el contrario, tuvieron mayor importancia en la posguerra, aunque también tuvieron cierta relevancia en la época anterior, como WELZEL. También hubo un grupo de penalistas ya destacados en la época nazi, pero cuya obra en la posguerra quedó ensombrecida por la polémica entre causalismo y finalismo, como Wilhelm SAUER o Helmuth MAYER. Otros penalistas importantes en la época nazi fueron SCHAFFSTEIN, cuya obra en colaboración con DAHM en 1933 sobre el Derecho penal autoritario fue pionera de esa nueva orientación; BRUNS, autor de un importante Tratado de la determinación de la pena en los años 60; Eric WOLF y HENKEL, que se dedicaron en la posguerra más a la Filosofía del Derecho. En general, la mayoría de los juristas, profesores universitarios, incluso los más vinculados al sistema nazi o a la ideología nacionalsocialista, siguieron ocupando sus cátedras e incluso tuvieron aún más prestigio e influencia en la etapa democrática. Entre ellos está, por ejemplo, el famoso civilista Karl LARENZ. Un caso muy representativo es el de Theodor MAUNZ, uno de los más destacados constitucionalistas y comentaristas de la Ley Fundamental de Bonn, y que, sin embargo, se mantuvo siempre fiel a su ideología nacionalsocialista hasta su muerte en 1993; sobre MAUNZ, véase STOLLEIS, Recht und Unrecht, Studien der Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, 1999, pp. 306 ss.; ROELLECKE, Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers, Kritische Justiz 1994.

de ocuparnos de esta “otra cara” del famoso penalista, analicemos ahora con cierto detenimiento la principal monografía que escribió tras la Segunda Guerra Mundial y que le sirvió como tapadera de las actividades de colaboración con el régimen nazi que había llevado a cabo pocos años antes.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA MONOGRAFÍA “MODERNAS ORIENTACIONES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICOPENAL”

Veamos ahora al trabajo que publicó MEZGER en 1950 y que, de algún modo, supuso su *reentrée* en el mundo menos comprometido de la Dogmática jurídicopenal. “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik”, modernos caminos, orientaciones o tendencias de la Dogmática jurídicopenal, fue el título de la monografía que como complemento a la 3.^a edición de su Tratado (en realidad, la segunda edición de 1933, inalterada) publicó en 1950. Lo que él entendía en este caso por “moderno” está claro desde el primer momento, como ya indicaba SPENDEL en una recensión de esta obra⁷⁰. En realidad MEZGER, más que un complemento a la tercera edición de su Tratado había escrito una réplica a la teoría final de la acción de WELZEL y a las críticas que éste había dirigido anteriormente contra la concepción de MEZGER, a la que motejaba de causal naturalista, algo que a MEZGER pareció molestarle mucho. Con ello, se establecían las bases de una polémica que iba a durar todavía muchos años, continuada por los respectivos discípulos, y que todavía

⁷⁰ Recensión a “Moderne Wege” de MEZGER, Archiv für Social- und Rechtsphilosophie, 38 (1950), p. 626.

está más o menos presente en las obras generales y Tratados de Derecho penal no sólo en Alemania, sino en todos los países en los que la Dogmática jurídicopenal alemana ejerce una gran influencia en la exposición del Derecho penal vigente.

Desde este punto de vista, la polémica entre causalismo y finalismo no ha pasado completamente a la Historia de la Dogmática, sino que, independientemente de sus orígenes ideológicos, se configura como un punto de referencia necesario para comprender las divergencias, por lo menos metodológicas, que todavía existen en muchas cuestiones dogmáticas principales como el concepto de acción, la imputación objetiva, el tratamiento del error, etc., y como tal constituye todavía una de las cuestiones centrales de la actual Dogmática jurídicopenal. De ahí que en este apartado nos limitemos a exponer sucintamente las cuestiones que más separaron en sus orígenes el planteamiento mezgeriano del welzeliano: el concepto de acción (*infra a*) y el tratamiento del error de prohibición (*infra b*), dejando para otro tipo de trabajos otras consideraciones y problemas que se derivan de dicha polémica.

a) La discusión fundamental giró en torno a la naturaleza del concepto de acción como concepto básico de la Teoría del delito. MEZGER en ningún momento niega que la acción ontológicamente considerada sea también, como decía WELZEL, un acto de la voluntad dirigida a un fin⁷¹. Lo único que niega, y en eso discrepa de WELZEL, es que el contenido de la finalidad (es decir, lo que el sujeto quiere conseguir con su acción) tenga ya que ser objeto de valoración en la tipicidad, y no en la culpabilidad como él había propuesto en su Tratado y era doc-

⁷¹ Cfr. el epígrafe B, II, de la citada monografía, tanto en su versión alemana, como española.

trina dominante desde VON LISZT y BELING en la Dogmática jurídico penal alemana. Para MEZGER, lo único que importa para establecer el concepto de acción, como base de todas las formas de aparición del delito, es que sea una acción voluntaria, pero lo que el sujeto quiere, el contenido de esa voluntad, sólo debe ser objeto de valoración en la culpabilidad, como formas de la misma, dolo o imprudencia, salvo que ya el legislador en algunos tipos delictivos requiera para dar relevancia penal a la conducta la presencia de determinadas finalidades, motivaciones o deseos. Es más, como el propio MEZGER recuerda⁷², él ya había admitido en su Tratado y en un trabajo sobre el tema publicado en 1924 en la revista *Gerichtssaal*, que en muchos tipos delictivos, incluso en la mayoría de los delitos dolosos, era necesario tener en cuenta para determinar la relevancia típica de la conducta algunos "elementos subjetivos del injusto", como el ánimo de injuriar en las injurias, la conciencia de la falsedad en el falso testimonio, el ánimo de apropiarse de la cosa mueble ajena en el hurto, el ánimo lascivo en los abusos sexuales, el propósito de consumar el delito en la tentativa, etc., sin los cuales la conducta en sí misma carecía incluso de relevancia penal. Pero, para él, estos elementos no eran más que excepciones, expresamente exigidas por el legislador para darle relevancia penal a conductas que objetivamente consideradas son ambiguas y no tienen claramente una significación típica penal. Fuera de estos casos seguía manteniendo una concepción predominantemente objetiva del tipo de injusto, que, como también deja claro, no es una concepción puramente causal, sino valorativa, aunque basada en normas objetivas de valoración y no en las normas de determinación que fundamentan el juicio de culpabilidad. Su planteamiento, en todo caso, es mucho más

⁷² Cfr. epígrafe C, III de la monografía.

flexible que el de WELZEL, que consideraba y consideró siempre que el legislador estaba obligatoriamente vinculado a las estructuras ontológicas de la acción, y que, al ser ésta el ejercicio de una actividad final, también la finalidad del sujeto agente tenía que ser objeto de valoración ya en la propia configuración típica del delito en general, y no ya sólo en algunos en particular.

La evolución posterior del sistema de la Teoría del delito parece haberle dado la razón a WELZEL, en la medida en que prácticamente en todos los Tratados y Manuales alemanes actuales de Derecho penal se expone el dolo como elemento de la tipicidad, pero no en tanto que ello se haga por admitir los postulados iusfilosóficos welzelianos (vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas del actuar humano), sino porque se adapta mejor a la estructura típica de los delitos dolosos tal como se describen por el legislador, pues, evidentemente, acciones como “matar”, “apoderarse de una cosa mueble ajena”, no son simples procesos causales puestos en marcha por la voluntad humana. Pero tampoco procesos causales dirigidos por la voluntad a un fin constitutivo del tipo objetivo de un delito son en sí mismos por eso ya penalmente relevantes, sino sólo en la medida en que en las relaciones humanas de intercambio y comunicación tienen un significado, pues, como ya ha sido destacado en las más recientes aportaciones sobre la teoría de la acción, ésta no es el simple sustrato de una valoración, sino la valoración de un sustrato⁷³. Por lo demás, tanto en relación con

⁷³ Cfr. VIVES ANTÓN, Fundamentos del Derecho penal, Valencia, p. 205; para quien la acción es “el sentido de un sustrato” y no “el sustrato de un sentido”; cfr. también FLETCHER, Conceptos básicos de Derecho penal, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia 1997, p. 93. Sobre las consecuencias de este “concepto signifi-

el concepto de acción, como con otros conceptos de la Teoría del delito (causalidad, imputación objetiva, culpabilidad, etc.) domina hoy un planteamiento normativo que le ha quitado, por lo menos desde el punto de vista teórico y filosófico, prácticamente toda relevancia a los planteamientos puramente ontologicistas de MEZGER y WELZEL.

b) El otro gran tema del que se ocupa MEZGER en su monografía “Moderne Wege”⁷⁴ es el del tratamiento del error de prohibición, uno de los puntos centrales de la discrepancia entre causalismo y finalismo. La verdad es que en su planteamiento originario del tema, por ejemplo en su Tratado, la llamada “teoría estricta del dolo” tenía pocas posibilidades de ser aceptada por la praxis, pues, al exigir para el conocimiento de la prohibición el mismo tipo de conocimiento actual que se exige para imputar a título de dolo los elementos de la tipicidad, hacía prácticamente imposible la condena con la pena del delito doloso de las personas que tuvieran alguna duda, más o menos fundada, sobre el carácter prohibido⁷⁵. El sujeto que a la hora de cometer un delito ni siquiera se plantea el carácter prohibido de su acción debería ser, según el planteamiento originario de MEZGER, todo lo más castigado por imprudencia, por no haberse preocupado de comprobar la antijuricidad de su hacer, y ello en la medida en que para el correspondiente delito estuviese prevista expresamente la punibilidad de su comisión imprudente. Consciente de la debilidad de su planteamiento y de las pocas posibilidades que tenía de ser asumido por los Tribunales

ficativo de acción” para el propio concepto de acción, véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte General, lug. u. cit.

⁷⁴ Cfr. epígrafe D, V, 2, b, de la misma.

⁷⁵ Cfr. lo dicho al respecto en el capítulo I, 2: Sobre las teorías acerca del tratamiento del error de derecho o de prohibición, cfr. MUÑOZ CONDE, El error en Derecho penal, Valencia 1989.

de Justicia, MEZGER elaboró ya en 1944 en su aportación al Homenaje a Kohlrausch⁷⁶, el último trabajo que publicó en la época nacionalsocialista, la “teoría limitada del dolo”, según la cual los casos de “ceguera jurídica” (que posteriormente en “Moderne Wege” llamó de “enemistad jurídica”), es decir, los casos en los que el autor, por despreocupación o desprecio hacia el Ordenamiento jurídico, ni siquiera se planteaba el carácter prohibido o antijurídico de su comportamiento, en los que, por tanto, según su concepción del dolo, no se daba la actualidad del conocimiento requerido para imputar lo realizado a título de dolo, deberían, sin embargo, ser castigados con la pena del delito doloso. Para fundamentar esta opinión recurrió a una concepción de la culpabilidad que ya había desarrollado en la época nacionalsocialista y que prácticamente es la única de esa época que sigue utilizando expresamente en “Moderne Wege”, en 1950: la teoría de la “Lebensführungsschuld” o “culpabilidad por la conducción de vida”⁷⁷. Así dice expresamente:

⁷⁶ Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, en Probleme der Rechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch, 1944, pp. 180 ss. Aunque este trabajo es de carácter puramente dogmático, no deja de ser muy revelador que los ejemplos a los que, en 1944, alude como supuestos en los que la “imprudencia o ceguera jurídica” debería ser castigada con la pena del dolo sean la realización de acciones homosexuales y el delito de “ultraje a la raza” (“Rassenschande”), por el que, como ya hemos dicho en nota 2, se podía llegar a aplicar la pena de muerte (recuérdese el caso Katzenberger y otros similares mencionados anteriormente, de los que MEZGER debía tener noticia). Para más detalles sobre este caso, véase MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, “¿Vencedores o vencidos?”, pp. 39 ss. Más adelante (*infra* epígrafe V en este mismo capítulo), veremos que esta teoría restringida del dolo estaba muy influenciada por la concepción nacionalsocialista.

⁷⁷ Ya utilizado en su artículo Die Straftat als Ganzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 57 (1938), p. 688, y vuelto a utilizar en su aportación al Homenaje a Kohlrausch, citada en nota anterior.

“La fundamentación teórica (de su nueva teoría sobre el error de prohibición, FMC) viene de la culpabilidad por la conducción de vida... La culpabilidad del autor no sólo existe en la culpabilidad por el hecho, sino también en la “actitud” que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el Derecho en su totalidad”.

Con ello, cubría ciertamente la laguna de punibilidad que podía darse con su anterior planteamiento, y posibilitaba el castigo con la pena del delito doloso de los que ciertamente no actuaban, según su concepción del dolo, dolosamente, pero por la “actitud” mostrada durante toda su vida frente al Ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, merecían ser castigados, por su “ceguera” o “enemistad” jurídica con la pena del delito doloso. Y por si todavía fuera poco esta inconsecuencia jurídica, la adorna con una argumentación que claramente recuerda, salvo en que no se refiere expresamente al “pueblo alemán”, a la utilizada en la época nazi para fundamentar la analogía:

“Existe enemistad jurídica cuando el autor muestra con su hecho una actitud total que es incompatible con un sano sentimiento de lo justo y de lo injusto”⁷⁸.

Con ello cometía un error táctico que WELZEL aprovechó para acusar a la teoría de MEZGER de afinidad con las teorías del Derecho penal de autor del nacionalsocialismo y con la regulación que del error de prohibición proponía el Proyecto nazi de 1936, en el que obviamente se veía la mano de MEZGER⁷⁹. Pero lo que en el fondo pretendía MEZGER, al

⁷⁸ Lug. cit.

⁷⁹ Sobre la discusión habida entre ambos en el seno de la Comisión de Reforma del Derecho penal en torno a la regulación del error de prohibición, véase THÜLFAUT, *Kriminalpolitik*, pp. 309 ss.

margen de fundamentaciones poco afortunadas, era la misma finalidad políticocriminal que pretendía conseguir WELZEL con su “teoría de la culpabilidad”: darles, al legislador y a la jurisprudencia, la posibilidad, pero también la seguridad, de que los casos más graves de desconocimiento culpable de la antijuricidad no iban a quedar impunes con la simple alegación del acusado de que no sabía que su hacer estaba prohibido. MEZGER pretendía llegar a este resultado, sin abandonar claramente su planteamiento original, con su teoría de la “enemistad jurídica” y de la “culpabilidad por la conducción de vida”. WELZEL, separando del dolo, como elemento del tipo, el conocimiento de la antijuricidad, como elemento de la culpabilidad, y considerando que bastaba para éste un conocimiento meramente potencial; es decir, con la mera posibilidad que tuvo el sujeto de haberse informado, si se hubiese esforzado, sobre el carácter antijurídico de su acción. Lo que unido a la atenuación meramente facultativa de la pena del delito para los casos en que el error fuera vencible, llevaba en el fondo, aunque con distinta fundamentación dogmática, a la misma solución que proponía MEZGER.

Sin embargo, la aceptación de la tesis de WELZEL en la famosa decisión del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) de 18 de marzo de 1952⁸⁰, y la acogida de su propuesta de regulación del error de prohibición en el parágrafo 17 del Código penal alemán en su redacción de 1969, inclinaron finalmente la balanza, también en la doctrina, a favor de la “teoría de la culpabilidad”, por lo menos en lo que se refiere al trata-

⁸⁰ BGHSt 2, pp. 194 ss., refiriéndose a la conciencia de la antijuricidad en el delito de coacciones: “En el parágrafo 240 del Código penal el autor debe conocer las circunstancias del hecho, entre las cuales no se encuentra la antijuricidad, y además tener la conciencia, o con un esfuerzo pertinente poder tenerla, de que la coacción es injusta”.

miento del error directo de prohibición, quedando sin regulación específica el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación que todavía sigue resolviéndose en la doctrina y la praxis alemanas más en el sentido de la teoría del dolo o de la de los elementos negativos del tipo.

El tratamiento del error de prohibición no se ha modificado, pues, en la Dogmática penal alemana tanto como pretendía WELZEL: los casos de error de prohibición directo, es decir, de error sobre el carácter prohibido del comportamiento (creer, por ejemplo, que el tráfico con hachís no está prohibido), salvo hipótesis poco probables de error invencible, es de hecho irrelevante, o todo lo más puede castigarse, potestativamente, a juicio del Tribunal, con la pena atenuada del delito doloso que se haya cometido; los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (creer erróneamente, por ejemplo, que se va a ser víctima de una inminente agresión; detener a un pacífico ciudadano confundiéndolo con un peligroso terrorista), deben castigarse, si son vencibles, con la pena del delito imprudente, si está prevista esta forma de comisión del delito. Más o menos lo que propugnaba MEZGER en su monografía “Moderne Wege”.

Sin embargo, la impresión que puede dar la lectura de cualquier Tratado de Derecho penal alemán actual en estos temas es que ninguna de las teorías defendidas por MEZGER en “Moderne Wege” gozan de gran apoyo en la actual Dogmática jurídica penal alemana⁸¹. Pero esta impresión puede ser engañosa, porque en el

⁸¹ Pues, quizás con la excepción del Tratado de BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10.^a ed., 1995, y, en cierto modo, de NAUCKE, Strafrecht, Eine Einführung, 9.^a ed., 2000, pp. 274 ss., que mira con escepticismo la diferencia de trato que recibe el error de prohibición según se adopte uno u otro modelo del sistema de la Teoría del delito; en la mayoría de los Tratados y Manuales se incluye

fondo las soluciones que se proponen actualmente respecto a los problemas dogmáticos tratados por MEZGER son bastante similares a las que éste proponía incluso ya en su Tratado de 1933, aunque con las modificaciones que no sólo fueron provocadas por la polémica con el finalismo, sino por la evolución normal de la discusión dogmática. Así, por ejemplo, se mantiene prácticamente igual su concepción de la causalidad, y de algún modo su teoría de la causalidad jurídicamente relevante constituye ya el núcleo de la moderna teoría de la imputación objetiva; su clasificación de los tipos penales, su concepción del bien jurídico y de la antijuricidad material como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, o su concepción normativa de la culpabilidad, si bien con modificaciones importantes y con distinta fundamentación dogmática. Lo que queda, pues, del planteamiento dogmático de MEZGER y vuelve a repetir resumidamente en su monografía de 1950, es lo que él ya aprendió de su maestro en Tubinga Ernst BELING y luego desarrolló en posteriores trabajos y en su Tratado de 1931/33: la consideración del delito como una conducta humana típica(mente) antijurídica y culpable, y del Derecho penal como un sistema jurídico de protección de bienes jurídicos. Nada queda, en cambio, (o por lo menos nadie lo defiende públicamente en Alemania) de las fantasías criminológicas y biologicistas que, como seguidamente vamos a ver, defendió con tanto ahínco apenas unos años antes, y mucho menos de sus pretensiones de hacer también del Derecho penal un instrumento de eliminación de los elementos de la población dañinos al pueblo y a la raza alemanas, de las que él

el dolo como elemento de la tipicidad, se exponen separadamente el error de tipo y el de prohibición, y, por lo menos en lo que se refiere al error de prohibición directo, se acepta la tesis de WELZEL (cfr. por ejemplo, STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., 2000, que sigue bastante fielmente el modelo propuesto por WELZEL).

mismo no volvió a hablar, al menos públicamente, a partir de 1945. Veamos ahora, sin embargo, la tesis que unos años antes, desde 1933 a 1945, había venido defendiendo en relación con estos temas.

V. LA OTRA CARA DE EDMUND MEZGER

1. Algunos textos de Mezger entre 1933 y 1945

En el Prólogo, que en octubre de 1933 escribió para su libro “Kriminalpolitik”, MEZGER exponía las bases de una nueva Política criminal, a las que no se había referido nunca en sus trabajos anteriores⁸²:

“La potente revolución política y espiritual del movimiento liberador en Alemania ha colocado a la vida estatal de este país sobre una nueva base de cultura. El nuevo Estado totalitario se eleva apoyándose en los principios básicos de pueblo y raza. También el Derecho penal será afectado por esta transformación... Para el nuevo Derecho penal serán esenciales dos puntos de partida, pero no en el sentido de una transacción, sino como una síntesis más alta: el pensamiento de la responsabilidad del individuo ante su pueblo y el de la regeneración racial del pueblo como un todo”.

Es evidente que ya desde el primer momento MEZGER quería dejar claro su adscripción al nuevo régimen y a sus fundamentos ideológicos. Probablemente desde que llegó a Múnich a

⁸² Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, 1934 (la cita se trascrcribe de la traducción que hizo de esta obra RODRÍGUEZ MUÑOZ, con el título de Criminología, Madrid 1942. (Agradezco al Prof. Ignacio Berdugo que me haya facilitado la consulta de esta obra, y también el Prof. Carlos Suárez González, que me proporcionó un ejemplar de la misma).

principios de 1933, recién nombrado Canciller del gobierno alemán Adolf Hitler, el fervor hacia el régimen nacionalsocialista (al que de forma un tanto grandilocuente llama “movimiento liberador”) había hecho presa en él, sobre todo a partir de su nombramiento como miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, que, entre otras cosas, tenía como misión adaptar el Derecho penal a los nuevos postulados políticos. Por MEZGER no iba, desde luego, a quedar. En las palabras del Prólogo se establecía todo un programa políticocriminal, que, como iremos viendo en los siguientes capítulos, llevó a cabo hasta sus últimas consecuencias, mientras duró el régimen nacionalsocialista, es decir, hasta 1945. Después las cosas cambiaron, y con ellas también MEZGER, que, como hemos visto en el epígrafe anterior, tras la hecatombe de la derrota, volvió a sus planteamientos dogmáticos anteriores a 1933, como si nada hubiera ocurrido entre esa fecha y 1945.

Pero MEZGER también fue un dogmático importante durante el nacionalsocialismo, la única diferencia con los planteamientos dogmáticos anteriores a 1933 y posteriores a 1945, fue que sus sesudas elucubraciones se encaminaron a partir de 1933 a configurar e interpretar el Derecho penal conforme a los postulados nazis. Así, por ejemplo, desde el primer momento se ocupó de demostrar que la única fuente del Derecho penal y la única base de todas estas elucubraciones no podía ser otra que “la voluntad del Führer”. En un artículo suyo de 1936 sobre la antijuricidad material en el futuro Derecho penal⁸³, dice que el partido nacionalsocialista alemán es un

“instrumento llamado especialmente en manos del Führer a configurar y conformar la voluntad política alemana. A él se le ha transmitido la

⁸³ Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 55, 1936.

formación consciente de las sanas concepciones del pueblo como una misión especial y con ello es un factor decisivo para determinar lo que se entiende por antijuricidad material”.

Luego en ese mismo artículo acoge la tesis del famoso politólogo nazi Carl SCHMITT sobre las “ideas concretas de ordenación”. Éstas radicarían en “la familia, el Estado, la profesión, y posibilitarían una comprensión estructurada del suceso particular y, por tanto, conforme a su esencia no serían otra cosa que el pensamiento jurídico del pueblo”⁸⁴.

Naturalmente, cuando se refiere al pueblo, MEZGER se refiere exclusivamente al pueblo alemán, y no a cualquier otro, porque, como dice literalmente, sólo el pueblo alemán es

*“el valor jurídico más alto y concretamente determinado y sólo su sana concepción como concepto al mismo tiempo valorativo y real debe orientar la determinación material nacionalsocialista del Derecho penal, aunque obviamente, dado que el Derecho que de él emana debe convertirse en Derecho positivo, precisa de la dirección estatal para su conformación y reconocimiento”*⁸⁵.

Y, lógicamente, de todo ello saca también sus consecuencias para la vinculación del Juez, que ya no será sólo una vinculación a la ley, sino al “Derecho vivo en el pueblo y a los mandatos del Führer”⁸⁶.

Esto no era sino la consecuencia de la introducción en el Código penal alemán de la analogía como fuente de creación del Derecho penal, conforme a la cual no sólo era delito lo que la ley declarara como tal, sino también lo que según la idea básica de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo mere-

⁸⁴ Ob. u. cit., p. 11.

⁸⁵ Ob. u. cit., pp. 8 s.

⁸⁶ Ob. u. cit., pp. 3 s.

ciera una pena (parágrafo 2, apartados 1 y 2 del Código penal alemán). Pero MEZGER, al interpretar este precepto, no lo hace restrictivamente, como parecía obligado dadas las enormes posibilidades que ofrecía para la arbitrariedad y la indeterminación, sino que expresamente dice que las normas legislativas deben ser interpretadas incluso en sentido agravatorio para el delincuente, cuando así lo requieran razones políticas o la voluntad del Führer⁸⁷.

También en la teoría de la pena muestra MEZGER su ideología nacionalsocialista, no sólo cuando ve en la misma “un medio indispensable para el mantenimiento de la comunidad del pueblo”, que no es otra cosa que “una comunidad de destino basada en la raza, la historia y el caudillaje”⁸⁸; sino cuando llega a afirmar que la función de la pena debe ser también “*la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza*”⁸⁹, o propone “medidas de higiene racial para la eliminación de las raleas criminales”⁹⁰. Vaya como prueba el siguiente texto:

*“Pues la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no sólo directamente la forma de delinquir del sujeto, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad, que se manifestará a su manera criminológicamente en uno u otro sentido. Precisamente en la especial criminalidad de los judíos adolecen las antiguas investigaciones muchas veces de no diferenciar adecuadamente entre raza y confesión, porque la posición social depende más de la última que de la primera. En la legislación sobre la raza del nuevo Estado —se refiere a las leyes de Nuremberg y otras disposiciones que las desarrollan— se le da a la raza su debida importancia”*⁹¹.

⁸⁷ Deutsches Strafrecht, ein Leitfaden, 1936, pp. 35 ss.

⁸⁸ Ob. u. cit., p. 695.

⁸⁹ Así en Kriminalpolitik, 3.^a ed., 1944, p. 247.

⁹⁰ Ob. u. cit., p. 26.

⁹¹ Ob. u. cit., p. 103.

Su pasión por los nuevos planteamientos jurídicos del nacionalsocialismo llega a tanto que incluso cuando en el seno de la Comisión de Derecho penal de la Akademie für Deutsches Recht a la que pertenecía se discute si el principio de personalidad debía ser aplicable al delito de “ultraje a la raza” MEZGER, frente a la tesis en contra de Lange, se muestra partidario de ello porque constituye “un importante símbolo de la voluntad del Derecho penal nacionalsocialista (“des nationalsozialistischen Strafrechtswollens”)”⁹².

También, en contra de lo que se ha dicho muchas veces, MEZGER mantiene ideas muy próximas al *Derecho penal de voluntad*, tan representativo del régimen nazi y de los penalistas más afines al mismo, como eran los integrantes de la llamada “Escuela de Kiel” (Dahm y Schaffstein). Así, por ejemplo, dice que el Derecho penal debe ser un “Derecho de lucha y tiene, por tanto, que atrapar al enemigo allí donde tiene su punto de partida, es decir, en la voluntad criminal”⁹³. De ahí a superar la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, que él había fundamentado tan cuidadosamente en un artículo de 1924 publicado en la revista Der Gerichtssaal (Die subjektiven Unrechtselemente) y en su Tratado, no había más que un paso, que también está dispuesto a dar, cuando llega a afirmar que lo que

⁹² Deutsches Strafrecht, 1941, pp. 19-24 (comentando la sentencia del Reichsgericht, RGSt, 74, 397, sobre si se puede aplicar la ley penal alemana, es decir, el delito de “ultraje a la raza” en un caso de relaciones sexuales entre un alemán y un judío realizadas fuera de Alemania; la cita se encuentra en la p. XXI de la Introducción de Werner Schubert a la edición de los Protocolos de las Comisión para la reforma del Derecho penal, existente en la Akademie für Deutsches Recht, editada por el mismo Schubert; cfr. Protokolle der Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht, 1999, tomo VIII).

⁹³ Leitfaden, p. 27.

importa no es la lesión del bien jurídico, sino la lesión del deber⁹⁴.

Igualmente modificó su teoría del error, conocida como teoría del dolo, en la que exigía originariamente la misma clase de conocimiento actual para los elementos del tipo que para los de la antijuricidad, lo que ciertamente dificultaba su aceptación por la praxis. Y para facilitar esta aceptación y sobre todo extender la pena más grave del delito doloso a los casos de “imprudencia jurídica”, utiliza el concepto por él desarrollado en la época nazi de “culpabilidad por la conducción de vida” (*Lebensführungsschuld*), según el cual también deben ser castigados con la pena del delito doloso los sujetos que, por su deficiente aprendizaje y conocimiento de los valores jurídicos de la comunidad, no tienen en el momento de cometer el hecho una representación exacta y actual del carácter prohibido de su hacer. Para estos supuestos que llamó de “ceguera o enemistad jurídica”, consideraba necesaria la pena del delito doloso. Pero lo peor no era esta afirmación que hacía en un artículo publicado en el Homenaje a Kohlrausch, en pleno año 1944⁹⁵, cuan-

⁹⁴ Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, p. 63.

⁹⁵ Cfr. MEZGER, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, pp. 180 ss. Hay un pasaje en este artículo en el que MEZGER justifica su postura del siguiente modo (p. 183): “La idea de la “ceguera jurídica” va todavía más allá. Su significado no se agota sólo con un delito de imprudencia jurídica. Si una persona adulta que ha cometido un aborto, una acción homosexual, un ultraje a la raza, aduce que no sabía que eso era ilícito, la pena por un delito imprudente, aunque se quisiera creer su excusa, no sería suficiente, ni se ajustaría al desvalor del hecho. La pena que sería merecida para estos hechos no es ya la del *crimen culpeae*, sino la de los *crimina odiosa* que es lo que son estos hechos que deben ser castigados con una pena adecuada a su especial naturaleza. Sus excusas defensivas “no deben ser escuchadas”, sino entendidas “como si” el acusado hubiera sido consciente de su ilicitud”. Cfr. por ej. el caso Katzenberger, expues-

do Alemania perdía claramente la guerra y la debacle final parecía evidente; lo peor son los ejemplos que aducía para apoyar su tesis: la realización de acciones homosexuales, el aborto y los *ultrajes a la raza*, un delito que se habían inventado en plena fantasía nazi racista, y que podía ser castigado con la pena de muerte; pena que por cierto se aplicó con cierta frecuencia en estos casos. ¿Lo sabía MEZGER, en aquella época miembro destacado del equipo asesor del Ministerio de Justicia y de la SS, cuando proponía su teoría y su aplicación a este delito?

A la vista de lo sucedido y de todo lo que venía escribiendo desde 1933, parece lógico considerar que esta teoría no era más que la consecuencia del principio sentado ya en las palabras últimas de su Criminología en 1933:

“Este contenido material nos lo suministran los dos pilares en que descansa el nuevo Estado alemán nacionalsocialista, a saber: pueblo y raza. La futura Administración de la Justicia penal considerará como su objetivo supremo el ponerse al servicio de la regeneración del pueblo. Pero esta meta incluye en sí dos misiones, a saber: el restablecimiento de la responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo, y la eliminación en esta última de partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza... elevando de esta suerte, mediante la extirpación de elementos inapropiados, la composición racial del pueblo. Especialmente en sus sectores biológicos hereditarios, que cada vez logran mayor importancia, dentro y fuera del Derecho penal (...), ha de ser un medio auxiliar indispensable de todas las direcciones y tendencias eugenésicas”⁹⁶.

Todo un programa de “limpieza étnica” que, como seguidamente veremos, fue llevado a cabo hasta sus últimas consecuen-

to supra en nota 2 de este mismo capítulo, y al que también se aludirá en el capítulo VI. Sobre este caso, STAFF, *Justiz im Dritten Reich*, pp. 194 ss.; MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?*, pp. 39 ss.

⁹⁶ Cfr. Criminología, p. 284.

cias hasta el punto de colaborar entusiásticamente en la elaboración de un Proyecto de Ley que tenía por objeto, según rezaba su título propuesto por el mismo MEZGER, el tratamiento de los “Extraños a la Comunidad”.

2. *La participación de Mezger en el Proyecto de Ley sobre tratamiento de los “Gemeinschaftsfremde” (“extraños a la comunidad”; remisión al capítulo III)*

A estas alturas se ve que el profesor Edmund MEZGER estaba más que comprometido con la ideología y el régimen nacionalsocialista. Incluso cuando el régimen estaba a punto de ser derrocado por las tropas aliadas que avanzaban imparables por todos los frentes, MEZGER seguía colaborando estrechamente con él.

Así lo demuestra su destacada intervención en un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los “Gemeinschaftsfremde”, que desde principios de los años cuarenta estaba siendo redactado bajo la inspiración de la tristemente célebre Policía del Reich, la SS, para incrementar el control y la selección eugenésica de los que eufemísticamente se llamaban “Gemeinschaftsfremde” (“extraños a la comunidad”), concepto bajo el cual se comprendían diferentes grupos de personas, fundamentalmente marginados sociales, mendigos, vagos, 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 1933. La SS y su Jefe, Himmler, no parecían estar, a pesar de todo, satisfechos del resultado conseguido con esta Ley, en la que introducía como medida complementaria de la pena la custodia de seguridad por tiempo indeterminado, así 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.

Con la nueva Ley se trataba, además, de asegurar en momentos de crisis el control total, atribuyéndole a la Policía⁹⁷, y, en definitiva, a la SS, un poder omnímodo que podía ser utilizado en cualquier momento contra los enemigos interiores del régimen, fueran éstos del carácter que fueran, políticos, sociales o de raza. El concepto de “Gemeinschaftsfremde”, propuesto por MEZGER, los acogía a todos por igual. Del mismo modo que el régimen se preparaba para una “guerra total” contra el enemigo exterior, también preparaba su peculiar guerra total contra el “enemigo interior”.

Quizá por eso el Proyecto tuvo una larga gestación, entre otras causas, porque otorgaba un enorme poder a la SS, y concretamente a su Jefe Heinrich 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.

⁹⁷ En este sentido, es de destacar que MAUNZ, que en los años 50 llegó a ser Ministro de Educación y Cultura en el Gobierno bávaro, proponía en 1943 que se incrementaran aun 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, Hamburg 1943). No obstante, algún autor, como FROMMEL, La lucha, p. 46, considera que realmente 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.

A uno de ellos, Hans Franck, antiguo abogado del Partido Nazi durante los años 20 y amigo personal de Hitler, y que luego a partir de 1933 fue nombrado Reichrechtsführer y Presidente de la Akademie für Deutsches Recht, el enfrentamiento con Himmler le llevó a dimitir de estos puestos, aunque posteriormente fue nombrado Gobernador de Polonia, donde fue el responsable de la deportación y muerte en campos de concentración de tres millones de judíos, por lo que fue condenado a muerte en Nuremberg. También el Ministro de Justicia Gürntner se oponía a esta Ley, pero en 1942, tras su repentina y extraña muerte al regreso de un viaje a Polonia, donde al parecer había criticado el Derecho penal que allí se aplicaba a los polacos, fue sustituido por Thierack, hombre del partido, que no opuso la menor resistencia al proyecto de Himmler.

En el capítulo III nos ocuparemos de analizar con detenimiento este Proyecto y su contenido. Baste ahora con indicar que en la redacción del mismo, por lo menos en su última fase, a partir de febrero de 1943, y tras el acuerdo entre Himmler y Thierack, participaron activamente Edmund MEZGER y el criminólogo y colega muniques Franz EXNER, a los que, según indicó ya en 1987 en su trabajo sobre el Derecho penal del Nacionalsocialismo, Gerhard WERLE, se puede considerar los verdaderos autores intelectuales del Proyecto que se aprobó finalmente⁹⁸. Desgraciadamente, los textos y el rico material anejo, con los informes de MEZGER Y EXNER⁹⁹, así como la correspondencia entre

⁹⁸ Cfr. WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlín 1989, p. 621.

⁹⁹ Cuya Biología Criminal, en sus rasgos fundamentales, 2.^a edición, fue traducida al español por Juan DEL ROSAL, Barcelona 1946 (agradezco al Prof. Cortés Bechiarelli que me haya proporcionado una copia de la misma). En la versión española de la Criminología de Edmund MEZGER,

ellos, Rietzsch y los dirigentes nacionalsocialistas encargados del Proyecto, nunca fueron publicados, y ello quizás explique, aunque no justifique, que hayan prácticamente pasado desapercibidos durante casi sesenta años. Durante muchos años estuvieron depositados en el Archivo de Coblenza, donde los consultó WERLE, y actualmente se encuentran en el Archivo Federal de Berlín, donde pueden consultarse sin grandes dificultades. No obstante, la información que ya en 1987 ofrecía WERLE de ellos era bastante completa, y aunque sólo cita fragmentos y

el traductor, Rodríguez Muñoz, añade la recensión que hizo MEZGER en 1940 de esta obra de EXNER. (Sobre la colaboración de ambos autores en la redacción del Proyecto de Ley de extraños a la comunidad, cfr. *infra* capítulo III). Naturalmente, también hubo estrechas relaciones entre MEZGER y los más conspicuos representantes del Derecho penal de la Italia fascista. A este respecto existe un libro conjunto entre MEZGER y GRISPIGNI, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milán 1942, en el que ambos autores exponen sus opiniones claramente favorables a dicho régimen y a las reformas penales originadas por el mismo. No deja de ser interesante destacar que la actitud del italiano GRISPIGNI es mucho más contundente en defender un Derecho penal puramente basado en la peligrosidad y en el carácter de defensa social que tienen sanciones como la esterilización de los asociales y la castración del delincuente sexual peligroso que el propio MEZGER. También se refiere a Hans FRANCK, el Reichsführer y Presidente de la Akademie für Deutsches Recht, como el verdadero impulsor de esta concepción del Derecho penal, cuyas palabras cita como el ejemplo a seguir, criticando la actitud de Mezger por no ser del todo coherente con esta concepción biológica racista del Derecho penal que propugnaba el destacado dirigente nacionalsocialista, luego condenado a muerte en el Proceso de Nuremberg y ejecutado. También cita GRISPIGNI, como de próxima publicación, un ensayo suyo sobre “El pensamiento penal en Benito Mussolini”, que no sabemos si llegó a publicarse (véase mi recensión a este libro en Revista Penal 12, 2003. Agradezco a la Profesora María José Pifarré que me haya facilitado una fotocopia del libro de MEZGER/GRISPIGNI).

artículos de los diversos textos, puede hacerse una idea bastante completa de su contenido y de la decisiva participación que en su redacción tuvieron MEZGER y EXNER. Lo que hace aún más incomprendible que haya sido prácticamente ignorado por los penalistas alemanes, que tampoco mencionan la participación en el mismo de Edmund MEZGER (uno de los autores más citados en la obra de casi 800 páginas de WERLE; véase, por ejemplo, el registro de autores citados en la p. 773 de esta obra).

Sin embargo, como veremos en el capítulo III, el Proyecto sobre El tratamiento de los “Extraños a la Comunidad” ha sido objeto de diversos estudios y publicaciones entre los historiadores y especialistas en trabajo y asistencia social durante el nacionalsocialismo¹⁰⁰. Así, por ejemplo, la Fundamentación del mismo hace ya tiempo que se encuentra en el libro de Norbert

¹⁰⁰ Véanse MAJER, “Fremdvölkische” im Dritten Reich, 1981; PEUKERT, Arbeitslager und Jugend-KZ: Die Behandlung Gemeinschaftsfremder im Dritten Reich, en PEUKERT/ REULECKE (edit.), Die Reihen fast geschlossen, Wuppertal 1981, pp. 413 ss.; el mismo, Inside Nazi Germany, Londres 1987, pp. 220 ss. (versión inglesa de la obra original alemana, Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde, Köln 1982); WAGNER, Das Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder, en Feinderklärung und Prävention, Berlín 1988. También BASTIAN, Homosexuelle im Dritten Reich, München 2001, pp. 63 ss., se ocupa de este Proyecto y de su relación con los homosexuales, citando la ordenanza del Reichjustizminister de agosto de 1944 suspendiendo la tramitación del mismo, en la que se decía expresamente: “En este momento de lucha a muerte del nacionalsocialismo, incluso los extraños a la comunidad deben ser utilizados como carne de cañón (Kanonenfutter)”. Efectivamente, dice BASTIAN (p. 65), los homosexuales que aún no habían sido ejecutados fueron enviados a la primera línea del frente, aunque no se sabe cuántos fueron, ni cuántos sobrevivieron. Pero sin duda el más importante conocedor de este Proyecto de Ley es Wolfgang AYASS, a cuya obra en relación con este tema aludiremos más adelante (cfr. *infra* capítulo III y bibliografía allí citada).

FREI, *Der Führerstaat*¹⁰¹, un auténtico bestseller que en formato de bolsillo se puede encontrar en cualquier librería alemana a módico precio, y que, por eso mismo, aparte de por sus bondades intrínsecas, ha tenido en pocos años varias ediciones. La transcripción de esta Fundamentación, que aquí se recoge junto con el texto del Proyecto en el epígrafe III del capítulo III (cfr. *infra*), va precedida de unas palabras en las que FREI explica breve, pero claramente, su génesis y significado en el contexto nacionalsocialista en aquella época.

Bajo la rúbrica: 7. *El régimen y los “extraños a la comunidad”*, dice FREI lo siguiente:

“Bajo la dirección de la SS —Policía criminal del Reich— tuvieron lugar desde 1940 algunas conversaciones, al objeto de recopilar y sistematizar las fuertes posibilidades jurídicas y policiales que ya se habían creado en los años anteriores, en una «Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad» en la que se regulara la forma de proceder contra (grupos de) personas consideradas socialmente indeseables y «dañinas para el pueblo». Las discusiones surgidas por la distribución de competencias y luego las importantes modificaciones que necesariamente habría que hacer en el Código penal y en las leyes procesales penales, retrasaron el Proyecto de Ley. En la primavera de 1944 las diversas instancias afectadas acordaron un texto, que debía ser ratificado por el «Führer», por el Presidente del Consejo de Ministros para la defensa del Reich y por los Ministros de Justicia, Interior, Trabajo, y Finanzas, por el Jefe de la OKW, el Jefe de la Cancillería del Reich y por el Director de la Cancillería del Partido. Para comienzos de agosto de 1944 estaba prevista la celebración de un curso de formación continuada sobre esta nueva regulación. En esta ocasión, el Profesor de la Universidad de Múnich Edmund Mezger, quien en la carta postal que se adjunta informaba al Ministerio de Justicia de su clasificación de los delincuentes, debería dar la segunda conferencia introductoria de dos horas de duración sobre “El extraño a la comunidad a la luz de la Biología criminal”.

¹⁰¹ *Der Führerstaat, Nazionalsozialistische Herrschaft 1935 bis 1945*, nueva edición ampliada, 2001, pp. 250 ss.

La evolución de la guerra (aquel verano tuvo lugar el 20 de julio el intento de golpe de estado contra Hitler, que fracasó y motivó una reacción brutal del régimen que a través del Tribunal Popular presidido por Ronald Freisler condenó a muerte a sus principales responsables —N. del T.— y los bombardeos de los aliados alcanzaron su punto máximo) impidió la aprobación de esta ley. La fundamentación que a continuación se añade, una muestra bastante ilustrativa tanto en su lenguaje como en su contenido de la teoría dominante, tuvo que ser impresa en su última versión en la imprenta de la cárcel de Tegel”.

Y seguidamente trascibe la Fundamentación que se encuentra en Bundesarchiv Koblenz, R. 227/944, Bl. 228 y s., junto con una tarjeta postal enviada por MEZGER al Dirigente ministerial Grau en marzo de 1944, en la que le comunica una clasificación de los delincuentes (véase el texto completo de estos y otros documentos, con los informes que hizo MEZGER para el Proyecto, recibo de los honorarios que tanto él, como EXNER cobraron por ellos, etc., en el Apéndice del capítulo III).

No deja de ser curioso que este texto prácticamente no haya sido citado o tenido en cuenta hasta ahora por los penalistas alemanes, con la excepción antes indicada de WERLE, y que ni siquiera los monografistas que han estudiado la obra de MEZGER, TELP¹⁰² y THULFAUT¹⁰³, hagan referencias al mismo. Tampo-

¹⁰² Cfr. Ausmerzung und Verrat, pp. 191 a 205, especialmente dedicadas a Mezger, sin que en ellas se encuentre la menor alusión a la intervención de Mezger en este proyecto de Ley.

¹⁰³ Kriminalpolitik, 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 (pp. 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

co yo lo conocía cuando escribí la primera edición de este libro. Ni siquiera FREI, el historiador que lo recoge en su libro “Der Führerstaat”, hace el menor comentario al mismo, limitándose a transcribirlo. En todo caso, lo que parece indudable es que es un documento verdaderamente significativo de las opiniones de los criminólogos más representativos de la ideología nacionalsocialista y de la política de exterminio que se estaba llevando a cabo y pretendía incrementar el régimen nazi con los que eufemísticamente llamaba “Gemeinschaftsfremde” (“extraños a la comunidad”), es decir, mendigos, vagos, homosexuales y “otras gentes de igual ralea”, como se decía frecuentemente en la terminología nazi de la época.

Y, por su parte, los historiadores que sí se han ocupado expresamente del Proyecto, como es el caso sobre todo del especialista en Historia del Trabajo social, Wolfgang AYASS¹⁰⁴, no mencionan, sin embargo, la intervención de MEZGER en el mismo, o todo lo más de pasada. Sólo un historiador inglés,

demasiado claras como para considerarlas sólo unas frases más o menos inspiradas en el espíritu de la época o en simple oportunismo. “Mezger —dice THULFAULT, ob. cit., 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, N. del T.— no había vuelta... de aquí partían los trenes a Auschwitz y Treblinka”. Sobre las recensiones a este libro y al de Telp, realizadas en Alemania, en las que todos los recencionistas coinciden en destacar la importancia de la vinculación de Mezger con el régimen nacionalsocialista, véase MUÑOZ CONDE, Algunas notas bibliográficas, en Revista Penal 12, 2003.

¹⁰⁴ Véanse de este autor, entre otras, sus importantes obras, *Asozialen im Nationalsozialismus*, Stuttgart 1995, y la edición que ha realizado de las fuentes y materiales del Proyecto de Ley sobre “Gemeinschaftsfremde”, Koblenz 1998. Para más detalles, cfr. *infra* capítulo III.

Richard J. EVANS¹⁰⁵, se refiere expresamente al documento recogido por FREI, y lo relaciona con MEZGER, respecto al que dice en la p. 760 lo siguiente:

“El criminólogo Edmund Mezger sacó ya en 1933 la consecuencia de esto. Fin de la Política criminal era, escribía, «la separación de la comunidad de los elementos dañinos al pueblo y a la raza» (Kriminalpolitik, 18)”.

Comentando esta cita en la nota 72, destaca que ella demuestra hasta qué punto las ideas racistas y biologicistas habían penetrado en los criminólogos nazis, que, a su juicio, no opusieron ningún obstáculo a la expansión y acogida de estas teorías en los encargados de aplicarla.

En la p. 762, comentando la ideología de los miembros de la Gran Comisión para la Reforma del Derecho penal creada en 1933, en la que, como ya hemos visto anteriormente, figuraban entre otros los juristas DAHM, GLEISPACH, KOHLRAUSCH, MEZGER y NAGLER, una vez más, se refiere a MEZGER como el autor más representativo de la ideología nazi y como el propulsor de un “mapa biocriminológico de los delincuentes” que ya había sido elaborado en la República de Weimar, aunque, señala, (...) después de 1945 “volvió a editar su Tratado aparecido por primera vez durante el Tercer Reich (se debe referir a la “Kriminalpolitik”, —FMC—), sin la sección sobre “criminalidad judía” (ebda. pp. 97-100). También cita como representativo de este pensamiento el Prólogo a la 1.^a edición de su Kriminalpolitik antes citado.

¹⁰⁵ Rituale de Vergeltung, die Todesstrafe in der deutschen Geschichte, Berlín 2001 (versión alemana de Ritual of Retribution, Capital Punishment in Germany 1600-1987; Oxford University Press 1996).

Finalmente, en las pp. 848 ss., comenta el Proyecto sobre los “Gemeinschaftsfremde”, diciendo que era elástico y que “dejaba prácticamente en manos de la Policía, (que ésta pudiera) aterrorizar a cualquiera que se apartara de las normas entonces vigentes en el Tercer Reich”. Cita expresamente, tomándolo del libro de FREI, el texto de la Fundamentación que, en su opinión, “es un compendio de la teoría nacionalsocialista ya madura y al mismo tiempo sirve para demostrar la falsedad de afirmaciones como la de que los miembros de la Comisión de Reforma del Derecho penal —a la que antes aludíamos— eran unos conservadores que procuraban mantener la idea del Estado de Derecho frente a la ideología nacionalsocialista. El documento muestra sin ninguna reserva el espíritu de la política nacionalsocialista de aniquilación”. Seguidamente, tras transcribir varios párrafos de la Fundamentación, termina diciendo respecto al destino del Proyecto (p. 850):

“La Ley nunca fue aprobada en parte debido a la diversidad de opiniones en los círculos de la cúspide nacionalsocialista, dado el enorme poder que daba al aparato policial en manos de Himmler; en parte, por la mala imagen propagandística para Alemania que, según temía Goebbels, despertaría en el extranjero; en parte también porque el régimen nazi estaba ya en las últimas. No obstante, el preámbulo de Mezger (subrayado mío) permite saber hasta qué punto en aquella época los nacionalsocialistas ya no distinguían entre pena de muerte y eliminación eugenésica y racial”.

Según los cálculos más prudentes, para esa época ya se habían producido casi un millón de esterilizaciones y castraciones¹⁰⁶, lo que por lo visto a los autores del Proyecto de Ley les parecían pocas y, por eso, en la Fundamentación del mismo se recomendaba una aplicación más amplia, lo que, como veremos más adelante en el capítulo IV, proponía ya MEZGER en un trabajo

¹⁰⁶ Cfr. *infra* capítulo IV.

suyo de 1937. Así, por ejemplo, se preveía que se aplicara, “más allá de lo que permite la Ley del delincuente habitual de 1933” (que, por lo visto, era todavía insuficiente), “a los fracasados y a los pillos”; pero no a los homosexuales. Para estos recomendaba la “castración” (*Entmannung*), porque, como se dice literalmente en la Fundamentación, tal como “*la reciente experiencia médica enseña... la castración es también un arma eficaz contra estas personas*”.

A quien le parezca todavía que estos textos carecen de relevancia práctica, que después de todo fue un Proyecto que nunca llegó a aplicarse y que los autores del mismo no tuvieron nunca participación directa en las atrocidades que entonces se cometían, que recuerde siquiera un momento las miles y miles de personas que tuvieron que sufrir éstas y otras medidas aún peores, que, con absoluta frialdad, propugnaba, entre otros, Edmund MEZGER. Más adelante nos ocuparemos detenidamente de este Proyecto y de la intervención de MEZGER en él (cfr. *infra* capítulo III), así como de algunas de sus ideas respecto a la esterilización de los asociales recogidas en dicho Proyecto (cfr. *infra* capítulo IV).

3. *La ocultación del pasado: la vuelta a la Dogmática y la discusión sobre la estructura ontológica de la acción como pretexto*

Pero los que tan apasionadamente defienden a Edmund MEZGER y todavía hoy propugnan sus ideas, deben, después de todo, estar satisfechos y no preocuparse mucho por lo que le sucedió, porque esta historia termina casi como un cuento de hadas (para Edmund MEZGER, naturalmente; no para los que padecieron en sus cuerpos o pagaron con sus vidas la “bondad” de sus ideas). Después de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente derrota y destrucción de Alemania, Edmund

MEZGER, que, como veremos en el capítulo VI con más detalles, durante algún tiempo fue depurado y separado de su cátedra como “compañero de viaje” (“Mitläuf er”) de los nazis y que incluso llegó a ser procesado y encarcelado en Nuremberg acusado de pertenecer al Servicio Secreto de la SS (ahora empezamos a ver que no sin fundamento), volvió a ocupar, tres años más tarde, su cátedra de Derecho penal en la Universidad de Múnich, donde se jubiló en 1953. Luego fue nombrado por el Gobierno de la República Federal de Alemania, presidido por Konrad Adenauer, miembro y Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal, muchas de cuyas sesiones llegó a presidir, y durante muchos años siguió siendo uno de los principales animadores de la Ciencia alemana del Derecho penal, con su famosa polémica con Hans WELZEL sobre la estructura ontológica de la acción (¡qué sutileza, comparada con las cosas de las que se ocupaba apenas cinco años antes!), ejerciendo además una gran influencia sobre los jóvenes estudiantes de Derecho, merced a las muchas ediciones que tuvieron sus “*Studienbücher*”, continuadas después de su muerte por su discípulo Herrman BLEI¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. MEZGER, *Kurzlehrbuch des Strafrechts*, dos volúmenes dedicados respectivamente a la Parte General y a la Especial que alcanzaron en vida del autor varias ediciones (por ej. la PG, 7.^a ed., 1957; la PE, 5.^a ed., 1956), que luego fueron continuadas, tras la muerte de MEZGER, en los años 60 por Herrmann BLEI, hasta quedar ya a partir de la 16.^a ed., 1975, totalmente en manos de BLEI, que la ha seguido reelaborando hasta bien entrados los años 80, en sucesivas ediciones. También hay traducción de la Parte General de esta obra, en su edición de los años 50, bajo la autoría directa de MEZGER, en Argentina, realizada por Conrado FINZI y reeditada ahora en México en los noventa (cfr. MEZGER, *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, traducción de la 6.^a edición alemana de Conrado Finzi, Prólogo de Ricardo C. Núñez, Buenos Aires 1957, también hay reimpresión de 1989. Es digno

En 1958, la Universidad de Túbinga, en la que se había doctorado y habilitado con su maestro Beling a principios del siglo XX, le concedió el título de Doctor honoris causa con el siguiente texto como fundamento:

“Ilustre y fecundo dogmático del Derecho penal, a quien la ciencia debe duraderos impulsos, que ha dirigido y formado tanto a la juventud universitaria como a la práctica jurídica. Venerado maestro de muchas generaciones de juristas, pensador polifacético cuyos trabajos de investigación han profundizado y afirmado las relaciones del Derecho penal con las ciencias vecinas”¹⁰⁸.

Pero por lo que ahora sabemos sobre lo que Edmund MEZGER escribió e hizo de 1933 a 1945, uno no sabe si realmente se

de mencionar que el traductor de esta obra, Conrado FINZI, era hijo de un penalista italiano, de origen judío, que en 1938 emigró a Argentina, porque fue expulsado de su cátedra de Derecho penal, en la Universidad de Módena, por aplicación de la Ley de expulsión de Profesores de origen judío que, siguiendo el modelo nacionalsocialista, había decretado el Gobierno fascista de Benito Mussolini. Agradezco esta información al Dr. Carlos Lazcano, Profesor titular de Derecho penal en la Universidad de Córdoba, Argentina). Aunque la traducción de este libro de Mezger en Argentina sólo parece deberse a la admiración que su prologuista, el Dr. Ricardo Núñez, tenía por su obra jurídica, es conveniente señalar las excelentes relaciones que tuvo el régimen del General Perón con los nazis que encontraron amparo y refugio en Argentina durante el régimen peronista; entre otros, Eichmann, luego secuestrado por agentes del servicio secreto israelí en pleno centro de Buenos Aires y trasladado a Israel, donde fue condenado a muerte y ejecutado. Otro de estos nazis fue el Dr. Mengele, que posteriormente huyó a Paraguay y Brasil, donde al parecer murió (para más detalles, véase el libro de GOÑI, La auténtica Odessa). También el Tratado de GRISPIGNI, coautor con MEZGER del Diritto penale nazionalsocialista, fue traducido en Argentina por esas fechas.

¹⁰⁸ Citado por NAVARRETE URIETA, La imputabilidad, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1959, p. 40.

trataba de un acto de reconocimiento, o de uno de cinismo; uno más de los muchos que se dieron en aquella época para encubrir el pasado ominoso de los que colaboraron con el régimen nazi.

Lo que verdaderamente asombra en la actitud de MEZGER es, en todo caso, su capacidad camaleónica de adaptación a los nuevos tiempos y su absoluta amnesia respecto al inmediato pasado. En este sentido, STRENG¹⁰⁹ muestra su asombro al reseñar que tras la Guerra, MEZGER apenas tuvo que modificar sus Tratados y que en los años 50 llegó a ser Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal. Un asombro que en REHBEIN¹¹⁰ y ESER¹¹¹ es verdadera indignación, cuan-

¹⁰⁹ En Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1993, p. 162.

¹¹⁰ Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im Nazionalsozialistischen Rechtssystem. Eine Wissenschaft begründet die Barbarei, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1987, pp. 193 s. En contra de esta opinión, KAISER, Kriminologie, 2.^a ed., 1988, p. 33, a quien le parece exagerada. Cfr. al respecto también FROMMEL, La lucha, p. 62; e *infra*, capítulo III.

¹¹¹ En ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, dice ESER (p. 438, de la edición alemana) que merecería la pena, “en la medida que el futuro debe configurarse con conciencia del pasado y en base a sus enseñanzas, llevar a cabo una investigación básica, sobre hasta qué punto las aberraciones nacionalsocialistas de nuestros antepasados estaban ya implícitas en sus teorías o sólo se explican por debilidad personal”. Cita ESER expresamente (p. 439) el caso de Edmund MEZGER “en cuyo Tratado aprendí de buena fe Derecho penal a mediados de los años cincuenta, ignorando su capacidad de adaptación dogmática. De ello no he sido exactamente consciente hasta que para la preparación de este coloquio organicé, entre otras cosas, unos seminarios sobre el papel de los más famosos penalistas alemanes de este siglo. Hasta entonces no hubiera creído —lo que supe por una intervención habida en uno de esos seminarios sobre MEZGER— que tras haber puesto el principio de legalidad al más alto nivel, poco tiempo después lo degradó y luego lo volvió a poner en la cúspide, al hilo de los cambios políticos de la época. Esta constatación no pretende ser una condena

do no sonrojo porque una persona con ese pasado hubiera podido volver a ocupar puestos tan relevantes como los que ocupó, recibiera todavía en los años 50 varios doctorados *honoris causa*, entre otras Universidades en la de Coimbra, en la época de la dictadura salazarista, y hasta diera en 1957 alguna conferencia en la España de la dictadura franquista¹¹².

Y del mismo modo la Criminología alemana y su “Sociedad de Criminología”, bajo la presidencia de MEZGER, pásaron a la

póstuma de MEZGER, sino antes bien una muestra de mi extrañeza de que aún esté por responder por qué se le concedieron cargos tan honrosos como el de ser miembro de la Gran Comisión de Reforma del Derecho Penal, a pesar de todo su pasado” (pp. 465 s. de la versión española de Carmen Gómez Rivero).

¹¹² Sería interesante investigar también las relaciones que, más allá del estricto plano de la Dogmática jurídopenal, hubo entre MEZGER y algunos penalistas españoles de aquella época. Es curioso y digno de destacar que la República Federal Alemana fue prácticamente el único país occidental europeo que siguió manteniendo estrechas relaciones con la dictadura franquista, hasta el punto de que sólo prácticamente a partir de 1970, época en la que el Gobierno socialdemócrata de Willy Brandt empezó los primeros contactos con algunos líderes de la entonces todavía ilegal oposición española, los políticos alemanes sólo tenían contactos, y al parecer buenos, con los dirigentes de la dictadura franquista. También hay que señalar que muchos antiguos nazis, algunos de ellos incluso acusados de delitos contra la humanidad, se refugiaron después de la guerra en España, donde fueron bien acogidos por las autoridades del régimen franquista y disfrutaron de un alto y cómodo nivel de vida, entre otras cosas porque trabajaban o hacían gestiones a favor de empresas alemanas. Sobre las relaciones entre la dictadura franquista y la República Federal Alemana desde 1945 a 1963, informa exhaustivamente ASCHMANN, “Treue Freunde...?”, Westdeutschland und Spanien 1945-1963, Stuttgart 1999 (naturalmente, nos referimos a las relaciones en general habidas durante ese período de tiempo, de ahí que no remitamos a ninguna página en particular, sino a la obra en su conjunto).

nueva situación democrática sin cuestionar su rol en el Tercer Reich. Ni siquiera en el Congreso de dicha Sociedad, celebrado en 1951, cuando MEZGER en calidad de presidente saliente de la misma pronunció la conferencia inaugural que tenía como título nada menos que “La historia de la Criminología y la Sociedad de Criminología biológica” (*Die Geschichte der Kriminologie und die kriminalbiologische Gesellschaft*), se refirió lo más mínimo al Tercer Reich, que, por lo que se puede deducir de sus palabras, jamás existió¹¹³.

A eso algunos lo llaman en alemán “Bewältigung der Geschichte”, es decir, “Superación de la Historia”; pero más bien parece claro oportunismo y descarado cinismo; sobre todo si tenemos en cuenta lo que había ocurrido en Alemania y en el mundo durante todos esos años, en los que MEZGER ejerció de asesor e inspirador de la política de exterminio racista y genocida del régimen nazi.

Pero ya estamos en los años cincuenta y el horno no estaba para esos bollos racistas y biologicistas. Después de tantos pecados, se imponía una larga y dura penitencia. La disciplina elegida para ello fue la Dogmática jurídica penal, a la que MEZGER había servido por lo demás ejemplarmente en su Tratado de Derecho penal, escrito en la etapa de la República de Weimar, antes del advenimiento al poder de Adolf Hitler. Es así como de pronto vuelve a acordarse de ella y la convierte en el objeto central de sus preocupaciones en esa monografía (*Modernas orientaciones de la Dogmática jurídica penal*) que debía servir como complemento de la nueva edición (reimpresión) de su Tratado de 1933 y como pretexto para volver a ocuparse de las cuestiones dogmáticas jurídicas más abstractas y menos compro-

¹¹³ Cfr. STRENG, lug. cit.

metidas ideológicamente (cfr. comentarios a la misma, *supra* epígrafe IV de este mismo capítulo). Dice así en la primera página de dicha monografía, tras una cita del Fausto de Goethe: “En principio era el sentido”:

“Durante mucho tiempo, la Dogmática del Derecho penal ha estado apartada de los intereses jurídicos penales. Su más joven y mundana hermana, la Política criminal, la ha tenido en la sombra. En esto se ha operado recientemente un cambio. Se impone de nuevo una participación más activa en las cuestiones dogmáticas”.

Y así, sin el menor remordimiento ni explicación que aclara este cambio de orientación en su interés científico, retomó las riendas de la discusión dogmática que prácticamente había abandonado en 1933.

De un modo general, pero perfectamente aplicable a MEZGER, describe Winfried HASSEMER¹¹⁴ las razones de este repentino cambio:

¹¹⁴ HASSEMER, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT, pp. 28 s. (versión española de María del Mar Díaz Pita, pp. 21 ss.). Véase también su referencia en el mismo trabajo al penalista nazi SAUER: “Naturalmente, hay buenas razones para negar a semejantes barbaridades el adjetivo de científico, como, por ejemplo, a los conocidos pamphlets de *Wilhelm Sauer*, en los que se alude al «sentimiento del pueblo», se califica al Führer como la «luz» o a nuestros antepasados como «almas góticas». (En 1956, la obra de Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, se publicó en España traducida por Cerezo y Del Rosal). En una breve biografía del penalista y filósofo alemán de principios del siglo XX, Max Ernst MAYER, quien también escribió un interesante Tratado de Derecho penal, en cierto modo ejerció bastante influencia en el de MEZGER, aparecido diez años después, describe HASSEMER, sobria, pero gráficamente, la situación por la que tuvieron que pasar muchos alemanes (en este caso, judíos, como lo era MAYER) durante aquellos terribles años del dominio nacionalsocialista: “Por cierto, el 18 de agosto de 1937 la Federación

“Quien resucita y reelabora en la Posguerra un Derecho natural y basa el Derecho penal en certezas aprioristas y estructuras lógico-materiales (...) dirige el reflector científico a un ámbito intemporal en el que se puede estar bastante seguro ante preguntas incómodas del pasado reciente”.

Ahora quizá se puedan entender mejor los “orígenes ideológicos” (así rezaba el subtítulo de la primera edición de este libro) de la acalorada polémica que en los años cincuenta se desencadenó en la Dogmática jurídical alemana sobre si la acción como fundamento de la Teoría del delito debía ser entendida causal o finalmente, y en la que MEZGER participó (y en cierto modo desencadenó con su monografía de 1950) con verdadero entusiasmo; aunque quizás no tanto como el que mostró en su colaboración con el régimen nazi en los años 30 y 40.

Pero el “caso Mezger” no fue el único de este tipo que se dio en la Posguerra alemana. Como veremos más adelante, en el capítulo VI de esta obra, fueron muchas las razones que hicieron

nacionalsocialista de Jurisconsultos solicitó a la Universidad la siguiente información: «A la secretaría de la Federación llegan con frecuencia preguntas que se refieren al origen ario del profesor y doctor en Derecho y Filosofía, señor Max Ernst Mayer. Pedimos vuestra pronta respuesta acerca de si podemos informar a los requirentes que el profesor señor Mayer es judío»; y recibió como respuesta: «Tengo el agrado de contestar a su pregunta... que el profesor ordinario de ciencia jurídica, el doctor en Derecho y Filosofía Max Ernst Mayer, nacido el 2 de julio de 1875, en Mannheim, ha muerto ya, en el otoño de 1923». El otoño de 1969 un lejano pariente de Max Ernst Mayer hizo saber por carta al Rectorado de la Universidad de Francfort, «que la familia Mayer fue asesinada por los nacional-socialistas; sólo un sobrino del antiguo profesor de la Universidad de Francfort había sobrevivido» (HASSEMER, en Max Ernst MAYER, Normas jurídicas y normas de cultura, traducción de Guzmán Dálbora, Buenos Aires 2000, p. 30, cursivas en el original. La versión alemana del trabajo de HASSEMER se encuentra en DIESTELKAMP/ STOLLEIS, Juristen der Universität Frankfurt am Main 1989, pp. 84 ss.).

que ilustres profesores, juristas e importantes políticos nazis volvieran a ejercer sus profesiones y a ocupar sus puestos, incluso algunos más importantes, sin apenas tener problemas, tras haber pasado algunos apuros en los “procesos de desnazificación”, que no fueron la mayoría de las veces más que puras farsas. No quisiera acabar este capítulo sin traer a colación una noticia, que cuando escribía la segunda edición de este libro, leí en un periódico alemán.

El diario *Süddeutsche Zeitung* en su edición de 18 de mayo de 2001 traía un artículo de Martín URBAN en el que se informaba lo siguiente:

Un Presidente bajo los focos

Las vinculaciones del Premio Nobel Adolf Butenandt con el sistema de exterminio nazi salen poco a poco a la luz.

Tal como confirman recientes investigaciones de Benno Müller-Hill, Adolf Butenandt, el Premio Nobel y anterior Presidente de la Sociedad Max-Planck, ha hecho todo lo posible por tapar sus vinculaciones con el sistema utilizado por los nazis para exterminar judíos. Müller-Hill, Profesor de Genética de la Universidad de Colonia, ha analizado la correspondencia de Butenandt, quien desde 1936 fue director del Instituto Kaiser Wilhelm de Bioquímica en Berlín. El Director del vecino Institut Kaiser Wilhelm de Antropología, Teoría de la Herencia y Eugenesia, fue desde 1942 Otmar von Verscheuer, director de tesis del médico del campo de concentración de Auschwitz, Josef Mengele.

En agosto de 1943 comenzaron bajo la dirección de Verscheuer proyectos de investigación, en los que estaban integrados tanto Mengele como también desde octubre de 1944 el colaborador científico de Butenandt, Günther Hillmann. La finalidad de esta investigación era encontrar las bases moleculares de la observación todavía insegura de que los judíos (europeos) askenasis eran menos proclives a las infecciones tuberculosas que los no judíos. Con toda seguridad Hillmann investigó muestras de sangre de los judíos internados en los campos de concentración, que Mengele le había enviado a Verscheuer.

¿De dónde viene el material?

¿Qué sabía Butenandt de la dimensión criminal de este proyecto? Müller-Hill dice hoy: “Cualquier científico interesado se hubiese preguntado: ¿de dónde viene

el material? Si Butenandt era un científico realmente bueno, debería haber sabido lo que allí se hacía”.

El intercambio postal entre ambos directores de los Institutos, como también el existente entre Butenandt y Günther Hillmann, que siguió investigando en Berlín como representante de Butenandt, después de que su jefe se fuera al final de la guerra a Túbinga, está en parte en el Archivo de la Sociedad Max Planck, donde ha sido ahora analizado por Müller-Hill, aunque, por supuesto, Butenandt hizo desaparecer las cartas a Verschueren y ordenó expresamente que fueran destruidas las cartas que en el sobre tenían escrito “Asunto secreto del Reich”.

La “Comisión Presidencial para la Historia del Instituto Kaiser Wilhelm durante el nacionalsocialismo” creada por la Sociedad Max Planck ha llegado a la siguiente conclusión: “En todo caso, las cartas existentes demuestran que Butenandt estaba bien informado del proyecto de investigación”. Tras un análisis crítico de la correspondencia, se revelaron “formas de ocultación que van desde la simulación del contexto político y el consiguiente disimulo del carácter delictivo hasta la oportuna destrucción intencional de documentos, pasando por la elección de términos oscuros y el cuidado empleado para no hablar expresamente de ellos”. Después de la guerra, Butenandt supo ocultar los experimentos llevados a cabo en los campos de concentración. Como ha constatado Müller-Hill, Butenandt explicó a los jueces de habla inglesa, que todavía andaban bastante despistados, que el término “experimentos humanos” (Menschenexperiment) debía ser traducido por clinical test (test clínicos).

Ha tardado tiempo hasta que la Sociedad Max Planck por indicación de su actual Presidente, Huber Markl, ha comenzado a ocuparse intensivamente de su pasado. Próximamente debe haber incluso una confrontación directa. En un acto de la Sociedad hablará Eva Moses-Kor, una de las víctimas que aún viven de la brutal “investigación de gemelos” que llevó a cabo Mengele.

Noticias como ésta no suelen ser muy frecuentes y mucho menos lo han sido en Alemania durante los tiempos de la “guerra fría”. Tácita o expresamente, se pensaba que mejor era asumir a estos “viejos nazis” (entonces no tan viejos) y olvidarse de lo que habían hecho pocos años atrás, que bajar la guardia ante el comunismo que acechaba desde los países del Este europeo. Después de todo, los nazis eran anticomunistas convencidos y no había inconveniente en asumirlos y, si era necesario, alistarlos en la lucha y en la “caza de brujas” que sobre todo en

los años cincuenta y sesenta se desencadenó contra el comunismo tanto en los Estados Unidos (donde el senador McCarthy hacía de las suyas), como en la República Federal Alemana, donde se declaró ilegal al Partido Comunista y se prohibió el acceso a la función pública de los que tenían una ideología proclive al comunismo o pertenecían o habían pertenecido al Partido Comunista (*Berufsverbot*). Pero para los antiguos nazis y sus crímenes, tanto más si éstos fueron cometidos o inspirados por eminentes científicos o profesores universitarios, hubo, en cambio, una generosa “manga ancha”, cuando no fueron premiados y elevados a los más altos puestos de la Administración, de la Universidad o de la política. Afortunadamente, la caída del Muro de Berlín, la práctica desaparición de los regímenes comunistas de los países del Este de Europa y la terminación de la “guerra fría”, han permitido volver a enjuiciar este pasado con alguna objetividad, e incluso abrir algunos procesos penales para enjuiciar a algún viejo nazi (ahora los pocos sobrevivientes de aquella época sí son verdaderamente viejos) que participó en los crímenes contra la humanidad que se cometieron en los campos de concentración. Pero los responsables científicos de aquella carnicería apenas han sido juzgados. Es más, a través de ellos y de su continuidad en los puestos claves de la enseñanza y la aplicación del Derecho, todavía se pueden observar, como ha demostrado WOLF¹¹⁵, muchos residuos de la vieja ideología

¹¹⁵ WOLF, *Befreiung des Strafrechts vom nazionalsocialistischen Denken?*, Juristische Schulung 1996, Heft 3, pp. 189 ss., quien cita entre los penalistas destacados en el nacionalsocialismo, que luego tuvieron también importancia en la República Federal de Alemania, en primer lugar, a MEZGER, y luego a HENKEL, SCHAFFSTEIN y BRUNS; cfr. también VORMBAUM, *Aktuelle Bezüge nazionalsozialistischer Strafgesetzgebung*, en Festschrift zum 125.jährigen Bestehen der StA Schleswig-Holstein, 1992, p. 71.

jurídica nacionalsocialista en muchos ámbitos de la Ciencia del Derecho y de la Administración de Justicia alemanas. Pero esto, como diría Kipling, es ya otra historia. Por ahora la historia de estos famosos nazis (MEZGER, MAUNZ y LARENZ, en el ámbito de la Ciencia del Derecho; HEIDEGGER, en la Filosofía, o BUTENANDT en la Bioquímica), que luego se instalaron como “demócratas de toda la vida” en la nueva situación política, habrá que dejarla en manos de alguna Comisión de Investigación que juzgue la verdad histórica de los terribles hechos de la dictadura nacionalsocialista y de sus responsables más cualificados, como la que en relación con el caso Butenandt se menciona en la noticia que se acaba de reproducir. Ojalá noticias como ésta nos sirvan también a los penalistas de cualquier otra parte del mundo, sobre todo de aquéllas en las que todavía los crueles totalitarismos desprecian, cuando no pisotean, los derechos humanos, de ejemplo de cómo hay que, de vez en cuando, limpiar la propia casa y abrir las ventanas para que entre un poco de aire fresco que renueve nuestros ya muy apolillados esquemas de cómo hay que entender la misión del Derecho penal y de los penalistas que de él se ocupan, porque, como dice Hannah ARENDT:

“ya no podemos permitirnos recoger del pasado lo que era bueno y denominarlo sencillamente nuestra herencia, despreciar lo malo y considerarlo simplemente como un peso muerto que el tiempo por sí mismo enterrará en el olvido. La corriente subterránea de la Historia occidental ha llegado finalmente a la superficie y ha usurpado la dignidad de nuestra tradición. Ésta es la realidad en la que vivimos”¹¹⁶.

Y para que nada de esto se olvide, tampoco está de más reproducir la carta que en 1946 dirigió Konrad Adenauer, luego

¹¹⁶ ARENDT, Los orígenes del totalitarismo, versión española de Guillermo Solana, Madrid 1974, p. 11.

Presidente durante muchos años del Gobierno de la República Federal Alemana y paradójicamente protector de algunos personajes con un pasado nazi relevante, a un sacerdote jesuita, que tomo de la obra de otro jesuita, Antonio BERISTAIN¹¹⁷, gran amigo y defensor apasionado de las víctimas, de todas las víctimas, de tanta inútil como injusta violencia:

“El pueblo alemán, incluidos obispos y clero en gran parte, se dejó llevar de la fiebre nacionalsocialista. Se dejó llevar sin resistencia e incluso con entusiasmo... Además se conoció, aunque no se conocieran los procedimientos de los campos de concentración en todo su alcance, que la libertad personal y los derechos más fundamentales fueron pisoteados, que en los campos de concentración se cometieron grandes crueidades, que la Gestapo, nuestra SS y también parte del ejército alemán, en Polonia y Rusia cometieron atrocidades sin ejemplo contra la población civil. Los Progroms de 1933 y 1938 contra los judíos tuvieron lugar a la vista de todos. Las matanzas de rehenes en Francia las conocimos por canales oficiales. No se puede, pues, afirmar que el público no sabía que el gobierno nacionalsocialista y los mandos del ejército pisotearon fundamentalmente y constantemente el Derecho natural, la Convención de la Haya y los principios más sencillos de la humanidad. Creo que, si los obispos de común acuerdo y en un día determinado hubieran tomado posición pública desde el púlpito contra todo ello, hubieran podido evitar muchos de esos males. Eso no ocurrió y no hay disculpa posible”.

En los capítulos siguientes, veremos hasta qué punto se pueden aplicar estas terribles palabras al comportamiento que observó MEZGER durante aquel período de terror, desde 1933 a 1945.

¹¹⁷ BERISTAIN, Victimología. Nueve palabras claves, Valencia 2000, p. 614. La cita se encuentra en la recensión al libro de FRIEDLÄNDER, Das Dritte Reich und die Juden, realizada por GOLDHAGEN en Der Spiegel, 17.8.1998, p. 183. Sobre la actitud colaboracionista en algunos sectores de la sociedad alemana en el régimen nacionalsocialista, véase también GOLDHAGEN, Hitler's Willing Executioners, New York 1997.

CAPÍTULO III

UN PROYECTO DE LEY:

EL PROYECTO NACIONALSOCIALISTA SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS “EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD”

El presente capítulo reproduce, hasta el epígrafe IV, con ligeras modificaciones, el artículo ya publicado en Revista Penal 9, 2002, pp. 42 a 58, y en el Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2002.

I. LOS ORÍGENES

Como ya se ha dicho en el capítulo I,I, 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:

1. Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella;
2. simple intimidación de los que no precisen de esa corrección;
3. inocuización de los delincuentes no susceptibles de corrección¹.

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, ma-

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), pp. 126 ss. (cfr. *supra* capítulo I, I, donde se mencionan también las traducciones al español de esta obra).

*leantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímicamente y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor*².

Esta preocupación por los vagos y maleantes, por los peligrosos sociales, por los asociales en general, y mucho más por los que habitualmente cometan 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 desprovistas de valor vital”, de “razas inferiores”, de “personas de segunda categoría” (*Untermenschen*), y que apenas cuestionaban las causas sociales y económicas de

² Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, p. 167.

dicho problema. El asocial y el delincuente habitual eran los “diferentes”, los molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, entre otras 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 “incurables”, irrecuperables para la vida social normal. La única salida para proteger la sociedad, el orden social, de estos sujetos, era su “inocuización” (*Unschädlichmachung*), la “incapacitation” que se propone ahora por algunos criminólogos americanos³.

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 sanción disciplinaria apenas podría prescindirse de la pena de azotes (...), y, por supuesto, para señalar el carácter deshonroso 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 ésta 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

³ Sobre la llamada “selective incapacitation” en la moderna Criminología norteamericana, véase HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, pp. 283 ss. También SILVA SÁNCHEZ, El regreso de la inocuización, en Homenaje a Barbero Santos, Toledo 2001.

⁴ Strafrechtliche Voträge und Aufsätze, p. 170.

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 ESTEBAN ARNÁIZ— se remonta al Medievo 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.

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

⁵ Sobre las concepción positivista de la Criminología de finales del siglo XIX y el paradigma biológico en que se apoyaba, véase, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, pp. 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 Hygiene, Medizin under the Nazis, Cambridge 1988; sobre su aplicación en la práctica durante dicho período, BOCK, Zwangssterilisation im Nationalsozialismus, Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik, 1986. La idea tuvo también eco en España, véase ÁLVAREZ PELÁEZ, Determinismo biológico, eugenesia y alteración mental, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 1997, pp. 425 ss.; también el mismo, en HUERTAS/ORTIZ; Ciencia y fascismo, Aranjuez 1998, pp. 77 ss. (citado por ESTEBAN ARNÁIZ, 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 psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1994, Revista de Derecho y Genoma Humano 1995.

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 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 1929, 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.

Como ya hemos visto en el capítulo I, 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 vida⁷.

⁷ Véase *supra*, capítulo II. Téngase en cuenta también que además de estos internamientos por decisión judicial, hubo otros directamente

Por si todo ello fuero 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 el tratamiento de los “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 Exiliados (*Landesverband für Wanderdienst*), Alarich Seidler, en febrero de 1939⁸, 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 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 querían 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.

realizados por la policía; sobre las fricciones que ello produjo en los jueces, cfr. *infra* epígrafes IV y V, en este mismo capítulo.

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.

Pero la SS y su Jefe, Heinrich Himmler, probablemente el más sanguinario de los colaboradores de Hitler⁹, parecían que no estaban a pesar de todo satisfechos del resultado conseguido con esta medida, y otras como la esterilización de asociales 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. Se trataba, pues, de asegurar en momentos de crisis el control total, atribuyéndole a la Policía, y, en definitiva, a la SS, un poder omnímodo que podía ser utilizado en cualquier momento contra los enemigos interiores del régimen, fueran éstos 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 no sólo se dirigió contra los que no eran de raza aria, es decir, contra los judíos, y contra los gitanos (Sinti y Roma) y negros (Leyes de Nuremberg en 1935), sino también contra los “pueblos extraños” (“fremdvölkisch”), como los polacos (en 1940 se creó un Derecho penal especial para Polonia), ucranianos o rusos, y contra los asociales y demás “extraños a la comunidad”, 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

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 KNOPP, Hitler's Helper, 1999, p. 193.

de algún defecto o tara hereditaria que los convertían en “personas de menor valor”¹⁰. 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 campo de concentración) y finalmente del derecho a la vida (simplemente matándolos).

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, aunque tras su terminación se dividiera en diversas empresas que adoptaron otros nombres. Todo ello perfectamente preparado previamente por una clasificación de la población basada en el censo y en el uso de la Estadística para estos fines¹¹.

¹⁰ De esta opinión, también HIRSCH/ MAJER/ MEINCK (edit.), *Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, Köln 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”.

¹¹ 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

Pero el deseo de darle a todo ello una base jurídica, una “licencia para la barbarie”, como dice KERSCHAW¹², obligaba

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 forzados o la disolución obligatoria del matrimonio (citado apud ALY/ROTH, Die restlose Erfassung, Volkszählten, Identifizieren, Aussondern im Nazionalsozialismus, Frankfurt am Main 2000, p. 111). Sobre la participación de la famosa compañía norteamericana IBM en la elaboración de los programas de clasificación y selección, véase BLACK, IBM y el Holocausto.

¹² KERSCHAW, Hitler, 1936-1945, trad. de Álvarez Flores, 2000, pp. 239 ss. KERSCHAW 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

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 que como funcionarios, personal técnico, jueces, policías, etc. 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 la Ley del Delincuente Peligroso Habitual (14 de noviembre de 1933), y había seguido con las Leyes de Limpieza Racial de Nuremberg en 1935, o simplemente con las “razzias” policiales en los barrios marginales, lo que fue provocando el paulatino internamiento en los campos de concentración (que se crearon expresamente para ello), primero, de los marginados sociales, delincuentes y asociales, y de los disidentes políticos, y luego, sobre todo a partir de la “Kristallnacht” en noviembre de 1938 y de la Conferencia de Wannsee en 1942, de los judíos. 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.

considerados enfermos incurables, pueda otorgársele 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.

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 ir 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.

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 AYASS¹³, en el Archivo Federal se encuentran no menos de 17 textos o versiones diferentes de este

¹³ En “Gemeinschaftsfremde”, p. XXI. Cfr. también WERLE, Justiz-Strafrecht, p. 621. También se refieren a este proyecto otros autores, aunque sólo en relación con algunos aspectos del mismo; véanse, MAJER, “Fremdvölkische” im Dritten Reich, 1981; PEUKERT, Arbeitslager und Jugend-KZ, pp. 413 ss.; EL MISMO, Inside Nazi Germany, pp. 220 ss. WAGNER, Das Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder; EL MISMO, Volksgemeinschaft ohne Verbrecher. Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, Hamburg 1996. También algunos autores que han

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 epígrafe III de este capítulo.

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 Director del Ministerio de Justicia, RIETZSCH, que seguidamente se trascibe, 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.

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

estudiado el tratamiento de la homosexualidad en el Tercer Reich dedican varias páginas al Proyecto sobre los “Gemeinschaftsfremde”; así, por ejemplo, JELLONEK, Homosexuelle unter dem Haken Kreuz, 1990, pp. 162 ss.; y BASTIAN, Homosexuelle, pp. 63 ss.

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 qué 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 pируeta 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 (subrayado mío) 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. Quien se aleja tanto del fundamento de la comunidad popular, se despoja de sus derechos, se degrada al nivel de una persona de menor derecho y debe

responsabilizarse él 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”¹⁴.

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 Justicia¹⁵; 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 más 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

¹⁴ El texto de esta intervención se encuentra recogido en WERLE, *Justiz-Strafrecht*, p. 625.

¹⁵ Cfr. WERLE, *ob. cit.*, p. 626. Como después veremos (*infra* epígrafe IV en este mismo capítulo), fue el propio RIETZSCH quien llevó la tramitación final del Proyecto y embarcó a MEZGER en él.

que podía tener un efecto propagandístico negativo (“neue Hetzpropaganda”: “nueva propaganda difamatoria”) de cara al exterior¹⁶.

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

¹⁶ Cfr. los respectivos informes en la recopilación de AYASS, “Gemeinschaftsfremde”, documento n.º 150, p. 363 (donde se recoge la nota de la secretaría 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. *infra* su carta-informe de 13.2.1943, recogida en Apéndice Documental en este mismo capítulo). Dicho término y otros parecidos como el de “Gemeinschaftfeinde” o el de “Gemeinschaftsunfähig”, fueron utilizados entonces para “germanizar” el idioma y evitar palabras extranjeras como “Asozialen” o “Antisocialen”. 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. “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 ALY/ROTH, Die restlose Erfassung, pp. 111 ss.). En un curioso diccionario de palabras y términos alemanes empleados por los nazis (PAECHTER, Heinz, Nazi-Deutsch, A Glossary of Comtemporary 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, LTI (Lingua Tertium Imperii), 19.^a ed., Leipzig 1999.

dicha Ley, que comenzaría con una conferencia introductoria de dos horas de duración del Profesor de la Universidad de Múnich, Edmund MEZGER, que había sido uno de sus principales artífices (véase *infra* epígrafe IV y Apéndice Documental, en este mismo capítulo).

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 de 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 muerte¹⁷. Mientras tanto, los bombardeos de la aviación aliada

¹⁷ La残酷 mostrada por FREISLER, que murió el 2 de febrero de 1945, cuando estaba celebrando uno de esos juicios, como consecuencia de un

de las principales ciudades alemanas eran diarios y ya prácticamente se había paralizado cualquier actividad política o burocrática normal. Ante esta situación, el 12 de agosto de 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)”¹⁸.

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; KERSCHAW, Hitler, pp. 674 ss.). La bibliografía sobre el personaje es bastante amplia, una valoración de sus opiniones desde el punto de vista jurídico ofrece TELP, Ausmerzung und Verrat, pp. 105 ss.). 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 infinita, 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: “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; y BUCHNEIT, Freisler, Richter in roter Robe, 1968).

¹⁸ Citado por BASTIAN, Homosexuelle, pp. 63 s.

Efectivamente, dice BASTIAN, los homosexuales que aún no habían sido ejecutados, fueron enviados a la primera línea del frente, aunque no se sabe cuántos fueron, ni cuántos sobrevivieron¹⁹.

II. HISTORIOGRAFÍA DEL PROYECTO

Hasta los años 80 no hay referencias en la bibliografía alemana a este Proyecto. Todavía hoy he podido comprobar que muchos penalistas alemanes 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 Nuremberg²⁰.

En 1998 Wolfgang AYASS, que ya había dedicado varios trabajos al tema del tratamiento de los asociales en el nacionalsocialismo²¹, ha publicado bajo el título “Gemeinschaftsfremde”²²

¹⁹ BASTIAN, ob. cit., p. 65.

²⁰ Cfr. AYASS, “Gemeinschaftsfremde”.

²¹ Cfr. AYASS, Das Arbeitshaus Brütenau, Kassel 1992 (es la historia de un asilo para mendigos y vagabundos, en el que desde 1933 se recluyó también a disidentes políticos y delincuentes 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.

²² Cfr. AYASS, “Gemeinschaftsfremde”.

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*²³, publicó su Fundamentación y una breve nota sobre su génesis. 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 concentración²⁴; y en el segundo de la política general de eliminación de los asociales llevada a cabo por los nacionalsocialistas²⁵. En el libro de HIRSCH/ MAJER/ MEINCK (edit.), sobre Derecho y Justicia en el Tercer Reich²⁶, se recoge una de las versiones del Proyecto y se hacen varias referencias al mismo, explicando su significado en el régimen nacionalsocialista. Patrick JELLONEK 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 homosexuales²⁷. También Till BASTIAN le dedica unas páginas en su libro sobre los homosexuales en el Tercer Reich²⁸. Una exposición de los principales aspectos del Proyecto se encuentra en el libro de Patrick WAGNER, *Comunidad del pueblo sin delincuentes*²⁹ quien, además, hace un exhaustivo estudio del tratamiento de este problema tanto en la República de Weimar, como en el Nacionalsocialismo.

²³ Der Führerstaat, *Nazionalsozialistische Herrschaft 1935 bis 1945*, nueva edición ampliada, 2001, pp. 250 ss.

²⁴ PEUKERT, *Arbeitslager und Jugend-KZ*, pp. 413 ss.

²⁵ Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde, Köln 1982.

²⁶ Ob. cit.

²⁷ Cfr. JELLONEK, *Homosexuelle*, pp. 112, 120, 158, 166, 168.

²⁸ BASTIAN, *Homosexuelle*, pp. 63 ss.

²⁹ Voksgemeinschaft ohne Verbrecher, Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, Hamburg 1996.

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 tramitación³⁰.

Tampoco en las exposiciones que se hacen de la Historia del Derecho penal de esa época en los Tratados de Derecho penal y en las obras generales que se han escrito en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, generalmente bien informadas y con bibliografía exhaustiva, se hace la menor referencia al Proyecto.

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 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.”³¹. 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 miles de marginados sociales, delincuentes habituales, 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 cri-

³⁰ Justiz-Strafrecht.

³¹ JELLONEK, Homosexuelle, p. 162, nota 114.

minal 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). Además, este Proyecto ha constituido la clave de un sistema dualista o de doble vía, en el que las medidas de seguridad, pre o postdelictuales, 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 culpabilidad³². Pero más que este afán de clarificación de las bases ideológicas del sistema de reacción social frente al delito del nacionalsocialismo, 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.

Cuando se lee, por ejemplo, en la recopilación de materiales que recoge AYASS, el documento nº 159³³, que seguidamente

³² Respecto a este problema, cfr. mis diversos trabajos, en parte sintetizados en MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social; y también HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, pp. 368 ss.

³³ Cfr. AYASS, "Gemeinschaftsfremde" cit., p. 382. En dicha sesión participaron, según AYASS, el director de la sección V del Ministerio de Justicia Karl Engert; el Consejero gubernamental del Ministerio de

se trascibe, 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 Nuremberg. 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., no debe hacernos olvidar lo que entonces sucedió y quiénes fueron los protagonistas y principales responsables, siquiera intelectuales o ideológicos, de tales atrocidades.

Dice así este documento, que seguidamente trascibo:

**PROTOCOLO DE UNA SESIÓN DE FUNCIONARIOS DEL
MINISTERIO DE JUSTICIA CON FISCALES DE LA FISCALÍA GENE-
RAL DE BAVIERA (BAMBERG, 16 DE NOVIEMBRE DE 1944)**

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

Justicia, Bohro Sommermeyer; el Fiscal General, Arthur Helm (München); el Fiscal General, Hans Steuer (Bamberg); el Presidente de Sección de la Audiencia, Antón Döring (Nürmberg); el Fiscal Jefe, Franz Johann Bleicher (Bamberg); y el Fiscal General, Otto Kahl (Bamberg). Probablemente todos ellos, convenientemente depurados y desnazificados, siguieron luego ocupando los mismos puestos durante muchos años. Sobre los procesos de desnazificación en la posguerra, véase *infra* capítulo VI.

(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 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.

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 Motivos³⁴:

³⁴ Este texto y la fundamentación que lo acompaña se encuentra recogido en AYASS, "Gemeinschaftsfremde" (cfr. documento nº 153: Escrito del jefe de escuadra de la SS al dirigente ministerial Grau, pp. 366 ss. El documento original de donde lo traduzco, se encuentra en el Archivo Federal de Berlín 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 de agosto de 1943, se recoge también en la edición de AYASS, como documento nº 149, correspondiente al BArch R 18/3386. Esta versión se recoge también en HIRSCH/ MAJER/ MEINCH (edit.), pp. 536 s. La Fundamentación que acompaña al texto que aquí se trascibe, se encuentra también en FREI, Der Führerstaat, pp. 250 ss. En la edición de AYASS se recoge también el Reglamento de aplicación de dicho Proyecto, que carece de interés para nuestro trabajo.

III. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL TRATAMIENTO DE EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD EN SU VERSIÓN DE 17 DE MARZO DE 1944

"Para asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles 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 absoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o

por tendencia 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 (campos de concentración, N. del T.).

§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 jurídicas penales 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 tendencia 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 inclinación a hechos punibles graves, será condenado como delincuente por inclinación 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 inclinación 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 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 tendencia o una inclinación a tales hechos, el Juez decretará junto con la pena o su puesta 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 pueda 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 párrafos 6, 8, 9 ó 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 reintegre 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*; se refiere a la República de Weimar, N. del T.) 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 Nationalsocialismo 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 píllos 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 píllos 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 (Störenfriede).

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 linea 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 que es un delincuente. Pero como no se puede predecir con antelación cuánto tiempo será necesario para influir en estos extraños a la comunidad que, por sus peculiaridades hereditarias y biológicoconstitucionales, son criminales, 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, tanto a disposición de la policía la privación de libertad por tiempo indeterminado, como 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.II.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 inclinación mucho menor a cometer delitos de cualquier clase. Para los primeros se prevé que el límite mínimo de la pena indeterminada sea de cinco 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 inútiles 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 de los que, sin embargo, pueda esperarse mejora y conversión interna tras una energética reeducación laboral, deben ser sometidos a un ensayo resocializador en los establecimientos penales. Si el ensayo fracasa, el Proyecto faculta y obliga a los responsables del sistema penitenciario a 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 en las decisiones judiciales penales (pena y una medida adicional de internamiento de seguridad) en favor de la correspondiente pena adecuadamente orientada a la educación, mientras que se reconoce la pura seguridad como 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 tendencia 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

cuento se den los presupuestos de la Ordenanza contra los jóvenes delincuentes que cometan graves delitos de 4.10.1939, RGBl.I p. 2000, o de la Ordenanza sobre condena indeterminada de los jóvenes de 10.9.1941, RGBl.I, p. 567.

Los extraños a la comunidad, especialmente los fracasados y los inútiles, 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 cuándo 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 intervenientes.

IV. LA INTERVENCIÓN DE MEZGER

El texto que se acaba de transcribir es de tal monstruosidad jurídica y humana que cualquiera que tenga un mínimo de sensibilidad se preguntará de inmediato, al leerlo, o por lo menos eso es lo que yo me pregunté, quiénes podrían ser los autores de tal engendro; es decir, quiénes fueron los padres espirituales, y no simplemente putativos, de este aborto de Proyecto jurídico. Con decir que fueron los nazis, o el Gobierno nacionalsocialista o las Instituciones de aquel régimen, no basta. Es preciso decir algo más y mencionar también los nombres de los que con su autoridad y prestigio, sobre todo académico, con sus informes científicos y con sus recomendaciones y sugerencias, inspiraron y dirigieron los trabajos que dieron lugar a su nacimiento.

Muchas de las ideas científicas en las que se basaba el Proyecto sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad coincidían al pie de la letra con lo que MEZGER había propuesto en un informe presentado en la Sesión de Trabajo de la Sociedad de Biología criminal celebrada en Munich del 5 al 7 de octubre

de 1937, y 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?”³⁵. Dicho informe, del que después nos ocuparemos detenidamente en el capítulo IV, junto con los otros que se presentaron en dicha reunión (entre otros uno sobre el pronóstico de la reincidencia elaborado por Franz EXNER), fue publicado en 1937, en el tomo V de dicha Revista. En él 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 y ahora se verá con pruebas documentales, tuvo MEZGER 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

³⁵ Cfr. MEZGER, Inwieweit werden durch sterilisirende Massnahmen Asozialen erfasst?, en: Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft, tomo V, 1937, pp. 81 ss.; cfr. sus conclusiones en pp. 96 s. Cfr. *infra* capítulo IV, en el que se adjunta como Apéndice Documental el artículo de MEZGER aquí referido.

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. 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 los supuestos que permitía la legislación entonces vigente.

Todo esto justifica, que ya REHBEIN, en un artículo publicado en 1987 sobre el Derecho penal y la Criminología nacionalsocialista, en el que, sin embargo, no cita la intervención de MEZGER en el Proyecto de “extraños a la comunidad”, ni su trabajo sobre la esterilización de los asociales, utilizara como subtítulo del mismo “Una ciencia fundamenta la barbarie”, y que en absoluto parezca exagerada su afirmación de que el penalista Edmund MEZGER era “el jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista”³⁶. Por eso, no se entiende muy bien que este dato, absolutamente irrefutable, ahora más con las pruebas que aquí se aportan, haya no sólo provocado las iras de algún penalista español sin duda mal informado sobre el pasado nacionalsocialista de MEZGER, sino principalmente que haya sido ignorado oficialmente por el “establishment” de la Dogmática jurídopenal 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, como Kaiser, 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. KAISER en la 3^a edición de su

³⁶ Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie, pp. 193 s.

Tratado de Criminología³⁷, 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 representativo de esa ideología, lo único que se puede decir es que KAISER o 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”), lo que no deja de ser también preocupante. 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. ¿Será que KAISER es también un criminólogo secundario en la Criminología alemana del último cuarto del siglo XX, ya que su Tratado haya alcanzado sólo tres ediciones en un mayor número de años?³⁸.

Quizá para algunos pueda ser, además, interesante por lo que a esta traducción respecta, descubrir alguna errata o discutir la propiedad de algunos de los términos vertidos al español. La verdad es que el lenguaje de los nazis era a veces tan rebuscado que, como advierte KLEMPERER en su LTI (*Lingua Tertium*

³⁷ Kriminologie, ein Lehrbuch, 3^a ed., 1996, p. 132, nota 26. (Véase, sin embargo, su recensión al libro de WETZEL, Inventing the criminal, en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002).

³⁸ 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.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984, pp. 97 ss.

Imperii, 18^a ed., 1999, p. 9), era difícil, incluso para un alemán de la época, y mucho más si es de ahora, entender claramente su significado. Pero, personalmente, creo mucho más importante, y espero que sea una creencia bastante generalizada porque así lo reclama la verdad histórica y la memoria de cientos de miles de víctimas de estas atrocidades, que se aporten las pruebas documentales y se digan claramente los nombres de los que, intelectualmente al menos, colaboraron en su elaboración y legitimaron su pretendido valor científico y jurídico. Ello es especialmente necesario cuando, como sucede en este caso, se trata de gente tan importante en sus respectivos ámbitos, como lo fueron los Profesores MEZGER y EXNER³⁹, pero también y sobre todo porque, por razones difíciles de entender, durante más de cincuenta años, con algunas excepciones que no se han dado precisamente en España, se ha silenciado dicha participa-

³⁹ Cuya *Kriminalbiologie*, 2^a 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 biológico-criminal se encuentra aquí en sus comienzos” (p. 465). Muy reveladoras son sus consideraciones sobre la criminalidad de los judíos, pp. 103 a 108, en donde cita una artículo de Von Liszt de 1907 sobre este tema, que no he podido localizar. Al respecto, dice WETZEL, *Inventing the Criminal, a History of German Criminology, 1880-1945*, 2000, p. 216, que, en general, el análisis que hace Exner de la criminalidad de los judíos es “claramente antisemita”. Tras la Guerra, Exner se ocupó de la defensa del General Jold en el Juicio de Nuremberg, en el que el citado general fue condenado a muerte y ejecutado. Sin embargo, Mezger tuvo que abandonar dicha actividad porque fue procesado e ingresó en la cárcel de Nuremberg acusado de pertenencia al servicio de seguridad (SD) del Partido Nazi (NSDAP; cfr. *infra* capítulo VI).

ción, y se ha pretendido, especialmente en el caso de MEZGER, incluso dar una imagen liberal y puramente tecnicojurídica de sus aportaciones al Derecho penal. Este silencio sobre el pasado nacionalsocialista de uno de los más importantes representantes de la Dogmática jurídico penal 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 personajes⁴⁰, y, además,

⁴⁰ 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 nacionalsocialista; así, por ejemplo, respecto a la Biología, cfr. DEICHMANN, *Biologen unter Hitler, Porträt einer Wissenschaft im NS-Staat*, 1995 (cfr., por ej., pp. 270 ss., dedicadas al Premio Nobel Konrad Lorenz). Respecto a la Medicina, cfr. PROCTOR, *Racial Higiene, Medizin under the Nazis*, Cambridge, 1988; el mismo, Adolph Butenandt, *Nobelpreisträger, Nazionalsozialist und President der MPG*, 2000; KLEE, *Deutsche Medizin im Dritten Reich, Karriere vor und nach 1945*, Frankfurt 2001 (cfr., por ej., pp. 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 *supra* capítulo II; V,3). 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. ALÝ/ROTH, *Die restlose Erfassung*, pp. 111 ss. También en el ámbito de la Física hubo importantes físicos, como el Premio Nobel Werner HEISEMBERG, 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

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.

Por lo que respecta a la relación entre MEZGER y EXNER, para el lector de habla española, es fácil constatar la estrecha relación que existió entre ambos. Basta con que lea en el Prólogo a la traducción española de la Criminología de MEZGER, en el que su traductor, José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, probablemente por indicación del propio MEZGER, advierte de que añade a la versión española una recensión que hizo MEZGER en 1940 de la Kriminalbiologie de EXNER, obra que poco después fue también traducida por Juan DEL ROSAL, otro gran admirador de MEZGER, y por lo que se ve también de EXNER, con el título de "Biología criminal", Barcelona 1946. En todo caso, ambas traducciones demuestran la importancia y el reconocimiento que dichos autores habían conseguido como máximos exponentes de la Criminología alemana de aquella época. Una importancia, que unida a su afinidad con las ideas nazis, llevó a los dirigentes de aquel régimen a invitarlos a participar en la elaboración de un Proyecto de Ley sobre los asociales, luego denominados "extraños a la comunidad"; invitación que, como veremos ahora con pruebas documentales, ellos aceptaron gustosamente y por la que fueron generosamente retribuidos.

Dicha colaboración, sobre todo en el caso de MEZGER, está ampliamente constatada por los autores que se han ocupado de este Proyecto. Así, por ejemplo, es ya clásica la referencia a

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*).

MEZGER en el libro de FREI, *Der Führerstaat*, p. 250; referencia que otros autores, principalmente americanos, como BURLEIGH/ WIPPERMANN⁴¹ o EVANS⁴², se limitan a citar o transcribir, sin que parezca que la hayan obtenido por consulta directa de los Archivos, en los que se encuentra la documentación de este Proyecto y los informes de MEZGER y EXNER. En la bibliografía criminológica americana hay un libro reciente de WETZEL sobre la historia de la Criminología alemana entre 1880 y 1945⁴³, en el que se les cita repetidas veces como los principales representantes de la Criminología nazi alemana, y se le dedican, en consecuencia, a cada uno de ellos sendos apartados⁴⁴. Sin embargo, en otro trabajo aún más reciente GELLATELY⁴⁵, que es uno de los pocos historiadores americanos del nazismo que se ocupa *in extenso* del exterminio de los asociales en aquella época, cita el Proyecto, pero no a MEZGER o a EXNER, ni a su intervención en el mismo.

⁴¹ BURLEIGH/ WIPPERMANN, *The Racial State, Germany 1933-45*, Cambridge 1991, p. 171.

⁴² Richard J.EVANS, *Ritual of Retribution, Capital Punishment in Germany 1600-1987*, 1996 (hay versión alemana con el título *Rituals der Vergeltung, Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte*, Berlin 2001, pp. 760 ss., que es por la que se cita aquí).

⁴³ Cfr. WETZEL, *Inventing the criminal*.

⁴⁴ Cfr. especialmente sus consideraciones sobre MEZGER en pp. 209-213; y sobre EXNER, en pp. 213-219; también p. 267, nota 107 y pp. 268, 269, 270 nota 117, donde comenta un trabajo de Mezger sobre la esterilización de los asociales; así como las pp. 279 y 280, en la que erróneamente cita a Mezger como contrario a la esterilización de los asociales. Cfr., sin embargo, mi introducción a dicho trabajo de Mezger que traducido por mí se publicó en *Revista Penal* 10, 2002, pp. 3 ss., y ahora se recoge también *infra* como apéndice al capítulo IV.

⁴⁵ Cfr. GELLATELY, *Backing Hitler*, 2001, capítulo 5 (publicado recientemente en España con el título *No sólo Hitler, La Alemania nazi entre la coacción y el consenso*, Barcelona 2001, pp. 129 ss.).

Entre los historiadores alemanes que se han ocupado del Proyecto y citan la intervención de MEZGER en él, aparte de FREI en el texto ya mencionado anteriormente, están JELLONEK⁴⁶ y WAGNER⁴⁷. Entre los penalistas, sin embargo, nadie cita, que yo sepa, ni el Proyecto, ni la intervención de MEZGER en él, salvo Gerhard WERLE que en su extraordinario libro sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo, de 1989⁴⁸, no sólo hace un exhaustivo estudio del Proyecto (pp. 619-680), sino que destaca cómo a partir de 1943 la intervención de MEZGER y la de su colega muniques, EXNER (quienes recibieron además por su colaboración unos “honorarios de principio” —*fürstliches Honorar*—⁴⁹) es decisiva en la redacción final del mismo, a través de las cartas e informes que emitieron a petición de las autoridades gubernamentales que estaban tramitando su elaboración. Lo más interesante de esta colaboración es, sin duda, la correspondencia que ambos autores mantuvieron con estas autoridades, y concretamente con el Consejero Ministerial Rietzsch (una “especie de simpática conversación por correspondencia”, la denomina WERLE). Desgraciadamente, dicha correspondencia (que, como veremos después, estuvo a punto de perderse), no ha sido nunca publicada⁵⁰.

⁴⁶ JELLONEK, Burkhard, *Homosexuellen unter dem Haken Kreuz*, 1990, pp. 112, 120, 158, 166 y 168.

⁴⁷ WAGNER, *Volksgemeinschaft ohne Verbrecher, Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus*, Hamburg 1996.

⁴⁸ Justiz-Strafrecht cit., p. 621.

⁴⁹ La expresión se encuentra en la carta de Exner, anteriormente citada, en la que éste se muestra sorprendido por la generosa contraprestación.

⁵⁰ En conversaciones privadas WERLE y yo, hemos hablado de la conveniencia de publicarla en Alemania y darla a conocer al gran público, y también a los penalistas cultivadores de la Dogmática jurídico penal, que conocen muy bien los trabajos dogmáticos de MEZGER, pero no, al

Mi objetivo no es, ni ha sido nunca, hacer un estudio exhaustivo del Proyecto, cosa que por lo demás han hecho magníficamente WERLE, en sus aspectos jurídicos, y WAGNER y AYASS, en sus aspectos sociales y organizativos, sino aportar la documentación y las pruebas de la intervención de MEZGER en él y de su vinculación con uno de los aspectos más duros y siniestros del nacionalsocialismo.

En primer lugar, unas palabras sobre la traducción de estos textos, que obviamente había que traducir porque de lo contrario, no hubieran tenido ningún significado en su idioma original para un lector de habla española. La traducción ha sido complicada, porque, aparte del estilo a veces ambiguo y retorcido de MEZGER, el material puesto a mi disposición es una copia microfilmada en la que algunas palabras son casi ilegibles y hay que deducirlas del contexto. No obstante, he hecho este esfuerzo para ofrecer al lector de habla española las pruebas documentales, y para, en lo posible, sin por supuesto compartir ni la terminología, ni las ideas de MEZGER a este respecto, transcribir lo más fielmente posible sus ideas y sus propuestas de clasificación de los delincuentes, de una sutileza lingüística difícilmente comprensible, lo que no excluye que, a veces, incurra en perogrulladas y en afirmaciones carentes por completo de base científica.

Es muy importante que se lean estos documentos en inmediata conexión con el texto del Proyecto que se acaba de transcri-

parecer, este otro lado, la “otra cara” del famoso dogmático. Sin embargo, WERLE no lo ha hecho, aunque generosamente me cedió uno de los informes de MEZGER para que lo publicara como Anexo en la 2^a edición de mi libro sobre él. Particularmente, por mi cuenta, seguí la pista a este riquísimo material y finalmente conseguí que el Bundesarchiv de Berlín (citado BA), (Postfach 45 05 69, 12175 Berlín), pusiera a mi disposición este importante material que seguidamente pasó a comentar y que se trascibe como Apéndice al final de este capítulo.

bir, y que se recuerde en todo momento cuál era en aquella época la situación de los campos de concentración a los que se destinaban los “extraños a la comunidad”; qué significaba “reclusión por tiempo indeterminado” en uno de esos campos; qué era la “entrega a la Policía” de personas que no hubieran delinquido, o hubieran cumplido ya su pena y “fueran incorregibles”, o inimputables o semiimputables, cuando la Policía en cuestión eran la Gestapo o la SS; qué quiere decir la referencia a un “Derecho especial” (“Sonderrecht”) para los “enemigos de la comunidad”, cuya clasificación como “delincuentes por inclinación” o “delincuentes por tendencia”, a los efectos de eliminarlos definitivamente, era, como el mismo MEZGER reconocía, absolutamente arbitraria y sin el menor fundamento científico. Prácticamente, muy pocos de los que fueron sometidos a estas medidas volvieron a recuperar la libertad; murieron, como otros muchos, no delincuentes, ni asociales, sino simplemente miembros de otras razas o contrarios al régimen nacionalsocialista, víctimas de una política y de unas medidas que ilustres catedráticos y especialistas en diferentes materias diseñaban en la soledad de sus despachos o laboratorios, con absoluta frialdad, con absoluto desprecio a los derechos humanos más elementales y sin que les temblara, al parecer, lo más mínimo la mano, o tuvieran el mínimo sentimiento de culpa o de vergüenza. Tengase en cuenta, pues, que tras la aparente neutralidad “científica” de los textos que aquí se traducen y transcriben, hubo muchas tragedias personales, mucho dolor, y una política de exterminio, en este caso, de los asociales, con todo lo que quiera decir este término o su sustituto propuesto por MEZGER de “extraños a la comunidad”.

El exterminio ya se había iniciado en 1933 con la Ley del delincuente peligroso habitual. Cuando se elabora el Proyecto sobre los extraños a la comunidad, en plena guerra, miles y miles de personas habían sido ya condenadas al amparo de la Ley de

1933 y habían muerto o se pudrían en los campos de concentración, en donde habían sido internados directamente, sin control judicial, por la Policía (Kripo, Gestapo o SS). Ésta, como indica GELLATELY⁵¹, hacía ya tiempo que campaba por sus respetos, sin ningún tipo de límites ni control judicial. Pero tampoco los Jueces, cuando intervenían y pronunciaban sus sentencias condenatorias, se distinguían por la suavidad de sus condenas, ni por el respeto a las garantías procesales. Este Proyecto venía, pues, a santificar lo que ya era una norma habitual; pero quizás, por pura “minuciosidad germánica”, por guardarse las espaldas de cara al futuro, por conseguir más poder y controlar al “enemigo interior”, que ya no eran sólo los asociales y los judíos, sino cualquiera que ofreciera en esos momentos de crisis resistencia al régimen nazi, o por acallar las protestas de algunos jueces “puristas”, o por una mezcla de todo ello, era necesaria la presencia y la autoridad científica de un jurista famoso que legitimara con sus argumentos y sutilezas jurídico-criminológicas (más parecidas a una clasificación veterinaria de animales que a una verdadera clasificación de personas), el genocidio que se estaba cometiendo ya en plena guerra, en la que los sentimientos mínimamente humanos, si es que alguna vez los tuvieron los nazis, desaparecieron completamente.

V. COMENTARIOS A LOS INFORMES QUE HIZO MEZGER PARA EL PROYECTO DE LEY SOBRE EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD

En este epígrafe se comentan los informes que hizo MEZGER sobre el Proyecto. Falta uno, al que él mismo alude en una carta

⁵¹ Ob. cit., capítulo II, pp. 55 ss. de la edición española.

de octubre de 1943 (cfr. *infra*), el del 5.VI.1943, que no se contiene en el Archivo. Probablemente se trataba de una carta de agradecimiento, igual que la que escribió EXNER el 4.VI, por el “honorario de príncipe recibido”. Como ya se ha dicho, el material existente en el Archivo Federal de Berlín sobre este Proyecto es ingente, y en parte ha sido publicado, en la documentación a que se refiere su tramitación administrativa, por AYASS⁵². Otros autores, como WERLE⁵³, lo tratan y exponen con bastante extensión. Pero hasta ahora no se han publicado los informes que tanto MEZGER, como EXNER hicieron sobre el mismo. Por las razones ya dichas, y dado que el tema de este trabajo gira en torno a la participación de MEZGER en este Proyecto, no voy a transcribir más que los informes de éste, y algunos otros relacionados con él, haciendo sólo algunas referencias a los de EXNER, cuyo análisis y valoración quedan para otra ocasión.

Todo comenzó cuando el Ministro de Justicia, Thierack, y el Jefe de la SS, Himmler, acordaron en una reunión “al máximo nivel” celebrada el 13 de diciembre de 1942, acelerar los trabajos para hacer una Ley sobre tratamiento de los asociales, y superar los celos y rivalidades que habían venido mostrando hasta la fecha en esta materia la Policía y el Poder Judicial⁵⁴. Si bien dichas rivalidades no fueron nunca, como ha demostrado Monika FROMMEL⁵⁵, una pugna por el respeto a las garantías y derechos del imputado, sino una “guerra de trincheras” entre dos facciones del mismo régimen que se disputaban parcelas de poder, no cabe duda de que las mismas entorpecían y retrasaban

⁵² En “Gemeinschaftsfremde”, cit.

⁵³ Justiz-Strafrecht cit.

⁵⁴ Cfr. WERLE, Justiz-Strafrecht, pp. 634 ss.

⁵⁵ Cfr. FROMMEL, La lucha, pp. 46 ss.

la aprobación del Proyecto. El acuerdo entre ambas fracciones, para que el régimen pudiera llevar a cabo su tarea de “limpieza del frente interior” que era de lo que, en definitiva, se trataba, era, pues, urgente y necesario. Ya Thierack en una “carta a los jueces” de 1 de enero de 1943, es decir, unos días después de su entrevista con Himmler⁵⁶, les advertía de esta necesidad. Y para satisfacer a éstos y dejar asegurada la “corrección jurídica” del Proyecto había que buscar a alguien de prestigio suficiente como para impresionar a los Jueces, y al mismo tiempo de fidelidad inquebrantable y por encima de toda sospecha a la causa nazi: un catedrático, autor de numerosa obra y a ser posible de un Tratado tanto de Derecho penal como de Criminología, que, al mismo tiempo, fuese miembro del Partido Nazi y de la SS, Presidente del Grupo territorial de especialistas del Partido Nazi, y prácticamente miembro además de todas las organizaciones nazis que existían en ese momento⁵⁷. No había que mirar muy lejos para encontrarlo. Ese nombre no podía ser otro que el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich, Edmund MEZGER, el “Herr Professor” que, cual “camisa vieja de todo lo que venga”, desde el primer momento, es decir, desde 1933⁵⁸, se había puesto al servicio incondicional del nuevo régimen, y que como Miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal no sólo había colaborado con él, interviniendo en la redacción de nuevas leyes, como la del delincuente habi-

⁵⁶ La carta es citada por GELLATELY, Backing Hitler, p. 387, nota 38, quien a su vez toma la cita del libro editado por Heinz Boberach, *Richterbriefe*, Boppard 1975. Está también recogida en AYASS, “Gemeinschaftsfremde”.

⁵⁷ Todos esos cargos los confiesa el propio MEZGER en su “proceso de desnazificación”, al que aludimos en otro lugar. Cfr. *infra* capítulo VI.

⁵⁸ Véase sólo el Prólogo que escribe el 15 de octubre de 1933 a la primera edición de su *Kriminalpolitik*.

tual peligroso, o la admisión de la analogía como fuente del Derecho penal, sino que había también adaptado su obra a los nuevos tiempos y circunstancias

A él se dirigió el Consejero Ministerial Rietzsch, que era un especialista en el tema y llevaba ya algún tiempo interviniendo en la elaboración del Proyecto, pidiéndole oficialmente su colaboración, en una carta de 4 de febrero de 1943, en la que le remitía un borrador del Proyecto. Es probable también que conociera personalmente a MEZGER (de ahí que éste le ruegue al final de su carta de 13.2.43 que trasmite sus saludos “a su esposa”), y supiera, por tanto, por ese conocimiento previo y por conversaciones anteriores mantenidas entre ambos, que podía contar con él sin reservas para la empresa propuesta. MEZGER desde luego, no le defraudó y aceptó el encargo entusiasmado desde su primera carta-informe de 13.2.1943 (véase *infra*).

Antes de comentar dichos informes, para obtener una visión general de la importancia de la colaboración prestada se hace, en primer lugar, una exposición resumida del contenido del Archivo Federal en el que se contienen las pruebas documentales de dicha colaboración:

El material se encuentra en el Archivo Federal de Berlín (BA) bajo las siglas R22 (al que ahora se le ha puesto una nueva numeración 3001) Nr. 943 y 944 (los años a los que corresponde), y su contenido global es el siguiente:

1. BA R22/943: Contiene principalmente la correspondencia de MEZGER y EXNER con el Dirigente Ministerial RIETZSCH, que al mismo tiempo constituyen sus informes respectivos. Siguiendo el orden de numeración en que los documentos aparecen en el Archivo:

*– Folios 333 y 334: orden de pago de los honorarios a los Profesores MEZGER y EXNER por importe de 1000 (mil) RM a cada uno (mayo 1943; cfr. *infra*: Apéndice Documental I).*

*– Folios 439 a 442: contienen cartas del Dirigente Ministerial Grau a los Profesores MEZGER y EXNER solicitando copias de sus informes respectivos, que, al parecer, se habían extraviado o perdido, y las contestaciones de ambos enviando lo solicitado (octubre 1943; cfr. *infra*: Apéndice Documental II).*

– Folios 444 a 455: informes de *MEZGER* al Dirigente Ministerial *RIETZSCH* sobre diversos observaciones y propuestas de modificación del Proyecto (cfr. *infra*: Apéndice Documental III).

– Folios, 456 a 472: informes de *EXNER* con sus observaciones al Proyecto (no se recogen en el Apéndice Documental).

2. BA R 22/944: contiene documentos sobre el *Curso de introducción que con motivo de la inminente entrada en vigor de la nueva Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad debía darse a Magistrados y Fiscales de los distintos Tribunales Superiores y Provinciales*.

– Folios 34, 36 y 263: contienen los Programas para los cursos de introducción a la Ley, en los que siempre aparece como primer conferencante y director de los mismos E. *MEZGER*. En el primer Programa, su conferencia, de dos horas, tiene como título “Los fundamentos biocriminológicos de la Ley de extraños a la comunidad”. Junto a la suya, está prevista la actuación de altos dirigentes del Ministerio de Justicia, de la SS, de la Judicatura y de la Fiscalía, que se ocupan de otros temas relacionados con la nueva Ley. De parecido contenido es el Programa contenido en el Folio 36, en el que el título de la conferencia de *MEZGER* está ligeramente modificado: “Los fundamentos biológicos de la Ley de extraños a la comunidad”. El Programa definitivo del curso a celebrar entre el 31 de julio y el 6 de agosto de 1944, se contiene en el Folio 263, en el que la primera conferencia corresponde al director del Curso, E. *MEZGER*, quien debería ocuparse durante dos horas de “La Ley de extraños a la comunidad a la luz de la Biología criminal: Tipos de delincuentes por inclinación y por tendencia” (cfr. *infra*: Apéndice Documental IV).

– Folios 41 y 42: contienen Programas de cursos para magistrados y fiscales de nivel inferior, en los que no interviene *MEZGER*. Curiosamente se propone que en el *Curso*, quizás como evento lúdico, alguien dé una conferencia sobre las excavaciones que se está llevado a cabo en aquel momento en Triers (no se recogen en el Apéndice Documental).

– Folio 87: carta manuscrita de *MEZGER*, de 3.2.1944, al Dirigente ministerial *Suchomel*, en la que acepta dar una conferencia sobre la nueva Ley en una reunión de la *Akademie für Deutsches Recht* Congreso de profesores que tendrá lugar en *Bad Salzungen*. Pregunta si debe tratarla ya como Derecho vigente, o si ha de proponer algunos cambios todavía. Al mismo tiempo, le comunica que gracias a la Editorial Beck de Múnich le puede enviar una separata de la conferencia que debe dar el 5.6.44 ante la Academia Bávara de Ciencias sobre “Problemas de Psicología criminal para el Derecho penal”, en la que se ocupa de las cuestiones aquí tratadas (no se recogen en el Apéndice Documental, pero sí en el capítulo V).

– Folio 228: carta de MEZGER de 25.3.44 dirigida al Dirigente ministerial Grau, remitiendo una clasificación de delincuentes. En los folios siguientes sigue la Fundamentación definitiva del Proyecto, transcrita anteriormente (se recoge en el Apéndice Documental).

Comentarios:

Dado que en el Apéndice documental se encuentran traducidos los Informes y otros extremos que acreditan la colaboración, me limitaré a destacar y comentar algunos extremos interesantes de los mismos.

Lo primero que sorprende en MEZGER es su capacidad de adaptación a la nueva situación. La preocupación principal, no sólo de los criminólogos nazis, sino de los criminólogos y penalistas en general, es la forma en que hay que tratar a los “delincuentes habituales”. La Ley de noviembre de 1933 introdujo en el Código penal alemán el parágrafo 20 a, que estuvo vigente hasta la reforma de 1969. Este parágrafo 20 a, no sólo preveía para los delincuentes habituales peligrosos una agravación de la pena, convirtiéndola en una pena de reclusión (Zuchthausstrafe) de hasta quince años, sino también adicionalmente, según el parágrafo 42 e, “si la seguridad pública lo requiere”, la aplicación de una medida de internamiento en custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung), que tenía que cumplirse una vez que se hubiera cumplido la pena y que tenía una duración indeterminada. Este sistema dualista puro de imposición conjunta de una pena y una medida de seguridad para su cumplimiento sucesivo fue objeto de críticas en la doctrina alemana posterior como un típico ejemplo de la legislación nacionalsocialista⁵⁹. El Proyecto de extraños a la comunidad

⁵⁹ Cfr., por ejemplo, MAURACH, Tratado de Derecho penal, p. 553, quien dice con toda contundencia: “Este parágrafo (el 20 a) ofrecía la

pretendía acabar con este régimen dualista y poder imponer desde el principio un sistema monista, en el que la distinción entre pena y medida de seguridad se superaba y se sustituía con una pena de “reclusión por tiempo indeterminado”.

A MEZGER, ya desde su primer Informe de 13.2.43, esta idea no le parece mal e incluso la elogia, a pesar de que reconoce que, en principio, le parecía bueno el dualismo puro de la Ley de 1933, y de que incluso en su Tratado, de 1933, decía que “corresponde(rá) a la conciencia jurídica del presente el sistema dualista; es decir, la separación estructural entre pena y medida de seguridad”⁶⁰. Ahora dice que se trata, en definitiva, de “una decisión política”, lo que quiere decir que el problema para el científico (es decir, para él) está ya zanjado y no hay nada que objetar. Lo único que hace es darle el nombre de *pena de seguridad*, que sustituye la pena basada en la culpabilidad. Nada de garantías, nada de límites. Éstos quedan para otro tipo de delincuentes. Pero ¿cuáles son estos delincuentes?

deseada posibilidad de sostener la lucha política en un campo aparentemente neutral y de liquidar a los enemigos del régimen con supuestos medios legales... y el peligro de que la justicia fuera sustituida por la simple conveniencia estatal”. Y unas líneas mas adelante, el mismo autor dice: “El modo en que el legislador nacionalsocialista quiso entender la lucha contra el delincuente habitual se manifestó, sin embargo, en el momento en el que en el parágrafo 1 de la Ley de 4 de septiembre de 1941 dispuso que el delincuente habitual peligroso “incurre en la pena de muerte cuando así lo exige la protección del pueblo o (¡) la necesidad de justa expiación”. La crítica a estas disposiciones es tanto más interesante, cuanto MAURACH es generalmente considerado como un penalista afín al régimen nacionalsocialista.

⁶⁰ Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho penal, traducción de Rodríguez Muñoz, 1935, vol. II, 3.^a ed. adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés, Madrid 1957, p. 454.

Prácticamente, todos los Informes siguientes de MEZGER se ocupan de establecer una clasificación (la obsesión por la clasificación en grupos fue una característica del régimen y de las instituciones nazis, recuérdese sólo la clasificación de los judíos en las Leyes de Nuremberg), pero una clasificación que no se refiere sólo a los delincuentes, sino también a otras personas, a las que llama “inútiles” (“Taugenichtse”), en las que lo que determina la imposición de una pena de “reclusión o de prisión por tiempo indeterminado” o su entrega a la Policía “para su custodia” es su “tendencia”, es decir, una “disposición interna” que empuja fatalmente al sujeto al delito. Se trata, por tanto, de una especie de “delincuente nato” al estilo del criminólogo italiano Lombroso, al que lógicamente no cita ni una sola vez por su origen judío. En ningún caso deja claro cuáles son las características de ese “delincuente por tendencia” (*Hangverbrecher*), o de esas tendencias que llevaran inevitablemente al sujeto a delinquir y a convertirlo en un “enemigo de la sociedad”. Por un lado, distingue al “delincuente por tendencia” del “delincuente por inclinación” (“*Neigunsverbrecher*”); este último, como él dice, comete delitos aquí o allá y está en peligro de desarrollar una “tendencia”, pero al no tener una constitución defectuosa, aún puede ser objeto de corrección (cfr. Segundo, Tercero y Quinto Informes). Pero, por otro lado, también distingue al “delincuente por tendencia” del “delincuente de estado”, el más grave de todos en su opinión, porque éste no es más que una consecuencia de la tendencia, de una *disposición interna*, ya reiterada y convertida, por eso, en estado. Estos son los incorregibles, que deben ser simplemente puestos a disposición de la Policía (*¿para qué?*, no lo dice, pero, dadas las circunstancias de la época, podemos imaginarlo).

Pero con la categoría del “delincuente por tendencia”, el sujeto no tiene ya por qué llegar a ser un delincuente habitual o un delincuente de estado; su delimitación de estas otras dos

categorías, sirve, como MEZGER dice, para una “anticipación de la línea de defensa”, es decir, para ampliar la posibilidad de imponer la pena de reclusión indeterminada, el internamiento en custodia de seguridad de la Ley de 1933, ya a quien sólo muestre dicha tendencia, sin necesidad de que llegue a través de la habitualidad a convertirse en “delincuente de estado”. Naturalmente, nada dice respecto a cómo se puede descubrir esa tendencia. Habla de una “comprensión genética”, citando a K. Jaspers, y de que lo “anímico se deriva de lo espiritual” y de cosas igualmente peregrinas y carentes de todo fundamento científico (cfr. Informe Segundo). En algún momento, llega a hablar de la necesidad de exigir algún elemento objetivo, algo así como que el sujeto haya delinquido varias veces previamente, pero ello obviamente estaría en contradicción con su concepción “espiritualista” del “delincuente por tendencia” y con la caracterización que de él mismo hace como “psicológica”. Por eso, llega a admitir que, “en casos excepcionales, podría ser suficiente con una única manifestación, cuando sea *especialmente* grave o *especialmente* concluyente (como manifestación de defecto constitucional congénito)” (cfr. Cuarto Informe). Al final reconoce que “una delimitación completamente exacta no es posible” (cfr. Informe Tercero). Y todavía en la conferencia inaugural que debía dar con motivo de la entrada en vigor de la nueva Ley, el 31 de julio de 1944, en un Curso de introducción a la misma, se ve que le sigue preocupando (¿obsesionando?) la distinción hasta el punto de convertirla en el punto central de su intervención: “La Ley de Extraños a la Comunidad: Delincuentes por tendencia y delincuentes por inclinación” (véase Programa del Curso, *infra*: Apéndice Documental).

Y es que esta delimitación, que MEZGER propone, pero que no sabe muy bien cómo realizar, es fundamental porque precisamente de ella depende que el sujeto sea condenado, por ejemplo, a una pena de “prisión por tiempo indeterminado” con un

límite mínimo y un régimen de cumplimiento menos duro, o una pena de “reclusión por tiempo indeterminado”, que es la que se aplica a los “incorregibles”, que forman el grupo más temible de los “enemigos de la comunidad” (*gemeinschaftsfeind*), quienes, como su propio nombre indica, no tienen ninguna posibilidad de resocialización, no son asunto del Juez y deben, por tanto, ser entregados a la Policía “para su custodia” (cfr. su propuesta de regulación de este problema en Tercer Informe). Naturalmente, esto tiene también sus ventajas, pues, como él mismo reconoce ya en su Primer Informe, con la pena de “reclusión por tiempo indeterminado” no es necesario realizar muchas sutilezas jurídicas. Así, por ejemplo, “desde ese momento (se refiere al momento en que se incluye a un sujeto en la categoría de incorregible), carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas que se plantean en el ámbito de la determinación de la pena” (cfr. Primer Informe). ¡Para qué?, si son incorregibles. A partir de ahí, cualquier elucubración o matización jurídica para valorar la gravedad del delito (si es que el individuo en cuestión cometió un delito, lo que para MEZGER no es necesario), o graduar la culpabilidad del sujeto (si es que el sujeto era realmente culpable) están de más. Es perder el tiempo. Para MEZGER, en estos casos todas las reglas del concurso de delitos o las que diferencian entre autoría y complicidad, tentativa y consumación, tan trabajadas y elaboradas durante siglos por la Ciencia del Derecho penal, no hay que plantearlas siquiera. ¡Y esto lo dice uno de los más grandes y refinados dogmáticos del Derecho penal, que expresamente reconoce que eso le plantea “menos escrúpulos” (cfr. Primer Informe apartado 2 c), y que lo único que propone respecto a estos “incorregibles” es “que se les entregue a la Policía para su custodia”! Pues menos mal que era un consumado jurista; si llega a ser un veterinario hubiera propuesto directamente el sacrificio como se propone el de los perros que han contraído la rabia. Pero, como él mismo dice, “a diferencia de Exner”, él no se ocupa de la *pena de muerte*; eso

sería demasiado burdo y tosco en una persona tan sensible y tan preocupada por el lado espiritual y anímico del delincuente. Él sólo se ocupa de cuestiones más refinadas, de clasificaciones, de delimitar competencias entre Policías y Jueces, y siempre teniendo en cuenta la prevención especial; claro que ésta no siempre significa corrección o resocialización, también está la “inocuización” y para ello no siempre es necesaria la pena de muerte. ¿Para qué la pena de muerte si ya tenemos la reclusión por tiempo indeterminado? La “necesidad de una expiación justa” que es decisiva, según la Ley de 4.5.1941 que cita, para aplicar la pena de muerte, queda fuera de la *prevención especial* de la que aquí se trata. Es decir, para aplicar la pena de muerte a estos sujetos siempre había que demostrar la “necesidad de una expiación justa”; “pero, para los “*incorregibles*” (g) basta con la entrega a la Policía para su custodia” (cfr. Tercer Informe). Pero ¿de qué Policía está hablando el profesor MEZGER cuando hace todas estas clasificaciones y matizaciones sobre el destino que les aguarda a los “extraños a la comunidad”? En 1943 no había en Alemania más Policía que la de Himmler y sus secuaces; es decir, aparte de la Kripo, la Gestapo y la SS, unificadas todas en el Ministerio de Interior bajo su mando. Y ¿a qué “custodia policial” podía referirse como no fuera el internamiento de por vida, o “por tiempo indeterminado”, de los “*incorregibles*”, en los famosos y temibles campos de concentración controlados directamente por la SS? ¿Qué más pena de muerte que ésta? ¿Sabía MEZGER lo que hacía esa Policía y lo que ocurría en esos campos de concentración en 1943, o era uno de esos alemanes que se chupaban el dedo y miraban a otro lado mientras “estas cosas” estaban sucediendo en la por así decir casa de al lado?

Como veremos después en el capítulo V, si MEZGER no sabía lo que en esos momentos estaba ocurriendo en los campos de concentración con las personas allí recluidas, pronto tendría ocasión de saberlo, pues en marzo de 1944 se presentó en su nombre en la

Oficina de la SS encargada de la administración de los campos de concentración una solicitud para visitar dichos campos y observar en ellos a las personas allí recluidas (“tipos de sujetos, querulantes y similares”; cfr. *infra* capítulo V).

Con esta propuesta de entrega a la Policía considera MEZGER, además, cumplida su tarea de satisfacer también los deseos de competencia ilimitada que pretendía la Policía para el control de este tipo de delincuentes, y que es lo que motivaba algunas reticencias de los Jueces frente a los Proyectos anteriores. Desgraciadamente, los Proyectos paralelos preparados por la Policía, es decir, por Himmler y sus secuaces del Ministerio de Interior, se perdieron en un bombardeo ocurrido el 23 de noviembre de 1943⁶¹, por lo que nos quedamos sin saber hasta qué punto querían más competencias, que las que MEZGER les concedía respecto a los incorregibles. De todos modos, todo esto es pura palabrería, porque en esa época la Gestapo y la SS hacían lo que querían⁶², y el mismo MEZGER reconoce que, aunque a los Jueces no les guste que frente a las decisiones de la Policía no quepan recursos judiciales, que esta es una cuestión *política* que no se va a discutir” (Primer informe).

Lo mismo admite respecto a lo “inútiles”, que son los que ni siquiera han cometido delito alguno o todo lo más “por su

⁶¹ De ello informa AYASS, “Gemeinschaftsfremde”, p. 22.

⁶² Cfr. la anécdota que cuenta GELLATELY, Backing Hitler, pp. 65 s., de un Juez, nada menos que Presidente del Tribunal del Pueblo, que en 1937 se opuso a que una mujer fuera detenida por la Gestapo en la sede de dicho tribunal. “De momento el Juez se salió con la suya, dice GELLATELY, pero dos días después la Gestapo arrestó a la mujer alegando que con ello no hacía más que cumplir con su misión”. Esto motivó incluso una intervención del Ministro competente, que le recordó al Juez que “las acciones de la Gestapo eran válidas y que el Juez se había extralimitado”.

carácter refractario al trabajo, disoluto o desconsiderado muestran una tendencia a la mendicidad, el vagabundaje, “raterías” y timos, embriaguez y conductas similares, o, por estas causas, abandonan gravemente sus deberes asistenciales” (cfr. su propuesta respecto a estas personas en el Tercer Informe). También estos “inútiles” deben ser entregados a la Policía “para su custodia”, lo que de hecho no venía más que a ratificar las *razzias* sin control judicial que continuamente hacía la Policía en las zonas en las que vivían o se refugiaban estas personas⁶³. El control judicial de estos ámbitos policiales brillaba, pues, también para MEZGER, por su ausencia.

Respecto a otras medidas, el lenguaje de MEZGER es más recatado, pero inequívoco. Por supuesto, no ve inconveniente en aceptar la medida de castración para los homosexuales⁶⁴, pero lo dice de forma elíptica, al señalar en su Quinto Informe que “en principio, está de acuerdo con su aplicación a los párrafos 175 y 175 a StGB” que son los que tipificaban en aquel entonces la realización de actos homosexuales entre adultos hombres. Y es que, como se dice en la Fundamentación que acompañaba al texto último del Proyecto, “la reciente experiencia médica

⁶³ Así, por ejemplo, AYASS, “Gemeinschaftsfremde”, p. 17, informa de la “Aktion Arbeitscheu Reich”, por la que en la primavera y verano de 1938 fueron detenidos miles de “asociales”, que había sido precedida por otras, como la “razzia de mendigos” en 1933, y que fue seguida por otras muchas más, de las que se informaba cumplidamente a los medios de comunicación (véase también GELLATELY, ob. cit., p. 58: “Durante los días y semanas siguientes, la prensa apareció llena de brillantes titulares acerca de este acontecimiento, como el que proclamaba orgullosamente: “Berlín, una ciudad sin mendigos” (Berlin, eine Stadt ohne Betler)”).

⁶⁴ Respecto a la esterilización de los asociales, véase *infra* capítulo siguiente.

enseña que la castración es también un arma eficaz contra estas personas”.

En general, se puede decir que, en todo momento, adopta un lenguaje “científico”, absolutamente impersonal y muy frío, sin que las graves cuestiones de las que se ocupa y las graves consecuencias que se derivan para los afectados por sus clasificaciones le preocupen lo más mínimo. Y es que, en definitiva, se trata de asociales, una mezcla para los nazis de “subhombres” y de parásitos sociales, que no merecían la menor consideración y que desmerecían del resto de los miembros integrantes de la “comunidad del pueblo” (*Volksgemeinschaft*). Sólo eran, por tanto, “extraños a la comunidad”, ingeniosa expresión que, como una aportación personal más al Proyecto, el mismo MEZGER propuso como sustitución del extranjerismo “asocial” o “antisocial” y que, como vimos, a pesar de la oposición de Goebbels y del propio Hitler, a los que no les gustaba lo más mínimo dicha expresión, quedó finalmente como denominación de todo el Proyecto. Lo cual demuestra, por otra parte, el prestigio y la autoridad de que gozaba MEZGER entre los nazis, y explica también que una vez que el Proyecto se convirtió en Ley fuera llamado para dirigir los Cursos que sobre la misma deberían darse a los Altos Cargos de la Policía y a los Magistrados y Fiscales que debían aplicarla. Todo un alto honor que MEZGER aceptó encantado, y en el que era acompañado por los más ilustres responsables de toda esta barbarie (cfr. *infra* Apéndice Documental Cuarto), alguno de los cuales, como Alstötter, o el organizador de los cursos, el Secretario de Estado, Dr. Rothenberger, fueron luego condenados a cadena perpetua en el Proceso de Nuremberg contra los Juristas Nazis⁶⁵. El que el

⁶⁵ Véase *infra* capítulo VI, y MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?*, pp. 52 s.

propio MEZGER no llegara a tanto, fue sólo, como pondremos de relieve en otro lugar, una cuestión de suerte.

No voy a seguir, porque, como ya he dicho, no es mi intención hacer un estudio exhaustivo de este Proyecto. Creo que con lo expuesto es suficiente para hacerse una idea de cuáles eran los postulados ideológicos de los que se nutrían los autores del mismo. Cualquiera que lea estos informes de MEZGER y lo que quedó como texto definitivo del Proyecto de Ley de extraños a la comunidad, podrá comprobar hasta qué punto las opiniones vertidas por él se recogieron casi al pie de la letra en dicho texto. Con razón dice WETZEL, que MEZGER era “a strong supporter of the nazi regime”⁶⁶, y aún más contundentemente, REHBEIN lo calificaba como “der Ideologechef der NS-Kriminologie”⁶⁷. Personalmente, no tengo la menor duda sobre la responsabilidad que MEZGER tuvo, por lo menos a niveles de asesoramiento técnico, en la preparación y organización del exterminio de delincuentes habituales, asociales, marginales sociales y de todos los que el mismo MAURACH dice⁶⁸, no eran más que “enemigos del régimen”. Como tampoco me ofrece la menor duda que muchos planteamientos que hizo MEZGER tanto a la hora de colaborar en este Proyecto, como en otras de sus muchas publicaciones y escritos de aquella época, están todavía vivos y vuelven a estar de rabiosa actualidad en la boca de muchos políticos, que además son los que deciden en estos momentos el destino del mundo o de nuestro país.

⁶⁶ WETZEL, *Inventing the Criminal*, cit., p. 209.

⁶⁷ REHBEIN, *Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie*, pp. 193 ss.

⁶⁸ Cfr. MAURACH, ob. y lug. u. cit.

APÉNDICE DOCUMENTAL

**LOS INFORMES DE MEZGER PARA EL
PROYECTO DE LEY DE EXTRAÑOS A
LA COMUNIDAD Y OTROS
DOCUMENTOS**

I. ÓRDENES DE PAGO DE HONORARIOS A MEZGER Y EXNER

I. BA R22/943, folio 333.

A la atención del Sr. Enders,

Con motivo de la preparación de un Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, que tendrá como efecto una estructuración completamente nueva de las medidas de seguridad y mejora en el Código penal y posibilitará también a los Tribunales aplicar la condena indeterminada en lugar del internamiento en custodia de seguridad, he mantenido con los profesores Dr. Edmund Mezger, Múnich, Kaulbachstr.89, y Dr. Franz Exner, Múnich, Motsalvatstr.1, una extensa correspondencia. Ambos señores, que actualmente son nuestros mejores especialistas en Biología criminal y que han escrito en este sector importantes obras, se han ocupado detenidamente del Proyecto y han aportado valiosas sugerencias para su redacción, con las que han mostrado su conformidad los especialistas de la Policía y el propio señor Ministro.

¿Sería posible hacerles llegar a ambos señores una suma adecuada al trabajo prestado a cargo del presupuesto del Ministerio de Justicia? En circunstancias normales, el Ministerio habría organizado unas jornadas con una Comisión académica o una con los Profesores que aquí han sido elegidos propiamente para ello. Pero las dificultades para el desplazamiento y las inevitables limitaciones que hay para organizar este tipo de Jornadas, nos han obligado a prescindir de ellas y aconsejado que les pidamos a las personas más cualificadas que nos expongan su opinión por escrito. No se puede pedir que estos señores hagan su trabajo de una forma completamente gratuita. Considero, por tanto, que la cantidad adecuada sería la de 1000 RM (Marcos del Reich), para cada uno.

Firmado (Viene la firma casi ilegible del Dirigente Ministerial, luego Consejero del Tribunal del Reich, Rietzsch, y al margen la de otros funcionarios. Después a pie de página tres notas numeradas con la aprobación de la citada suma (1), el mandato de pago (2) y la comunicación del acuerdo al propio Rietzsch y a los Profesores Mezger y Exner).

Berlín, día ilegible, mayo 1943.

2. BA R22/943, folio 344.

Proyecto

Berlín 24 mayo 1943

A la Caja del Reich

Con motivo de la preparación del Proyecto sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad (sigue un párrafo tachado a lápiz que reproduce la descripción del Proyecto en el documento anterior), este Ministerio de Justicia ha solicitado la colaboración de los Profesores Mezger y Exner, ambos de Múnich.

Como compensación por los trabajos realizados se ha determinado por el Ministro de Justicia, con fecha de 24 de mayo de 1943, se pague a cada uno de los citados profesores la cantidad de 1000 RM.

Conforme, la Caja principal librará

2000 RM

1000 RM al Profesor Mezger, Múnich, Kaulbachstr.81, y otros 1000 RM al Profesor Exner, Múnich, Montsalvatstr.1, y los contabilizará en el plan concreto II, Dep. 7, I. 7, I del presupuesto de 1940, con cargo al año 1943. Por orden (firma ilegible).

II. SOLICITUD DE ENVÍO DE COPIAS POR EXTRAVÍO DE LOS INFORMES

I. BA R22/943, folio 439: Carta del Dirigente Ministerial Grau a MEZGER

Prof. Dr. Mezger

Berlín 6 octubre 1943

Múnich

Kaulbachstr.89

¡Muy respetado señor Profesor!

En el transcurso de este año ha mantenido correspondencia con el actual Consejero Judicial Rietzsch () sobre cuestiones relacionadas con el Proyecto de Ley de extraños a la comunidad. Esta correspondencia se ha perdido al trasladarse para su archivo a otro lugar fuera de Berlín. Le agradecería mucho que para completar los archivos me enviara una copia de los escritos que usted remitió al citado Consejero.*

Heil Hitler,

Por orden (sigue firma ilegible)

(*) Obsérvese que en esta fecha Rietzsch ha pasado a ser Consejero del Reichsgericht y que su puesto lo ha ocupado Grau (N. del T.).

2. Carta de respuesta de MEZGER: BA R22/943, folio 441

Prof. Dr. Edm. Mezger

Múnich, 15 oct. 1943

Kaulbachstr.89

Al Sr. Consejero Ministerial GRAU

Ministerio de Justicia

Berlín

Wilhelmstr.65 Certificado, 6 anexos

¡Muy respetado señor Consejero Ministerial!

En relación con su escrito de 6 del corriente, le remito conforme a su petición copias o, en su caso, datos de mis escritos de 13, II., 3.III., 10.III., 25.IV., 20.V. y 5 VI.1943 ()*

Dado que no poseo otras copias que las que le envío, le agradecería una breve confirmación de su recibo y que tras su uso me las devolviera por correo certificado.

Heil Hitler

Prof.

(Dr. Mezger)

() El escrito de 5.VI.1943 no está recogido en el Archivo (N. del T.).*

3. BA R 22/943, folio 442: Carta de EXNER del mismo tenor

4. BA R22/943, folios 473 a 475: Cartas del Dirigente Ministerial Grau a MEZGER y EXNER, devolviéndoles las copias de sus informes (fecha 21 y 27 de octubre de 1943, respectivamente)

III. INFORMES DE MEZGER

Primer Informe: BA 22/943, folios 453 a 455

Ministerio de Justicia

13 febrero 1943

Al Sr. Consejero Ministerial Dr. RIETZSCH

¡Muy respetado Sr. Consejero Ministerial!

He recibido su escrito del 4 del corriente con la documentación adjunta, que he leído con gran interés. Gustosamente estoy dispuesto a dar mi opinión sobre el Proyecto. Se trata, por su extensión, de un nuevo Derecho penal y, por tanto, será bueno que me vaya ocupando poco a poco de cuestiones concretas, en lugar de dar mi opinión global de una sola vez. Por eso, me ocuparé ahora sólo de algunas cuestiones de principio.

1. El paso a la “ pena de reclusión por tiempo indeterminado” que se prevé en el nuevo parágrafo 20 a StGB lo considero como una decisión política. A mi juicio, uno de los defectos que tuvo el trabajo de reforma del Derecho penal durante el período 1933-36 fue que las cuestiones políticas no se decidieron previamente; es por eso por lo que los científicos nos vemos muchas veces en una posición incómoda. Saludo, pues, con agrado que ahora pueda trabajarse sobre una base clara.

Ya sabe cuánto aprecio la llamada “doble vía” (“Zweispürigkeit”). En mi actual posición personal, vine a cumplir en el transcurso de la evolución una importante e indispensable misión, en la medida en que ha destacado, también para el Juez práctico, la pena y la idea de seguridad. Si ambas se distinguen claramente, carece de importancia el que, como sucede en la Ley del delincuente habitual de 24.II.1933, se sea consecuente hasta los últimos detalles. Con el tiempo la relación existente entre el parágrafo 20 a y el 42 a StGB ha llevado a una nueva solución de la que cada vez estoy más convencido. Esta solución podría ir (como en el Cp suizo) en la dirección de una medida de seguridad que acogiera la pena, pero también podría conducir a una pena que acogiera la medida de seguridad (en lugar de la pena-culpabilidad-expiación). En el presente Proyecto se ha optado por una “ pena de seguridad” (*Sicherungsstrafe*) (entendida en sentido amplio). Tenía, pues, razón KLEE, cuando hablaba de la “crisis de la idea de expiación”.

Con ello se ha adoptado una decisión clara y en sí consecuente, que para mí constituye la base indiscutible de la siguiente consideración.

2. La segunda propuesta altamente interesante del Proyecto es la de corregir los límites entre la Policía y la Administración de Justicia. Si se consigue, ello supondrá un progreso altamente beneficioso para el interés general. Pero, proce-

diendo a formular las críticas que usted me pide, en las actuaciones en esta materia la Administración de Justicia, cuando le corresponda actuar, debe hacerlo con respeto estricto a las reglas procedimentales, y no de un modo "policial". Y desde este punto de vista tendría que formular algunas, no demasiado graves, objeciones al presente Proyecto, de las que de entrada sólo quisiera esbozar algunas de las más fundamentales.

a) La redacción del nuevo párrafo 20 a StGB me parece en su forma actual incompatible con la estructura procedural (Proyecto de Ley párrafo 5). Es verdad que la redacción anterior del párrafo 20 a era demasiado formalista en sus detalles, y desde luego no debemos imitarlo, pero, en mi opinión, tampoco es correcta la actual versión, pues lo que el Proyecto viene a decir de una manera impropia es nada menos que esto: podéis internar a cualquier delincuente "primario" en reclusión por tiempo indeterminado, con un tiempo mínimo de duración de 5 años. En mi opinión, ello debería en todo caso reservarse para el delincuente "peligroso" (que no es necesariamente lo mismo que delincuente "habitual"). La caracterización psicológica "delincuente-tendencia" ("Hang-Verbrecher") (que idiomáticamente preferiría denominar "delincuente por tendencia" ("Verbrecher aus Hang")), similar a la expresión italiana "delinquente per tendenza"), es, por lo que respecta a la determinación de la pena, demasiado volátil. Sin embargo, por las razones ya dichas, no tengo ningún inconveniente en aceptar el cambio, "carente de significado teórico", entre reclusión=pena e internamiento de custodia en función de la posibilidades de reinserción. Pero, si no se quiere condicionar, en el sentido del Derecho vigente, a que existan condenas previas, es, sin embargo, indispensable que (si no existen tales condenas previas) por lo menos se exija que el hecho que se juzgue en el caso concreto sea castigado con una pena de al menos dos años de duración. Me reservo ahora otras cuestiones sobre cómo denominar el círculo de personas que vienen aquí en consideración.

b) Considero muy positivo que el Ministerio de Justicia coopere ya en toda la Ley, pero en lo que afecta a las partes que se reservan a la Policía debe procederse a una delimitación de competencias adecuada. Pues la Autoridad judicial asume también una responsabilidad. Es cierto que desde el punto de vista de la Administración de Justicia no es en absoluto bien recibido que contra una decisión policial no quepa ningún recurso judicial, pero me imagino que ésta es una cuestión política que no se va a discutir. Sin embargo, seguirá planteándose la cuestión jurídica de hasta qué punto puede llegar la intervención de la Policía. Aquí me parece que requieren de una comprobación más detenida los apartados I-4 del párrafo 1; en mi opinión, el apartado 2 en su redacción actual va demasiado lejos.

c) Menos escrúpulos me plantea la equiparación al parágrafo 74 StGB en lo que se refiere a la condena del cómplice (Par.49 StGB). En mi opinión, deben hacerse aquí algunas consideraciones de principio:

según el Proyecto en el futuro habrá dos (o más) "Derechos penales",

– un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y

– un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los "delincuentes por tendencia".

Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión (de ahí que más adelante, en el apartado 4 de este informe, intente darle una denominación propriada): Una vez que se realice la inclusión, el "Derecho especial" (es decir, la reclusión por tiempo indefinido), deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas que se plantean en el ámbito de la determinación de la pena. La pena de "reclusión por tiempo indeterminado" "se traga", por así decir, todas estas diferenciaciones. Del mismo modo, carecen de importancia todos los problemas que plantea la determinación de la pena en el concurso de delitos (pena única, pena compleja), y la relación que el sujeto pueda tener con otros condenados, pues éstos son "diferentes". Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un "nuevo comienzo").

4. Algunas particularidades. Evitaría el extranjerismo "asociales". Los sujetos mencionados en el apartado 6 del parágrafo 1, no son "asociales" sino "antisociales". Yo les llamaría "extraños a la comunidad" o "enemigos de la comunidad"(*). Me parecen, sin embargo, correctos los términos utilizados para denominar los diferentes grupos como "fracasados", "píllos" y también "inútiles", aunque respecto a éste último se podría hacer alguna objeción. A los delitos a que se refiere el apartado 5 del parágrafo 1 se les podría denominar "delitos menores". Los "delitos de los parásitos" (Schmarotzerdelikte), referidos en el apartado 2 del parágrafo 8, deberían ser descritos más detalladamente. ¿Quién es el funcionario encargado de la educación que se menciona en el apartado 1, n.^o 1 del parágrafo 1? En mi opinión sería conveniente que fuera una instancia judicial. Y lo mismo opino también en lo que se refiere a la decisión a adoptar conforme al apartado 3, del parágrafo 1. En el parágrafo del Proyecto y en el 42 a StGB creo que

(*) Recuérdese lo dicho antes respecto a las reservas mostradas por Hitler y Goebbles al empleo de este término. El que a pesar de ellas se mantuviera finalmente la denominación de la Ley, demuestra el prestigio y la autoridad de la que gozaba MEZGER entre los dirigentes Nazis, N. del T.

debería especificarse que si se concede la libertad antes de los cinco años debe tener lugar la vuelta a la reclusión (parágrafo 5). El parágrafo 9 (en relación con el 42 k StGB) es, en mi opinión, demasiado vago en sus presupuestos; en todo caso debería hablarse de delincuentes sexuales “peligrosos”. Estoy de acuerdo con la inclusión del parágrafo 175, I-3 StGB (se refiere a la aplicación de la castración a los delincuentes homosexuales, N. del T.). Respecto a la esterilización de los inútiles que se prevé en el parágrafo 10, me parece que deben hacerse algunas limitaciones. Más adelante, una vez que se me aclaren las cuestiones que he planteado, volveré a ocuparme de otros problemas básicos con más detenimiento.

La agradecería mucho me informara brevemente si la valoración que he realizado cumple sus deseos. Entretanto, reflexionaré junto con el Prof. EXNER, sobre algunas particularidades más, sobre las que informaré más adelante. También le pido me diga, si tenemos que atenernos a alguna fecha determinada.

*Con saludos respetuosos, también a su esposa
y Heil Hitler,
Queda suyo afectísimo
(firma ilegible, una especie de M)*

Segundo Informe: BR 22/943, folios 451 y 452

Prof. Mezger

Múnich 3 marzo 1943

Kaulbachstr.89

Al Sr. RIETZSCH
Ministerio de Justicia

¡Muy respetado señor Consejero Ministerial!

Muchas gracias por su extensa carta de 22 de febrero. He discutido con el colega EXNER una serie de cuestiones, que seguiremos discutiendo y de las que le iremos informando en el futuro. Entretanto, me gustaría completar en algunos extremos las observaciones de principio que hice en mi carta de 13.2.43.

I. Modificaciones y ampliación de los parágrafos 22a y 42a del StGB.

I. Tengo mis dudas respecto a la corrección de que “la pena de reclusión indeterminada que prevé el nuevo parágrafo 20a StGB no sea una pena por la culpabilidad (Schulstrafe), sino una pena cautelar (Sicherungsstrafe) que abarque también aspectos de los que el delincuente no es responsable”. Ya VON LISZT (Straf.Aufs.II, 228) fracasó en la comprensión de esto y también nosotros podríamos volver a equivocarnos.

2. Me parece, por tanto, más importante una clara clasificación de los datos obtenidos de una secuencia criminal que nos ayuden a una clasificación de los delincuentes a través de una “comprensión genética” (JASPERs), en la que lo anímico se deriva “de” lo espiritual. De acuerdo con ello, la clasificación que propongo sería la siguiente:

- a) “delincuente por conflicto”: el que se convierte en criminal por una situación extraordinaria de conflicto interno;
- b) “delincuente ocasional”: el que delinque llevado por las circunstancias usuales;
- c) “delincuente por inclinación”: el que tiene una inclinación a delinquir en general o a cometer determinados delitos;
- d) “delincuente por tendencia”: es el que aquí nos interesa. Idiomáticamente no es una expresión bonita, pero es correcta e inobjetable en su contenido. Éste es el término empleado en el Cp italiano de 1930 en su art. 104: “delinquente per tendenza” (cuyos apartados 1 y 2, dadas sus limitaciones, no son en todo caso aplicables aquí), que también se aplica a otros tipos de delincuentes, lo que no me parece recomendable. Tampoco es lo mismo que el “delincuente por inclinación” (c), que constituye un grado inferior. A veces se emplea la expresión “delincuente de estado” (Zustandsverbrecher), pero esta denominación es incorrecta y provoca malos entendidos: Lo que debe constatarse aquí no es la realidad de un estado criminal como consecuencia de una tendencia, sino que es suficiente para justificar una intervención con que exista una disposición a ese estado. Pero si lo que se quiere expresar con el término “estado” es una disposición interna, entonces lo que falta en esta expresión es precisamente lo que interesa aquí: la referencia a lo interno, a lo anímico, a lo psíquico. La expresión “delincuente de estado” no es, por tanto, aplicable en este contexto (cfr. infra);
- e) “delincuente habitual”: Aquí de la “tendencia” (d) ha surgido un hábito, del que a su vez surge el delito. Esta expresión estaba en la anterior versión del parágrafo 20 a StGB, pero el Proyecto prescinde de ella;
- f) “delincuente profesional”: Aquí el hábito se convierte en profesión;
- g) “delincuente de estado”: Aquí de la tendencia, del hábito, etc., ha surgido un “estado” criminal: la última y más grave forma de la evolución criminal.

3. Con ello queda claramente delimitada la tarea. Se trata de “anticipar la línea de defensa” de e) a d). La característica decisiva del nuevo “delincuente por tendencia” es psicológica (tendencia al delito y actitud hostil a la comunidad). Pero me parece conveniente que la ley le diera algunas pautas al juez, indicándole algunos indicios objetivos, para que éste pudiera deducir de ellos la tendencia, como pueden ser la constatación de varios delitos anteriores, que no necesariamente tendrían que estar en concurso real, la especial gravedad del delito, etc.

Además, debería dársele una especial importancia para la determinación del “delincuente por tendencia” a la “peligrosidad” del delincuente (peligrosidad objetiva). El que usted en su trabajo “Dringenden Fragen”, p. 50, haya interpretado el parágrafo 20,a en su anterior versión de forma subjetiva, no debe ser un obstáculo para que en la Exposición de Motivos se indique con claridad ahora la importancia de este requisito objetivo.

4. Para una fase posterior de nuestro trabajo preparatorio, propondría, si fuese necesario, la siguiente fundamentación en la Exposición de Motivos: En la Oficina Central del Ministerio de Justicia se han constatado algunos casos concretos en los que la expresión contenida en la versión anterior del parágrafo 20 a StGB (“delincuente habitual”) se consideraba demasiado limitada, por lo que parece necesaria sustituirla por la de “delincuente por tendencia” (*). Sería conveniente conocer algunos informes sobre este tema.

II. Los inútiles

Me parece una denominación acertada. Para una posterior valoración de otras expresiones que usted propone en su carta de 22.2, me gustaría estudiar todavía más detenidamente el art. 104 del Cp italiano, que ofrece un cierto paralelismo, aunque no agota el sector.

III. La regulación del parágrafo 42 a StGB

Teniendo en cuenta los deseos expresados en los informes médicos, me parece adecuada la siguiente regulación (ref. su carta del 22):

1. Es prioritario el criterio jurídicopenal, lo que hay que preguntar es, por tanto, si existe inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en este último caso hay que imponer una pena; pero igual que sucede con el parágrafo 20 a StGB con el transcurso del tiempo, la pena adecuada a la culpabilidad puede transformarse en una pena cautelar o de custodia (tal como la entiende DAHM, DR, 42, 22 ss.). Esto es lo que se indica por remisión al parágrafo 51, apartdo. 2 StGB (Ley de Introducción, Art. III, n.º 1).

2. En lo demás, el Tribunal debe internar al inimputable o al que tiene una imputabilidad disminuida, de acuerdo con su constitución y evolución personal, tras el cumplimiento de la pena, en un centro terapéutico o de vigilancia (policial), por tiempo indeterminado. El Fiscal general podrá, en el caso de que durante el

(*) Obsérvese que, para MEZGER, la constatación de la “tendencia” subjetiva es ya suficiente para imponer la reclusión por tiempo indeterminado. La comisión previa de un delito, o la habitualidad, no serían más que indicadores de esa tendencia, pero no requisitos imprescindibles para la aplicación de la reclusión, N. del T.

internamiento terapéutico se observen posibilidades de mejora, ordenar su paso al centro de vigilancia. También podrá solicitar que en la sentencia se imponga junto a la pena una observación médica por tiempo indeterminado, a partir de un período de tiempo mínimo que debe ser determinado.

De esta manera se adapta a las distintas formas de aparición de los casos.

Otros detalles y propuestas, se las enviaré tras las conversaciones que mantenga con el Prof. EXNER, en lo que se refiere a cuestiones psicológicas y serán valiosos puntos de apoyo para las cuestiones que usted denomina "urgentes" (*). En lo que se refiere tanto a las expresiones, como a la contraposición entre "Vigilancia" (Bewahrung) y "Custodia" (Verwahrung), personalmente las considero acertadas.

Con mis mejores saludos y deseos,

Heil Hitler

Su muy obligado

(Sigue rúbrica ilegible, una especie de M).

(*) Se refiere probablemente a un artículo de Rietzsch, recogido en: *Dringende Fragen (Cuestiones urgentes) der Sicherungsverwahrung, 1938*, p. 25.

Tercer Informe: BA 22/943, folios 448 a 450

Profesor MEZGER

MÚNICH, 10 marzo 1943

Sr. Consejero Ministerial RIETZSCH

Kaulbachstr.89

BERLÍN. Ministerio de Justicia.

Se ruega breve acuse de recibo

¡Muy respetado señor Consejero Ministerial!

Le adjuntamos nuestras consideraciones por separado, aunque ambos coincidimos plenamente en el fondo, porque así se mantiene una coherencia interna. De acuerdo con ello, le adjunto como anexo la opinión del Prof. EXNER, con una carta suya del 9 de este mes. Mi valoración global es, tras haber "aprendido algo más" sobre esto, que se trata de una base adecuada para llevar a cabo una magnánima y ambiciosa Política criminal.

Mi punto de partida es la escala de los grupos de delincuentes, que ya le envié el 3 de este mes. EXNER también está de acuerdo con él en lo fundamental (p. 5 de su escrito). Dado que se trata de una parte de un trabajo posterior, permítame que me reserve los derechos de autor y de su publicación.

El delincuente por conflicto (a), que también, aunque no sólo, comprende al llamado delincuente por situación, y que se caracteriza porque fuera del “conflicto” no está inclinado por su naturaleza al delito, y el delincuente ocasional (b), en el que su inclinación es aún menor, pero que ha sido víctima de la “ocasión”, quedan fuera de nuestra consideración (ya que no precisan de una “corrección” especial). En cuestión vienen, en cambio, los delincuentes por inclinación (c), los habituales= (aquí hay una palabra borrada a pluma por el propio Mezger, al parecer otro concepto clasificatorio que correspondería al grupo (e), y que, como después se verá, son los delincuentes por tendencia N. del T.) (d) y los profesionales (f), que se caracterizan gradualmente por una mayor “inclinación” al delito, pero que, ciertamente no en principio, pero sí en la mayoría de los casos prácticamente se corresponden con una gradual reducción de su “capacidad de corrección”. Finalmente, entiendo como delincuentes de estado (g), como se explicará expresamente, el “delincuente de estado incorregible”.*

En lo que sigue no me ocupo (a diferencia de EXNER) de la pena de muerte prevista en la Ley de 4.5.1941; la “necesidad de una expiación justa” que para ello es decisiva, queda fuera de la prevención especial de la que aquí se trata. Por lo demás, para los “incorregibles” (g) está disponible la entrega a la Policía para su custodia () a la que me referiré en el siguiente sistema preventivo especial.*

Lo más importante del Proyecto es que quiere ampliar los dispuesto en el parágrafo 20a del Código penal sobre el delincuente habitual (a) al delincuente por tendencia (d) (cfr. supra nota del traductor al Segundo Informe). Para ello considera que este tipo de delincuente por tendencia es tan grave que es indispensable para él la pena de reclusión. Ello tendrá importancia para el círculo de los delincuentes que pertenecen a este grupo. También a mí me parece la pena mínima de reclusión de cinco años demasiado elevada, ya que en los grupos anteriormente mencionados d), e) y f) se piensa en primera línea en los “capaces de corrección”; personalmente no pasaría del mínimo legal de tres años, sin perjuicio de dejar a salvo la posibilidad de que el juez pueda elevarlo en el caso concreto. De lo contrario habría el peligro de que la “pena de reclusión indeterminada” se aplicara a los condenados a la custodia de seguridad prevista en el parágrafo 42 a del Código penal (por tanto, no a todos los que proceden del parágrafo 20 a), lo que evidentemente no es lo que se pretende. Por lo que se refiera al límite máximo, éste no debería ser, en mi opinión, superior a 8 años suficiente para todas las necesidades. Pero a diferencia de lo que propone EXNER, me inclinaría por mantener la norma del modo más elástico posible y no decir nada de ello en la ley.

(*) Es decir, su internamiento en campos de concentración, directamente y sin intervención o control judicial, N. del T.

En lo demás opino lo siguiente: si ahora ya se procede con la idea preventiva especial de la educación a través de la sentencia indeterminada, no debería quedarse en lo propuesto, sino también incluir en el Proyecto al delincuente por inclinación (c). Existen paralelismos con la Ordenanza de 10 de septiembre de 1941 ("inclinaciones perjudiciales" en los menores). Pero en ningún caso debe aplicarse aquí la pena de reclusión. Un año de "mancha" no favorecería la reinserción del delincuente por inclinación, sino la inhibiría. La pena adecuada aquí es la "prisión indeterminada", que en la Ley está descrita con más detalles. Propondría un mínimo de (1) 2 años y como máximo un margen de otros tres años a partir de la pena impuesta en el caso concreto (por ejemplo, una condena a una pena de prisión indeterminada con un mínimo de 5 años, esto serían $5+3=8$ años de prisión). El Proyecto limita la pena de prisión indeterminada para los casos de imputabilidad disminuida. Esto es demasiado poco.

Por lo que se refiere a una delimitación más detallada entre "delincuentes por tendencia" (incluyendo delincuentes habituales y profesionales) y "delincuentes por inclinación", el legislador dispone de dos caminos posibles: se puede intentar definir con claridad en la ley ambos grupos, o se puede imponer junto a la pena de reclusión indeterminada la pena de prisión indeterminada para los "casos de menor importancia", dejando, por tanto, la distinción completamente en manos del juez. Este segundo camino no me parece recomendable, aunque no desconozco que también con la primera propuesta la regulación legal debe asumir una fórmula general. Una delimitación "completamente" exacta es imposible.

En relación con la formulación pretendo, como ya dije en mi escrito del 3 del corriente, frente al criterio del Proyecto una determinación de criterios objetivos (índicios) de la "tendencia" y una consideración del criterio utilizado en el pronóstico. EXNER está de acuerdo. Me parece una buena solución la combinación de las propuestas formuladas en los números 1 y 4 de la p. 3. Yo diría, por tanto:

"Si alguien por sus reiterados delitos y por su forma general de vida pone de manifiesto que tiene en su personalidad una tendencia a cometer delitos graves y se puede esperar de él que pueda seguir cometiéndolos, será condenado por el Juez a reclusión por tiempo indeterminado, en tanto no sea aplicable la pena de muerte o el sujeto sea considerado como incorregible, en cuyo caso será entregado a la Policía para su custodia (delincuentes enemigos a la comunidad) (). El Juez*

(*) Obsérvese la equiparación que hace entre la pena de muerte y la entrega del delincuente a la Policía para su custodia (internamiento en campo de concentración), N. del T.

fijará en la sentencia el tiempo mínimo de duración de esta pena, que no podrá ser inferior a diez años.

Si de los hechos punibles y de la forma general de vida se puede deducir una inclinación al delito menos acentuada y el sujeto ofrece en su personalidad una perspectiva de corrección a través de la pena, el juez lo condenará a prisión por tiempo indeterminado. En la sentencia se determinará el límite mínimo de la pena de prisión que no será inferior a dos años; el límite máximo podrá alcanzar tres años más de la pena mínima que se le impuso en el caso concreto".

De momento no me ocupo de si debe dejarse abierta la posibilidad de imponer para el caso de que la pena prevista en el apartado 2 no haya tenido éxito posteriormente otras medidas. Una revisión periódica de las mismas me parecería adecuada. Sin embargo, no lo creo indispensable para los casos del grupo g), castigados con reclusión, es decir, para el grupo de los "incorregibles" calificados como tales expresamente por el Juez. Para estos casos vendría en consideración la inmediata puesta a disposición de la Policía, para su "custodia" (con cuya calificación como "aseguramiento" o "custodia de seguridad" estaría de acuerdo). Me parece mejor la expresión "incapaz de comunidad", en la lugar de la de "asocial".

En relación con los inútiles, mantendría el criterio que ya he manifestado en mi escrito de 13.2.43, en el sentido de que habría que decir con más detalle quién es inútil. A la vista de las amplísimas consecuencias jurídicas, no me parece suficiente una descripción puramente ejemplificativa (en lugar de diferenciada) (por lo que se mantiene la nueva propuesta de su carta de 22.2.43, p. 2). En principio, coincido con la estructura de EXNER, p. 5. También a mí me parecen que expresiones como "ausencia de conciencia de la responsabilidad" y "debilidad de voluntad" van demasiado lejos en el ámbito de lo "normal"; en cambio, mantendría junto a "refracción al trabajo" y "carácter disoluto" la expresión "desconsideración". Propongo la siguiente formulación:

"Quien por su carácter refractario al trabajo, disoluto o desconsiderado, muestra una tendencia a la mendicidad, el vagabundaje, "raterías" y timos, embriaguez y conductas similares, o, por estas causas, abandona gravemente sus deberes asistenciales (inútil), será entregado a la Policía para su custodia.

En estos delitos no será aplicable una pena privativa de libertad juntamente con la entrega a la Policía para custodia; no obstante, el juez determinará en la sentencia la duración mínima de la custodia".

Es preciso mencionar que se trata de hurtos "pequeños" (de escasa consideración), etc.; lo que ya se deduce de los términos "raterías", "timos", etc. La norma

puramente formal contenida en el art. 104 del Código penal italiano no ofrece sugerencias dignas de ser tenidas en cuenta.

*Con los mejores saludos y
¡Heil Hitler!
Suyo afectísimo
(firmado E. Mezger*)*

**) Firma legible de puño y letra del propio Mezger. N. del T.*

Cuarto Informe: BA R22/943, folios 446 y 447

Múnich, 23.III.43
Kaulbachstr.89 (manuscrito)

¡Muy respetado Sr. Consejero Ministerial!

Gracias por su carta del 15 del corriente. Tras mi tarjeta provisional del 17, desearía ahora referirme a ella más pormenorizadamente.

Es correcto que los presupuestos psicológicos del parágrafo 20 a StGB (que tiene a la vista ante todo la sentencia del RGSt 68.154/35), caractericen en lo esencial también al “delincuente por tendencia” (1). Pero no debe olvidarse que los apartados 1 y 2 del parágrafo 20 a StGB, junto a ellos, requieren también a través del requisito de acciones que concurran realmente una “totalidad”, con la que se caracteriza al delincuente en la mayoría de los casos como “delincuente habitual” (e). Aunque la reciente Jurisprudencia ha hecho el notable esfuerzo de renunciar al concurso real (cfr. RG de 12.6.1942 en DR 42, p. 59), no hay duda de que la ley lo sigue exigiendo expresamente. Creo, por tanto, estar legitimado para poder hablar por lo menos de una parcial “anticipación” de 0 a 1, en la medida en que el Proyecto va a renunciar expresamente al requisito de que los delitos estén en concurso real.

Considero que esta renuncia, no obstante, es necesaria para que en el futuro no haya ninguna duda en la comprensión de lo que es un “delincuente por tendencia” (1) en todo sus términos. Pero tanto antes, como ahora, me parece preferible darle a este tipo de criminal “por tendencia” un síntoma objetivo; la “forma de conducción de vida” me parece demasiada vaga. Confieso que la expresión “hechos punibles”, en la medida en que todavía poseemos el formalismo de “varios hechos independientes” (Parágrafo 74 StGB), puede provocar confusiones con los requisitos necesarios para el concurso real. Desearía proponer, por

tanto, la expresión “manifestación criminal reiterada”; con ello se asegura que también puedan incluirse varios actos de una acción continuada.

Por las razones ya dichas, me parece además deseable que con ello se adelante la “línea de defensa” ahora con motivo del Proyecto a los “delincuentes por tendencia” (e). En lo que se refiere al término lingüístico, parece que estamos de acuerdo en que no nos gustan mucho los de “antisociales” y “asociales”. Como ya preveía en mi carta del 10 de marzo, en el apartado 1 hay que poner el acento en que se trata de “delincuentes enemigos de la sociedad”. Mientras que en el apartado 2, donde no se repite esta palabra, bastaría la expresión “delincuentes por inclinación” que tiene un significado menos contundente. En relación con este grupo (al que me refiero en el apartado 2 de mi propuesta), pienso menos en determinadas categorías de delincuentes que de un modo general en aquellos criminales que ante todo “son arrastrados”, caen en malas compañías, y cometan aquí y allí delitos; es decir, están en peligro, menos como consecuencia de una constitución defectuosa que como consecuencia de un hábito, de desarrollar en sí una “tendencia”. La pena de reclusión sería aquí inadecuada, y convertiría a estos tipos en auténticos “criminales”. La prisión, podría, en cambio, servirles de advertencia más eficaz y suave. También estaría dispuesto a aceptar que junto a los “delincuentes por tendencia”, que son los que están abocados a cometer delitos graves, y los “inútiles”, que pueden realizar delitos menores, exista todavía una cuarta categoría. Su “peligrosidad” puede ser todavía controlada con un tratamiento correcto; pero estas otras personas son algo más que “molestan”. Para mí lo esencial es: que en virtud de su constitución todavía pueden ser miembros idóneos de la comunidad, pero que por su actitud desconsiderada (corregible), despreocupación, etc., están en camino de convertirse en “peligrosos”. Me parece, por tanto, que, sin decirlo expresamente, tales sujetos, que de forma desconsiderada e inconsciente molestan a otros (nuestras categorías de Sommering?), pueden todavía ser resocializados en la praxis judicial con la imposición de las obligaciones que solicite el Fiscal.

Ya he dicho antes que para mí es preferible la referencia a actos singulares en lugar de a acciones independientes (Parágrafos 74 StGB). Tampoco tendría inconveniente en considerar también en la aplicación de la Ley, en tanto existan puntos de referencia aprensibles, “otros delitos que estén en el trasfondo” (aunque no estén incluidos formalmente en el tipo, como, por ejemplo los actos preparatorios). En mi opinión la expresión “reiterada manifestación de carácter penal” (que sustituiría a mi propuesta del 10 de marzo de 1943 de “reiterados delitos”), excluiría las reglas del concurso real. También estaría de acuerdo, por razones estéticas, en añadir “para lo que no es necesario que se trate de acciones independientes”. Igualmente añadiría que “en casos excepcionales” podría ser suficiente con una única manifestación, cuando sea especialmente grave o espe-

cialmente concluyente (como manifestación de defecto constitucional congénito). Me parece objetable, en cambio, referirse sólo a la "forma de conducción de vida"; dicha formulación provocaría, en mi opinión, una praxis judicial descuidada.

Ya discutiré con el colega EXNER otros puntos de Proyecto alternativo de la Policía, y si fuera preciso volveré a ocuparme de él.

Con mis mejores saludos y recomendaciones y un

Heil Hitler

Quedo suyo afectísimo

(Firma ilegible, una especie de M, N. del T.)

Quinto Informe: BA R22/943, folios 444 y 445

20 mayo 1943

xxxx 19/0

Al Señor Consejero Ministerial Rietzsch

Ministerio de Justicia

Berlín v 6

Wilhelmstr.65

¡Muy respetado Señor Consejero Ministerial!

En relación con su escrito de 12 del corriente, al que ya contesté con una tarjeta provisional del 17, que probablemente habrá recibido entretanto, me permito remitirle las siguientes propuestas sobre el Proyecto de Ley que me ha enviado:

Parágrafo 1

Los números 2 a y 2 b deben numerarse como 2 y 3: Aunque esto parezca una obviedad, es, sin embargo, necesario para destacar clara e inequívocamente las particularidades de las competencias y del tratamiento objetivo de lo que se dice en el apartado 2 b.

Nr. 2 a (sobre esto se hará si fuera necesario una propuesta).

Nr. 2 b, que sería el Nr. 3 con el siguiente texto: Quien por su carácter refractario al trabajo o despreocupación muestre una tendencia etc. Debe suprimirse la frase: " o por falta de sentido común", porque echa a perder la peculiaridad de ese grupo añadiéndolo un elemento que va demasiado lejos y que realmente no es aquí pertinente. Considero que el andar de un lugar a otro, "sin trabajo fijo" es una acción punible, pues sólo este tipo de acciones son las que pueden

caracterizar al grupo de los “inútiles”, fundamentando así de entrada (salvo lo dispuesto en el parágrafo 6, apartado 5) la competencia de los Tribunales.

Parágrafo 6

En el apartado 1 diría: “*a delitos graves (Verbrechen) o a delitos menos graves relevantes*” (*ernste Vergehen*): el exhibicionismo es uno de estos delitos menos graves “relevantes” y no queda, por tanto, excluido. No me parece, en cambio, que haya razón suficiente para imponer una pena de prisión de un año como mínimo en otros delitos menos graves de “escasa consideración”, salvo que sean cometidos por refracción al trabajo etc., por un inútil. En estos casos será aplicable la pena general prevista legalmente; de no ser así, estas personas quedarían en peor situación que los inútiles.

Página 2 (?)

El apartado 3 puede quedarse tal como está, aunque no esté comprendido en el apartado 1. Constituye un complemento a los anteriores apartados.

Parágrafo 8

Apartado 2. En principio estoy de acuerdo con la ampliación a los parágrafos 175, y 175 a StGB; aunque me parece que va demasiado lejos la referencia sin límites que se hace el parágrafo 175 StGB (se refiere a la castración de los homosexuales, N. del T.). También precisan de una limitación los delitos menos graves citados al final del apartado. Propongo, por tanto, que el apartado 2, párrafo 2 diga lo siguiente: “Si se aplica la medida (la de castración, N. del T.) en relación con el parágrafo 175 o el 175 a StGB (realización de acciones homosexuales, N. del T.), el autor debe haber cumplido ya antes de haber cometido estos hechos una pena de prisión de seis meses como mínimo. También se aplicará esta medida (la de castración, N. del T.) cuando el delito en cuestión sea un delito menos grave de lesiones, malos tratos de animales o de acción deshonesta realizada en público, castigado con una pena de prisión de más de seis meses, o cuando el autor haya ya sido condenado anteriormente por el mismo tipo de acciones a una pena de prisión”.

Apartado 3: Estoy totalmente de acuerdo con la ampliación de las medidas de seguridad a los inimputables. También debe procederse a realizar una limitación análoga en los casos citados en el apartado 2, párrafo 2, cuando se realicen en estado de trastorno mental transitorio provocado por abuso de alcohol o estupefacientes. Propongo lo siguiente: “Esta medida (castración, N. del T.) sólo es aplicable en los casos del apartado 2, párrafo 2, cuando, por aplicación del parágrafo 330 a StGB (delito de embriaguez buscada de propósito) hayan sido impuestas las penas allí mencionadas o, caso de que así sea necesario, se hayan cumplido, o cuando el autor haya cometido los hechos en estados de embriaguez diferentes e independientes”.

*Con mis mejores saludos y
Heil Hitler,
Suyo afectísimo
Prof. Dr. (firma ilegible, una especie de M, N. del T.)*

Carta al Dirigente Ministerial Grau sobre clasificación de los delincuentes: BA R22/944, folio 228

Dr. Edmund Mezger Múnich, 25.3.44
Profesor de Derecho Kaulbachstr.89

Tarjeta postal

Sr. Dirigente Ministerial Grau
Ministerio de Justicia
(!) Berlín
Wilhelmstrasse 65

¡Muy respetado Sr. Dirigente Ministerial!

En la cuestión que hemos comentado sobre la “Clasificación de los delincuentes” me he decidido claramente por la siguiente estructura:

- I. Delincuentes por situación
 - 1. Por conflicto
 - 2. Por situación
 - 3. Por oportunidad
- II. Delincuentes por carácter
 - 4. Por dependencia
 - 5. Por tendencia
 - 6. Por estado

(Sigue la Fundamentación del Proyecto, que no he podido comprobar si fue redactada personalmente por Mezger, aunque sean muchos los autores, sobre todo americanos, que a partir de la publicación conjunta e esta carta con el texto de la Fundamentación en el libro de Frei, Der Führerstaat, p. 250, lo dan por hecho N. del T.)

IV. PROGRAMA DEL CURSO DE FORMACIÓN CONTINUADA SOBRE LA LEY DE EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD PARA ALTOS CARGOS Y DIRIGENTES NAZIS, DIRIGIDO POR MEZGER*

Como se ha dicho, en el Archivo Federal R22/944 se encuentran varios programas de Cursos de Introducción sobre la Ley de Extraños a la Comunidad, de cuya dirección y conferencias inaugurales se encargaba MEZGER. He aquí el que estaba previsto que se celebrara del 31 de julio al 6 de agosto de 1944, y que por los sucesos del 20 de julio de 1944 (Intento de Golpe de Estado contra Hitler) no se llegó a dar:

BA R 22/944, folios 263 y 263 bis:

Programa para un Curso de Formación continuada sobre la Ley de Extraños a la Comunidad

Lunes, 31.7.1944

Mañana: Conferencia inaugural del Director del Curso: Prof. Mezger: La Ley de Extraños a la Comunidad a la luz de la Biología criminal, Tipos de delincuentes por tendencia y por inclinación (2 horas)

Tarde: Prof. Neureiter, Diagnóstico y Pronóstico de los delincuentes por tendencia y por inclinación (2 horas)

Martes, 1.8.1944

Mañana: Dir. Dr. Ritter: Grupos de asociales (2 horas)

Tarde: Discusión

Miércoles, 2.8.1944

Mañana: Dir. Min. Grau: Las nuevas ideas jurídicas en la Ley de Extraños a la Comunidad y sus repercusiones en la Parte General del Código penal (2 horas)

Discusión

Tarde: Cons. Min. Mielke: Las repercusiones de la Ley de Extraños a la Comunidad en la Parte Especial del Código penal (1 hora)

Jueves, 3.8.1944

Mañana: Conferencia política

Portaestandarte de la SS, Jefe Superior de Policía Werner: La misión de la Policía en el marco de la Ley de Extraños a la Comunidad: Colaboración entre Policía y Poder Judicial (1 hora)

* Una fotocopia del texto original alemán se recoge como Apéndice en el Capítulo V.

Tarde: Cons. de la Dirección Superior del Partido Nazi Dr. Kümmerlein: La Ley de Extraños a la Comunidad en relación con menores y jóvenes

Discusión

Viernes, 4.8.1944

Mañana: Con. Min. Dr. Altstötter: Las consecuencias civiles de la Ley de Extraños a la Comunidad (1 hora)

Cons. Tribunal Superior Meinhoff: La esterilización de los Extraños a la Comunidad

Tarde: Cons. Min. Dr. Stolzenburg: Las repercusiones de la Ley de Extraños a la Comunidad en el Derecho procesal (1 hora)

Discusión

Sábado, 5.8.1944

Mañana: Fiscal Heinke: Otras repercusiones en el Código penal, especialmente las derivadas de la asunción del antiguo Código penal de Austria

Tarde: Discusión

Domingo, 6.8.1944

Mañana: Representante de la Sección V: La ejecución de las penas de reclusión y prisión indeterminadas (1 hora)

Discusión

Primera Cena de Camaradería: Jueves, 3.8.1944

Segunda Cena de Camaradería: Domingo, 6.8.1944

CAPÍTULO IV

EL PROGRAMA:

**LA ESTERILIZACIÓN DE LOS
ASOCIALES EN EL
NACIONALSOCIALISMO:
*¿Un paso para la “solución final
de la cuestión social”?***

El presente capítulo ha sido publicado como Estudio Preliminar a la traducción española al artículo de Mezger, que se incluye en el Apéndice Documental, en Revista Penal 10, 2002, pp. 3 ss. También ha sido publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología: criminet.ugr.es/recpc.

I. BIOLOGÍA CRIMINAL Y EUGENESIA

Aunque la llamada “Biología criminal” no fue descubierta por los criminólogos nazis, no cabe duda de que fue en esa época (1933-1945) y durante ese régimen donde más uso se hizo de ella, no sólo en la práctica, sino también entre los teóricos, para fundamentar, primero, una política criminal eugenésica racista y legitimar el exterminio de los “Minderwertige”, que era como se llamaba a las personas, que según los postulados ideológicos nazis, tenían “menor valor” porque pertenecían a grupos raciales distintos a los de la raza aria (“*artfremd*”; judíos, gitanos). Pero también dentro de la propia raza aria (“*deutschblütig*”) se incluyeron personas “desprovistas de valor vital” (“*lebensunwert*”), en el sentido que ya lo habían definido BINDING y HOCHE en los años 20, es decir, estar aquejados de enfermedades mentales graves, o en situación terminal. Y finalmente los “extraños a la comunidad” (“*gemeinschaftsfremde*”), es decir, “asociales” en general, que se apartaban de los valores y principios que regían la “comunidad del pueblo” (“*Volksgemeinschaft*”), tanto porque cometían hechos delictivos, “criminales”, como porque sin llegar a todavía a ello se comportaban de forma contraria a esos principios y llevaban una vida disoluta, de vagabundaje, mendicidad, o simplemente refractaria al trabajo.

El punto de unión entre todas estas personas era, al menos como postulado “científico” o más bien ideológico, sobre todo biológico; la finalidad de eliminarlas era, por tanto, principalmente racista: conseguir una raza aria pura y sin mezcla de elementos que pudieran corromperla, bien porque provenieran de otras razas llamadas “inferiores”, bien porque perteneciendo a la misma raza aria portaran patologías que, además de una carga social, fueran transmisibles hereditariamente¹.

¹ Sobre la esterilización forzosa como medio de “higiene social” en el nacionalsocialismo, la bibliografía es extensísima, una amplia relación

de la misma se puede encontrar en Internet, bajo las respectivas voces de Eutanasia, esterilización, nacionalsocialismo, etc. El libro clásico sobre este tema es el de Gisela BOCK, *Zwangsterilisation im Nationalsozialismus*, 1986. Una buena información al respecto ofrecen PROCTOR, *Racial Hygiene, Medicine under the Nazis*, Cambridge 1988; KLEE, *Euthanasie im NS-Staat. Die Vernichtung lebensunwertes Lebens*, Frankfurt am Main 1985; BURLEIGH/ WIPPERMANN, *The Racial State: Germany 1933-45*, Cambridge 1991. La idea tuvo escaso eco en España; cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada 1999, pp. 220 ss.; y sobre todo, ÁLVAREZ PELÁEZ, *Determinismo biológico, eugenésia y alteración mental*, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 1997, pp. 425 ss., quien señala que “las posiciones más radicales, en cuanto a la esterilización, surgieron de entre los abogados y juristas, aunque en ningún caso fueron de forma mayoritaria, ni tuvieron influencia en la legislación”; cfr. también del mismo autor, *Prólogo a la traducción española de la obra de Francis GALTON, Herencia y eugenésia*, Madrid 1988; y *Eugenésia y fascismo*, en HUERTAS/ ORTIZ, *Ciencia y fascismo*, Aranjuez 1998, pp. 77 ss. Una buena visión de conjunto de los distintos aspectos de la eugenésia, se ofrece en “*La eugenésia hoy*”, Romeo Casabona (edit.), Bilbao-Granada 1999, con aportaciones de varios autores que estudian el tema desde diversas perspectivas.

Naturalmente, nada de esto tiene que ver con la esterilización voluntaria que, por razones ideológicas muy diferentes, ha estado prohibida hasta hace poco tiempo en muchos países (cfr. ahora, sin embargo, art. 156,1 del Código penal español de 1995). Problemática sigue siendo, sin embargo, la esterilización de deficientes mentales, aunque se le rodee de especiales garantías jurídicas y se tome “como criterio rector el del mayor interés del incapaz” (véase art. 156,2 del citado cuerpo legal; y MUÑOZ CONDE, *La esterilización de los deficientes psíquicos*. La sentencia del TC, que se comenta en este artículo, decidió por mayoría que la esterilización de los deficientes mentales introducida en el anterior Código penal por la reforma de 1989 era conforme a la Constitución. Sobre la situación anterior a esta reforma, véase SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, Barcelona 1988).

Sobre la esterilización de los asociales, véase *infra* lo dicho en el texto y las notas correspondientes, con ulterior bibliografía.

Esta idea dio lugar en el ámbito de la Criminología a una fuerte expansión de la llamada “Biología criminal”, que siguiendo la tesis lombrosiana del “criminal nato”, consideraba la criminalidad y la asocialidad en general como una especie de enfermedad hereditaria que se transmitía de generación en generación y que llegaba a constituir verdaderas “familias de asociales” con tendencia a multiplicarse frente a las “familias normales” amenazando la existencia de éstas y de la misma “Volksgemeinschaft”². Por todas partes, incluso en las escuelas, se exponían gráficos e imágenes, en las que se exemplificaban con cuadros comparativos la creciente amenaza que suponía el aumento de las “familias de asociales” frente a la continua disminución de las “familias alemanas normales”, o se comparaban el “enorme” gasto social en ayudas a las “personas de menor valor”

² Cfr. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 1876 (5.^a ed., 1897). De ésta y otras obras de LOMBROSO se hicieron traducciones al alemán, y tuvieron un fuerte impacto no sólo en los médicos y criminólogos de la época, sino también en juristas como VON LISZT. No deja de ser, paradójico, sin embargo, que en la bibliografía criminológica nacionalsocialista apenas fuera citado, lo que se explica porque LOMBROSO era de origen judío y obviamente eso impedía que sus teorías, que de todos modos eran acogidas y aplicadas de forma racista, fueran citadas como suyas. Sobre la expansión y desarrollo de la “Biología criminal” durante el Nacionalsocialismo, véase SIMON, *Kriminalbiologie -theoretische Konzepte und praktische Durchführung eines Ansatzes zur Erfassung von Kriminalität*, en *Juristische Zeitgeschichte, Nordrhein-Westfalen* Band 6: *Kriminalbiologie*, 1997, pp. 69 ss., especialmente sobre la esterilización forzosa pp. 95 ss. En este libro colectivo se encuentran además trabajos sobre el mismo tema de SCHWARTZ; ROTHMALER; BESDIES; SPARING y STRENG). Sobre LOMBROSO y la orientación médico-biológica de la Criminología, véase HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología*, pp. 45 ss.

frente al que se hacía en otras actividades más útiles y beneficiosas para el pueblo como escuelas, carreteras, etc.³.

La solución para prevenir esta amenaza no podía ser, por tanto, otra que una biológica, procurando mediante la aplicación de medidas esterilizadoras evitar la procreación y reproducción de estas personas, a las que además se internaba en casas de trabajo y campos de concentración, para aprovechar allí su fuerza de trabajo y provocar finalmente su exterminio (*“Vernichtung durch Arbeit”*).

Sin embargo, aunque ya en los orígenes del nacionalsocialismo⁴, e incluso antes entre otros muchos círculos políticos y científicos no solamente alemanes, estaban más o menos globalmente formuladas tesis similares a las que después se desarrollaron y aplicaron durante este régimen político, fue en este régimen, donde por razones evidentes consustanciales a sus planteamientos ideológicos racistas encontraron el terreno abonado para su expansión y aplicación sin límites. De todos modos, la política de exterminio de los “*Artfremde*” (judíos, gitanos Sinti y Roma), “*Lebensunwertige*” (enfermos mentales, enfermos terminales), “*Fremdvölkische*” (polacos, pueblos eslavos) y “*Gemeinschaftsfremde*” (asociales), fue llevándose paso a paso, a medida que iban avanzando y calando en la población alemana

³ Algunos de estos cuadros y gráficos pueden verse en SCHERER, “Asozial” im Dritten Reich, Die vergessenen Verfolgten, 1990, pp. 25 y 44; BURLEIGH/ WIPPERMANN, The Racial State, Germany 1933-45, Cambridge 1991, p. 171.

⁴ Así, por ejemplo, Hitler, en su libro emblemático, *Mein Kampf*, habla repetidas veces de que la meta final era la purificación de la raza aria y la eliminación de los “subhumanos” (“Untermenschen”). Sobre los antecedentes del racismo que a partir de las teorías del francés Gobineau fue extendiéndose por toda Europa en el siglo XIX, véase BORJA JIMÉNEZ, Violencia.

las tesis nacionalsocialistas, y el propio régimen iba consiguiendo el éxito político y económico, ante el asombro y el miedo de otras potencias, como Francia e Inglaterra. Fue entonces cuando, afianzado con seguridad en el poder, empezó a mostrar con claridad y sin tapujos sus verdaderas intenciones expansionistas territoriales y su afán por conseguir una raza alemana aria pura.

Desde 1933 a 1945 se fueron sucediendo, pues, diversas etapas, significando cada una de ellas un paso adelante en la realización de una idea de plenitud racial y de dominio de la raza aria y del pueblo alemán en todo el mundo. Así, por ejemplo, a la primera Ley de depuración de la función pública de abril de 1933, por la que se separaban de la misma a los funcionarios, catedráticos, profesores, jueces, etc., que no eran de raza aria, y a la Ley para la prevención de enfermedades hereditarias del mismo año, siguieron en 1935 las famosas Leyes de Nuremberg que implicaban ya jurídicamente la exclusión y la incapacitación de los judíos para realizar contratos, contraer matrimonio o incluso tener relaciones sexuales con personas de raza aria lo que constituía un delito de “ultraje a la raza” (*“Rassenschande”*), castigado con graves penas. En 1939 empezó a aplicarse el Decreto emanado directamente de Hitler para el exterminio de enfermos mentales y terminales en los manicomios y centros hospitalarios; y ya en plena Guerra Mundial, el Derecho penal creado especialmente para Polonia, y la elaboración del Proyecto de Ley de tratamiento de los “extraños a la comunidad” con el que se pretendía dar fin a la llamada “cuestión social” a través también de medidas de exterminio físico y de la esterilización de los asociales.

De todas estas fases y disposiciones jurídicas, quizás la menos conocida sea la última, no sólo porque se produjo ya en plena guerra y el Proyecto que le servía de base ni siquiera llegó a entrar en vigor, sino porque los “asociales” constituyen en todo el mundo una parte de la población de escaso interés político,

que, como demuestra también el hecho de que fueran excluidos después de la guerra de las medidas de indemnización que se concedieron a los otros grupos que fueron objeto de la política de exterminio, carecían de capacidad reivindicativa y tenían poco o ningún apoyo popular. Los asociales en sentido lato, es decir, los mendigos, los vagabundos, las prostitutas, los drogadictos, etc., son también hoy en día en las sociedades modernas considerados como sujetos molestos, perjudiciales, incómodos para una convivencia pacífica y bien organizada, cuando no directamente delincuentes que deben ser tratados como tales, y a veces sin muchos miramientos, para preservar el orden y la seguridad de las clases acomodadas. En el nacionalsocialismo esta actitud de rechazo hacia estos grupos asociales, que habían aumentado en Alemania tras su derrota en la Primera Guerra Mundial y como consecuencia de la crisis social y económica que hubo durante el período de la República de Weimar (1918/1933), se llevó, sin embargo, hasta sus últimas consecuencias. Se pretendió resolver por la vía expeditiva primero de carácter policial y luego de internamiento y exterminio en los campos de concentración, lo que tradicionalmente se había venido entendiendo como un problema de beneficencia y ayuda social. Pero indudablemente para ello tuvieron que contar con el apoyo o por lo menos con una actitud tácita de aprobación de las clases acomodadas y, por supuesto, de la alta burguesía, que procuraba mirar a otro lado o por lo menos no se preocupaba o se mostraba indiferente respecto al destino que pudiera dárseles a los grupos de asociales que directamente a través de *razzias* policiales eran detenidos en masa en plena calle y llevados a campos de concentración de donde generalmente no volvían a salir. Una actitud que ya en 1928 describe, gráficamente, B. Brecht, al comienzo de una de sus más populares obras: "Die Dreigroschen Oper", a la que le puso música el compositor Kurt Weil:

"Así sucede, por ejemplo, cuando alguien ve a un mutilado pidiendo en una esquina: la primera vez está dispuesto a darle diez peniques, la

segunda vez sólo le dará cinco, y si lo vuelve a ver una tercera lo denunciará con toda frialdad a la policía”.

Probablemente, el buen burgués alemán de los años treinta no sabía exactamente lo que la Policía hacía después con dichos sujetos, y quizás se hubiera impresionado mucho al saber el trágico destino que en manos de esa Policía (la Gestapo, la SS o la Policía criminal) le esperaba en aquella época al mendigo cuya vista en una esquina o a la puerta de una iglesia tanto le molestaba, pero ello no fue óbice para que, por activa o por pasiva, pero en todo caso, progresiva y crecientemente, se procediera a su eliminación, y para que muchos científicos y criminólogos muy afines a la ideología nazi y muy influyentes en aquel momento en la sociedad alemana (influencia que muchos siguieron teniendo también después de la guerra), empezaran a elaborar una serie de teorías y planes que legitimaban científicamente y permitían jurídicamente lo que ya de hecho venía probablemente practicando la Policía desde hacía algunos años. Ni que decir tiene que Brecht y Weil abandonaron Alemania, apenas Hitler llegó al poder y que su “Dreigroschenoper” fue prohibida y los ejemplares y partituras de la misma arrojados a la hoguera en quemas masivas públicas de “obras subversivas” llevadas a cabo por las Juventudes Nazis ya en mayo de 1933.

II. LA LEY PARA LA PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES HEREDITARIAS

Punto de partida y referencia obligada para esta práctica esterilizadora de los asociales, como un primer paso para su eliminación física, fue la Ley de prevención de descendencia patológica hereditaria (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), de 14 de julio de 1933, que según su disposición

final entró en vigor el 1 de enero de 1934. Conforme al art. 1 de esta Ley, podía ser esterilizado quien padeciera una enfermedad hereditaria que, conforme a la experiencia de la Ciencia médica, era muy probable pudiera trasmitir a sus descendientes. En el apartado 2 de este art. 1 se consideraban como tales enfermedades hereditarias: el retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular (maníaco-depresiva), la epilepsia grave, el corea de Huntington (Mal de San Vito), la ceguera grave, la sordera grave, y padecer una grave deformidad corporal. Según el apartado 3, también podía ser esterilizado quien padeciera de alcoholismo grave. La solicitud para la esterilización podía venir del propio afectado, pero en caso de que éste fuera incapaz o menor, de su representante legal (art. 2). También podían solicitarla un funcionario médico, o el Director de un centro hospitalario, asilo o establecimiento penitenciario (art. 3). La esterilización se decidía finalmente por un Tribunal de Salud Hereditaria (*Erbgesundheitsgericht*) que se creaba por dicha Ley, adscrito al Juzgado de Primera Instancia (*Amtsgericht*) de cada circunscripción judicial, y se llevaba a cabo por personal especializado, conforme a los procedimientos médicos conocidos (en principio, quirúrgicos, extirpación de ovarios en mujeres, de conductos seminales en hombre; luego, por rayos X, o con tratamientos medicamentosos)⁵.

Como se ve, esta ley no permitía directamente su aplicación a los asociales como tales, salvo que se diera en ellos algunos de los supuestos de enfermedad hereditaria. No obstante, como seguidamente veremos, la propia ambigüedad de algunos de estos supuestos (retraso mental congénito, alcoholismo grave) y

⁵ Sobre la forma en que se llevaban a cabo estas esterilizaciones, véase *Medizin ohne Menschlichkeit*, editado por Mitscherlich y Mielke, 1997, pp. 507 ss.

la creciente presión de destacados dirigentes de la Gestapo y la SS, así como de algunos prominentes científicos y criminólogos del “establishment” académico, pronto hicieron que se planteara esta posibilidad, bien dentro de la propia Ley o incluso más allá de ella, a través de una aplicación analógica de la misma “conforme al sano sentimiento del pueblo”, o simplemente sin cobertura legal alguna. Es por ello lógico pensar que en la práctica pronto se recurriera a aplicar las medidas de esterilización previstas en la Ley de 1933 también a los asociales, aunque fuera con la cobertura más o menos hipócrita de los supuestos previstos en dicha Ley.

III. EL ARTÍCULO DE EDMUND MEZGER SOBRE LA ESTERILIZACIÓN DE ASOCIALES

Una muestra muy representativa y clara de este proceder se encuentra en un trabajo que presentó Edmund MEZGER en un Congreso de la Sociedad de Biología criminal que se celebró en Múnich en octubre de 1937, en el que entre una muestra de casi 6.000 sentencias que le suministran para su estudio las autoridades competentes, se analizan 301 decisiones de esterilización de internos de centros penitenciarios, acordadas por los Tribunales de Salud Hereditaria del Estado de Baviera a petición de los Directores de los Centros penitenciarios de aquel Estado⁶.

⁶ Cfr. MEZGER; Inwieweit werden Asozialen durch Sterilisierungsmassnahmen erfasst?, en Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft, editado por encargo de la Presidencia por el Instituto Criminológico de la Universidad de Graz, Graz 1938, tomo V, que recoge las ponencias presentadas en la Sesión de Trabajo celebrada en Múnich del 5 al 7 de octubre de 1937, páginas 81 a 97 (véase *infra* en Apéndice Documental la traducción española). Ya en un trabajo poco

Del trabajo de MEZGER se deduce que el supuesto principal en el que se basaban estas decisiones, que tuvieron que producirse entre el 1 de enero de 1934 hasta mediados de 1937, que es la fecha en que se hace el estudio, era el “retraso mental congénito” (232=77,08 %), seguido del alcoholismo grave (53=17,61 %), y de otras enfermedades hereditarias (16=5,1 %).

Veamos ahora a modo de ejemplo algunos de los casos referidos por MEZGER en este trabajo, en los que se decidió imponer una medida esterilizadora y las razones alegadas para ello:

a) Esterilizaciones por retraso mental congénito:

Augsburg (2): Mujer de carpintero, de 1932 a 1934 fue 6 veces condenada por estafa y hurto. Fue a la escuela auxiliar; tanto ella como su hermano tuvieron problemas escolares; un hermano de su madre intentó suicidarse. El retraso mental intelectual claramente apreciable, le afecta además de forma especialmente fuerte en la esfera de los sentimientos y de la voluntad. Inconstante, de voluntad débil, poca resistencia a sus instintos (cif. 8). Mujer de pintor, plurireincidente. Junto a un moderado defecto intelectual muestra una personalidad profun-

conocido de 1934, Mezger había avanzado algunas de estas tesis; cfr. MEZGER, Der Asoziale im nationalsozialistischen Staat, en 50. Jahrbuch der Gefängnisgesellschaft für die Provinz Sachsen und Ahnlat, 1934, pp. 39 ss. También interesante al respecto es el libro conjunto de GRISPIGNI/ MEZGER, Il diritto penale nazionalsocialista, Milán 1942, en el que el penalista italiano polemiza con Mezger sobre la naturaleza de sanciones como la esterilización de los asociales y la castración de los delincuentes sexuales peligrosos, sin que Mezger responda directamente a estas cuestiones, como si le diera vergüenza hacer sobre ellas un debate científico (véase mi recensión a este libro, en Revista Penal 12, 2003.

damente alterada en el plano moral y deteriorada. La madre también era retrasada mental (cif. 13).

Bayreuth (3): Trabajador auxiliar, soltero, nacido en 1902. Mal rendimiento escolar. Tras la guerra se convirtió en un ladrón profesional y fue condenado a 8 meses de prisión por receptación. 1924-1930 en Brasil; se llama a sí mismo el “rey de los aventureros”; para darse importancia se autoinculpa de un robo con homicidio, en el que no tuvo la menor participación. En 1933 en el transcurso de una riña, en la que también participaba su amante, mató a un agricultor y fue condenado a 5 años de prisión por homicidio, apreciándose como circunstancia atenuante su retraso mental. Test de inteligencia con lagunas, aunque sus conocimientos no son demasiado bajos; pero lo que se destaca en la decisión de esterilización es en esencia que durante toda su vida ha mostrado graves carencias de capacidad de juicio moral. Varios hermanos son degenerados mentales (cif. 5). Trabajador agrícola. Asocial, psicopatía endógena, voluntad débil, personalidad histérica vinculada a un retraso mental de grado menor: “La misma experiencia vital le demostraba su propia debilidad de juicio” (cif. 36). Sastre, casado, tiene un desarrollo mental suficiente para manejarse en la vida, pero su débil voluntad y su actitud de indiferencia le deparan siempre conflictos, su conducta refleja debilidad de carácter y limitaciones mentales (cif. 37).

Rosenheim (12): Se trata preponderantemente de casos evidentes de retraso mental en el aspecto intelectual (n.^º 22, 53, 15, 92, 188, 115, 207, 175, 95). A destacar: Trabajador auxiliar, juventud normal, rendimiento escolar relativamente bueno, aunque con escasa capacidad para operaciones de cálculo aritmético. Trabajo en la agricultura, 53 condenas previas, sobre todo por mendicidad y vagabundaje. Actualmente cumple condena de 9 meses de prisión por hurto; bajo desarrollo mental. Se le esteriliza por retraso mental (n.^º 209). Retraso mental débil, pero anormalidad sexual, exhibicionismo, 4 condenas previas

por delitos contra la honestidad, hay también otras condenas, voluntad débil, impulsivo, hermana con retraso mental, hermanos con ataques epilépticos (n.º 173). Trabajador agrícola, bebe mucho. 20 condenas previas, principalmente por estafa, parece un estafador de altos vuelos, fáciles relaciones con mujeres, mentalmente degenerado, inconstante, voluntad débil, fracaso en aritmética, etc. (n.º 81).

b) *Esterilizaciones basadas en alcoholismo grave (40):*

Amberg (12): Comerciante, casado, nacido en 1891, en campo de concentración, alcohólico nato y crónico, con malas experiencias y condenas judiciales, ni la policía consigue apartarlo de la bebida, abandona la familia (n.º 99). Con antecedentes familiares, padre bebedor, desde los 16 años consume 10 litros de cerveza diarios, tras la Guerra incluso 15 litros, cuando está embriagado se comporta de forma brutal y violenta (n.º 61). Electricista, completamente entregado al alcohol, realiza acciones punibles, abandona a la familia, dos hijos con retraso mental (n.º 24). Taras relevantes, voluntad débil, bajo nivel social, cuando está embriagado muestra actitudes violentas y realiza otros actos delictivos, de nada sirven las admoniciones; estos síntomas se dan también en otros casos (n.º 63, 64, 138, 130, 141, 52, 68). En dos casos hay incesto con la propia hija (n.º 128, 2 años de presidio; n.º 145).

Rosenheim (4): En poco tiempo se ha bebido la herencia de su madre; de vez en cuando pasa 8 y 10 días por bares en estado de embriaguez; ha sido condenado 10 veces por mendicidad, por resistencia a la autoridad y otros delitos a 5 meses de prisión; psicópata paranoide; padre bebedor, de igual pronóstico (n.º 44). Electricista, casado, hijo de constructor; algunas épocas del año no bebe, pero después "completamente liquidado". El dinero para la bebida lo consigue mendigando y realizando pequeñas

estafas y hurtos (n.º 198). Cuidador de caballos, soltero; su padre era un hombre trabajador, no hay ninguna queja de sus hermanos, pero él sí es conocido como bebedor habitual; ha robado a su padre y ha sido condenado ya 6 veces (n.º 271). Mecánico; hace años que bebe, jugador empedernido, no tiene un trabajo regular, aspecto externo característico de bebedor, voz ronca, temblores, 6 condenas por estafa en 20 casos, 1 año y medio de prisión (n.º 454).

c) *Otras enfermedades hereditarias:*

Deformidad corporal grave (art. 1, apartado 2, n.º 8, de la Ley) (8): Esterilización por parálisis muscular, doble distrofia muscular (nacido en 1898, la padece desde 1922), un hermano (nacido en 1895) padece el mismo mal (desde 1911), otro hermano padece una deformidad de hombros, el hijo tiene la cabeza inclinada a un lado, entre otros síntomas en la familia hay escrofulosis, deformidades, idiocia, alcoholismo (Bamberg, cif. 3). Esterilización por deformidad, muestra desde la juventud retraso mental, degeneración, asocial y criminal (Bamberg, cif. 7).

Como fácilmente se puede observar, los supuestos en los que se fundamentan las decisiones son, como el propio MEZGER reconoce, los más ambiguos y difíciles de constatar científicamente. Los síntomas de, por ejemplo, “retraso mental congénito” no son a veces más que un simple fracaso escolar en “escuelas auxiliares”, y otras ni siquiera eso, sino simplemente “dificultades en el cálculo aritmético” o “debilidad de carácter o de voluntad”, “graves carencias de capacidad de juicio moral”, “retraso mental débil” etc. “Por consiguiente, advierte el propio MEZGER⁷, la cuestión que frecuentemente desempeña el papel

⁷ Ob. cit., p. 91.

decisivo en el enjuiciamiento de nuestros asociales criminales es la “forma de comportarse correctamente en la vida” (“Lebensbewährung”; Gütt-Rüdin-Ruttke, pp. 124 ss.). En principio, esta interpretación del art. 1, apartado 2, n.º 1 de la Ley y la praxis jurisprudencial que la aplica, desde el punto de vista de un criminalista, dice MEZGER, debe ser saludada favorablemente. Es más: incluso uno se puede sentir inclinado, más allá de los aspectos positivos y negativos que pueda tener, a acentuar y subrayar ampliamente este punto de vista. Frente a los “test de inteligencia”, expuestos a todo tipo de manipulaciones y artificiosidades, la mejor forma de conocer el carácter y la inteligencia es la vida misma. Y ya que las “psicopatías” no son, como se sabe, motivo legal para decretar la esterilización, existe frente a algunos grupos de criminales con alteraciones de su personalidad total la innegable necesidad práctica de posibilitar su esterilización por la vía del “retraso mental congénito”. Ciertamente ya no creemos hoy, dice MEZGER, en una “constitución criminal” hereditaria como tal, pero indudablemente hay en algunas raleas o estirpes constituciones hereditarias o grupos que en gran medida están inclinados la criminalidad. Y desde luego tales raleas asociales y criminales son un peligro para la vida en común. Su constatación no llegará nunca de la mano de un sistema esquemático, sino por una “forma de comportarse correctamente en la vida” o por su ausencia en los logros raciales. Un permanente “fracaso” real se basa la mayoría de las veces aquí y allá intelectual y emocionalmente”.

Respecto al “alcoholismo grave”, el mismo MEZGER advierte de la ambigüedad de este término⁸, y dice: “en los Comentarios de Gütt-Rüdin-Ruttke (a. cit., p. 171) se destaca que lo decisivo «no es el estado de embriaguez», sino la imagen que el

⁸ Ob. cit., p. 92.

sujeto ofrece cuando está sobrio, y ciertamente no sólo como persona individual, sino como miembro de la comunidad".

Hasta aquí MEZGER. Lo primero que sorprende en un jurista tan refinado como él, es que no parece darle mayor importancia a los delitos que pueden haber cometido los sujetos cuya esterilización se decide, ni al pronóstico y gravedad de los que el sujeto pueda cometer en el futuro. Siguiendo los postulados de un positivismo criminológico extremo, parece que tanto en las decisiones de los Tribunales de Salud Hereditaria, como en la propia opinión de MEZGER, pesa más o incluso exclusivamente la supuesta carga patológica del sujeto. La mayoría de los sujetos cuya esterilización se decide al amparo de los supuestos admitidos por la Ley de 1933 han cometido delitos de escasa gravedad, o, como sucede en el supuesto de la deformidad corporal, ni siquiera se habla ya de los delitos que pueden haber cometido, ni de que la deformidad corporal tenga nada que ver con la comisión de delitos. Probablemente en estos casos la esterilización se basaba más en una razón estética que eugenésica: al nazismo no le gustaban, evidentemente, los "feos", y en este sentido es muy expresivo de esta preocupación por la estética (pero quizás de algo más), el documento en el que se recoge el acuerdo de los Fiscales Generales de Baviera reunidos en Bamberg en noviembre de 1944, que ya hemos trascrito en el capítulo III, pero que no nos resistimos a volver a reproducirlo:

*"En las diferentes visitas a los centros penitenciarios se observan siempre reclusos que, por su constitución corporal ni siquiera merecen el nombre de personas; parecen abortos del infierno. Sería deseable que se les fotografiara. También debería ponderarse su eliminación, independientemente de la gravedad del delito y de la pena a la que hayan sido condenados. Sólo deben exhibirse las fotografías que permitan ver claramente la deformidad"*⁹.

⁹ Este documento se encuentra recogido en AYASS, "Gemeinschaftsfremde". Véase *supra* capítulo III.

A ello habría que añadir algunas declaraciones de reputados especialistas de aquella época en factores hereditarios condicionantes del comportamiento humano, como el Dr. Ritter, uno de los más conocidos especialistas en “familias gitanas”, ponente en su calidad de tal en el Curso introductorio que sobre la Ley de extraños a la comunidad había organizado MEZGER para agosto de 1944 (cfr. Programa de este curso *supra*, Apéndice al capítulo III). En una conferencia pronunciada en 1934 describía Ritter un caso de degeneración hereditaria del siguiente modo:

“Vanidad y afán de notoriedad en una madre, unidos a un temperamento irreflexivo del padre, pueden repercutir de forma tan desfavorable en su hijo que éste se puede convertir en un refinado estafador matrimonial” (citado por WAGNER, Volksgemeinschaft ohne Verbrecher, p. 393. Sobre el citado Dr. Robert Ritter, véase WILDT, Generation des Unbedingten, Hamburg 2002, pp. 316 ss.)

Con estas declaraciones y con otras similares, de parecido fundamento “científico”, era como, al parecer, se pretendía, además de con un poco de voluntad y con un millón de soldados en el frente dispuestos a todo, construir un Imperio que durase “mil años”; pero lo que realmente se consiguió en verdad fue la ruina, la división y el des prestigio del país más culto y avanzado del mundo, por una buena temporada. *Sic transit gloria mundi.*

En todo caso, lo que MEZGER expone en su trabajo es una idea que estaba muy extendida en muchos científicos de la época pretendidamente serios, no sólo en biólogos y en médicos, principalmente, sino también criminólogos y juristas: una concepción biohereditaria de la asocialidad, aún más radical que la concepción lombrosiana del “delincuente nato”. Es curioso que en esta línea, el mismo MEZGER, al final de su trabajo, destaca como un dato revelador de la transmisión hereditaria de la asocialidad de una mujer el que uno de sus hijos tenía seis dedos

respectivamente en las manos y en los pies, igual que ella. Lo que ciertamente no deja de ser un dato biológicamente destacable o quizás curioso, pero difícilmente condicionante por sí mismo de una conducta asocial o criminal. Y es interesante también observar en el trabajo de MEZGER, que lleve hasta tal extremo su planteamiento puramente biológico hereditario individual como causa de la asocialidad que ni siquiera parezca interesarle lo más mínimo las condiciones de miseria y la procedencia social de los sujetos en los casos que expone, que es probable estén mucho más relacionados con las conductas antisociales de los mismos que con todas las cargas y taras hereditarias que pudieran padecer. Y, sin embargo, su conclusión no sólo es afirmar una vez más la validez de las tesis biológicas hereditarias de las que parte la Ley de 1933, sino que las acentúa al proponer de cara al futuro que la práctica esterilizadora no se limite a quienes hayan cometido delitos y, por tanto, se encuentren ya en Centros penitenciarios, cuyos directores hayan solicitado la esterilización, sino a todo tipo de asociales, hayan o no cometido algún delito, alegando para ello que después de todo, la Ley de 1933 es una “Ley; es decir, una medida que pretende la vida en común del pueblo, y desde ese punto de vista, no sólo debe prevenirse la descendencia patológica, sino también, la antisocial, la asocial y la criminal”.

Ante estos argumentos pretendidamente científicos, uno no sabe de qué asombrarse más: si de la falta de fundamento de los mismos, o, aunque los tuvieran, de la insensibilidad normativa frente a principios elementales para cualquier jurista, como el de proporcionalidad, respeto a los derechos fundamentales más elementales, etc. Pero lo peor de todo es que esto no se quedó sólo en una propuesta científica más o menos anecdótica de alguien que en sus ratos libres se dedicaba a propagar ideas bastantes peregrinas o aventuradas sobre la etiología biológica de la

asocialidad, sino que más adelante, cuando tuvo la oportunidad de introducir esta idea, que, como se ve, tenía ya bastante clara y madura en 1937, en el Proyecto de Ley sobre tratamiento de los extraños a la comunidad, en cuya elaboración tuvo una participación destacada, consiguió que se introdujera un precepto que constituyó el art. V del Proyecto, cuyo tenor literal coincide exactamente con la propuesta que hacía en su trabajo de 1937¹⁰. Lo que, entre otras razones de afinidad y de vinculación ideológica que pudiera tener con el régimen nacionalsocialista, explica que luego en 1944 fuera nombrado Director del Curso que se había organizado para explicar la Ley de extraños a la comunidad a quienes se iban a encargar de aplicarla (miembros de la SS, de la Gestapo, de la Policía criminal) y que iba a tener lugar de 31 de julio a 6 de agosto. En dicho curso, el Profesor MEZGER, tenía encomendado además el alto honor de dar, ante tan distinguido y selecto público (probablemente los más altos responsables de la estructura policial y judicial del régimen nazi) la conferencia inaugural de dos horas de duración con el expresivo y revelador título de “La Ley de extraños a la comunidad a la luz de la Biología criminal”.

Dice así el precepto en cuestión de la Ley de extraños a la comunidad en su redacción última de marzo de 1944:

¹⁰ Y no sólo, por supuesto, él; cfr., por ej. KRANZ/ KOLLER, “Die Gemeinschaftsunfähige”, 1941, o el trabajo de DUTBISCHER, Asozialität und Unfruchtbarmachung, en la misma revista y volumen donde MEZGER publicó su trabajo, así como la extensa bibliografía que se menciona *infra* en nota 21, en la que se refleja la acogida que tuvo esa idea en buena parte de los trabajos que se publicaron sobre todo a partir de 1938 en las revistas médicas especializadas.

*Artículo V: Esterilización**§13*

(1) En el caso de que pueda esperarse de los extraños a la comunidad una descendencia indeseable, deberán ser esterilizados.

De este modo, lo que era ya una práctica habitual, bajo la cobertura legal de la prevención de enfermedades hereditarias, recibía un apoyo jurídico expreso, al que no era en absoluto ajeno MEZGER, que de forma destacada había intervenido, junto con EXNER, en su elaboración¹¹.

IV. LA AMBIGÜEDAD DEL CONCEPTO DE “ASOCIAL”

Pero la esterilización de los asociales fue probablemente más lejos de lo que este Proyecto de Ley y MEZGER propugnaban. Ello se debió principalmente a la ambigüedad del concepto de asocial, que ni siquiera en el art. 1 del Proyecto se definía con claridad¹², pero también a que esa ambigüedad probablemente había sido buscada de propósito para dejar en manos de la Policía un poder discreccional tan grande que prácticamente le permitía hacer lo que le daba la gana. No obstante, algunos autores se han esforzado en interpretar el concepto. A este respecto, SCHERER distingue entre “asocialidad” como “concepto superior” (*Überbegriff*), como “categoría residual” (“Restkategorie”) y como “concepto de recogida” (“Sammelbegriff”)¹³. Pero incluso desde el punto de vista lingüístico, la

¹¹ Véase al respecto *supra* capítulo III, epígrafes III y IV.

¹² Véase texto del mismo, *supra* capítulo III, epígrafe III citada en nota 3.

¹³ SCHERER, “Asozial”, pp. 52 ss.

ambigüedad del art. 1 de la Ley es tan grande que BOCK ofrece más de cuarenta términos del idioma alemán que pueden incluirse en la definición que en él se da de lo que ha de entenderse por “extraño a la comunidad”; así, por ejemplo, desde los clásicos “Bettler” y “Landstreicher”, equivalentes a los españoles “mendigos”, “vagos” y “maleantes”, hasta algunos más peculiares del idioma alemán y por eso mismo difícilmente traducibles como “Liederliche”, “Versager” o “Unterhaltsverweigerer”, pasando por los más comúnmente también utilizados en otros idiomas de “drogadictos”, “homosexuales”, etc.¹⁴. Al amparo de esa ambigüedad se llegaron a considerar como asociales a “mujeres jóvenes de conducta sexual inadecuada” que ni siquiera tenían que ser prostitutas, sino simplemente “madres solteras” con hijos de diferentes hombres, a personas que faltaban con frecuencia al trabajo, a los llamados “tuberculosos sociales”, etc.¹⁵

También los “homosexuales” eran incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, pero por la vía de considerar las relaciones homosexuales consentidas entre hombres adultos como un delito contra la moral. Pero en este caso la medida que proponía el Proyecto era la castración, porque, como se decía en la Fundamentación del mismo, “la experiencia médica enseña que la castración es también un arma muy eficaz contra estas personas”¹⁶.

¹⁴ Cfr. BOCK, Zwangssterilisation, pp. 366 s.

¹⁵ Cfr. AYASS, Asozialen im Nationalsozialismus, pp. 102 ss.

¹⁶ Cfr. texto de la misma *supra*, capítulos II y III, epígrafe III. Respecto al tema del tratamiento de la homosexualidad en el nacionalsocialismo, véase además del libro de JELLONEK, Homosexuelle; y la tesis doctoral de VON BÜLOW, Der Umgang der nationalsozialistischer Justiz mit Homosexuellen, Oldenburg 2000, de fácil consulta en Internet.

Aún más indeterminado era el concepto de “*gemeinschaftsunfähig*” (“incapaces de comunidad”) que en 1941 propusieron los demógrafos y especialistas en Bioestadística Heinrich Wilhelm KRANZ, que se suicidó en 1945, y su discípulo Sigfried KOLLER, que luego llegaría a ser Presidente del Instituto de Estadística de la República Federal Alemana¹⁷. Estos autores propusieron en 1941, en la segunda parte de su libro “*Die Gemeinschaftsunfähige*”, una “Ley sobre privación de sus derechos honoríficos políticos para la protección de la comunidad popular” para los que, en su opinión, no eran capaces de preservar su honor, o de trabajar o ejercer un oficio adecuado para subvenir a sus necesidades vitales, o no respetaban el honor, la persona o la propiedad de otros. La consecuencia de ello debía ser, según estos autores, entre otras medidas, la esterilización forzosa de familias enteras de asociales, la prohibición de matrimonio, de escolarización, etc.¹⁸.

Lo que, en definitiva, trataban estos autores era ofrecer una paleta de posibilidades para proceder selectivamente de acuerdo con los criterios y directrices políticas emanadas de la superioridad del régimen nacionalsocialista. En última instancia, “extraño a la comunidad”, “incapaz de comunidad”, asocial o cualquier otro nombre que se empleara, podía ser quien simplemente se oponía al régimen nacionalsocialista. Ello explica por qué, el

¹⁷ Sobre KOLLER, cfr. ALY/ ROTH, *Die restlose Erfassung*.

¹⁸ Véase al respecto, KRANZ/ KOLLER, “*Die Gemeinschaftsunfähige*”, I y II Parte, Giessen 1941; en el libro de SCHERER, “*Asozial*”, pp. 118 ss., se contiene una entrevista con Koller, en el que éste defiende sus puntos de vista de entonces, pero rechaza que en sus propósitos y los de Kranz estuviera ningún tipo de idea de exterminio de los “*Gemeinschaftsunfähige*”, y que ellos tuvieran conocimiento de que sus trabajos al respecto pudieran ser utilizados con tal finalidad. Algo que, a la vista de lo que dicen en el libro y de los puestos de responsabilidad que ocuparon en la política demográfica del nacionalsocialismo, cuesta trabajo creer.

Jefe de la SS y Ministro de Interior, el temible y temido Heinrich Himmler, tenía tanto interés, en plena guerra y en un momento en que Alemania estaba ya en franca retirada de todos los frentes, en disponer de una Ley que le permitiera sin límite alguno, controlar lo que entonces empezaba a llamarse el “frente interno”, no sólo integrado por los desplazados, los sin techos, mendigos, prostitutas, etc., y todos aquellos que los nazis odiaban y despreciaban, sino también por los miembros de una oposición silenciosa, pero creciente al régimen.

Pero esta ambigüedad del concepto de “extraño a la comunidad”, fue probablemente buscada de propósito por el núcleo duro del régimen nacionalsocialista, que con ella pretendía ir más allá del problema políticocriminal, que indudablemente también pretendía resolver, para conseguir otras finalidades más de carácter político y social que criminológico.

En todo caso, y respecto al tema de nuestro trabajo, de lo que no cabe la menor duda es de que la “esterilización forzosa de los asociales”, bien dentro de los supuestos reconocidos en la Ley de 1933, bien más allá de ellos, fue una práctica corriente y constante en los momentos más duros del régimen nacionalsocialista. Si bien no existen cifras exactas, se puede pensar que una buena parte de las esterilizaciones forzosas llevadas a cabo en aquel periodo (500.000, según los cálculos más prudentes; 1.000.000, según los más exagerados)¹⁹, fueron principalmente esterilizaciones de asociales, con o sin enfermedades hereditarias; es decir, de personas procedentes de los estratos sociales y económicos más marginales, delincuentes de poca monta, a veces con antecedentes penales por delitos contra la propiedad y la moral sexual, prostitutas, vagabundos, mendigos, etc. También llegó a

¹⁹ Cfr. SIMON, Kriminalbiologie, pp. 96 s.

aplicarse, aunque en menor extensión, a desafectos al régimen nacionalsocialista²⁰. Respecto a la esterilización de los asociales, ya hemos visto los pretendidos fundamentos científicos en el artículo de MEZGER, antes citado. Pero evidentemente este trabajo no es más que el reflejo de una opinión científica bastante extendida en aquel momento. En una extensa bibliografía de la época, se analiza, sin ningún rubor y claramente, la esterilización de marginados sociales, delincuentes habituales, etc., que debió ser práctica bastante frecuente en las decisiones de los Tribunales de Salud Hereditaria, y se valoran sus resultados, entre una también ingente bibliografía que informa de las esterilizaciones forzadas llevadas a cabo, en general, por razones puramente médicas o eugenésicas²¹.

²⁰ En la película de Stanley Kramer, “Vencedores o Vencidos”, el actor Montgomery Cliff interpreta el papel de uno de estos esterilizados, calificado de retrasado mental, pero que independientemente de su escasa inteligencia, había sido mandado esterilizar por haberse peleado con un grupo de la SS (cfr. MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, ¿Vencedores o vencidos?, pp. 33 ss.; 98 ss.). Se trata de un hecho real que se dio con bastante frecuencia. La venganza y la desafección política al régimen, podían ser suficientes para ser puestos a disposición del Tribunal de Salud Hereditaria, que muchas veces de modo rutinario accedía a la solicitud oficial planteada sin mayores comprobaciones. No deja de ser interesante que un autor, tan cercano a la época y, según algunos, tan cercano al régimen nacionalsocialista, como MAURACH, diga abiertamente en su Tratado de Derecho penal, traducido por Córdoba Roda, Barcelona 1962, vol. II, p. 553: “No es algo casual que la agravación del parágrafo 20 a —que se refería al delincuente peligroso habitual— fuera una de las primeras reformas a que se dedicó el legislador nacionalsocialista. En efecto, este parágrafo ofrecía la deseada posibilidad de sostener la lucha política en un campo aparentemente neutral, y de liquidar a los enemigos del régimen con supuestos medios legales”.

²¹. Aunque sólo sea por vía de ejemplo, se pueden citar en la bibliografía alemana de la época, además de los trabajos de MEZGER y

V. LA “SOLUCIÓN FINAL DE LA CUESTIÓN SOCIAL”

Llegados a este punto conviene que reflexionemos sobre la función social, más allá de las finalidades ideológicas o políticas

DUTBISCHER, publicados en *Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft*, en 1937, los siguientes: LANGE, *Die Unfruchtbarmachung bei Schwachsinnige unter besonderer Brücksichtigung der Hilfsschüler*, en *Der Erbarzt*, 1935; STUMPFL, *Kriminelle Psychopaten. Ein kritischer Beitrag zur Frage des “moralischen Schwachsinn”,* *Der Erbartz*, 1936; STAEMLER, *Das Problem der erbkranken und der asozialen Familien und ihrer Behandlung*, en *Volk und Rasse* 13 (1938); KOPP, *Die Unfruchtbarmachung der Asozialen*, en *Der Erbarzt* 1939; KAPP, *Zur Unfruchtbarmachung bei angeborenen Schwachsinnig und über ihre Bedeutung gegen Kriminalität und Asozialität*, en *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform* 39 (1939); LEITER, *Zur Vererbung von asozialen Charaktereigenschaften*, *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreforma*, 39 (1939); etc., más una larga serie de tesis y trabajos de todo tipo que, con un carácter más o menos científico, basados en la práctica rutinaria que se llevaba a cabo en los centros de esterilización, intentan demostrar la tesis del carácter hereditario de los rasgos físicos y psíquicos condicionantes de la asocialidad y la criminalidad (Agradezco esta información al Dr. Wolfgang AYASS, quien en su despacho de la Universidad de Kassel, me mostró y puso a mi disposición más de doscientos trabajos sobre “esterilización forzosa” en la época nacionalsocialista). Este tipo de trabajos dejan de realizarse o al menos de publicarse, a partir de 1945, por más que de una forma más o menos encubierta todavía se propongan después de la Guerra por algún sector de la Criminología algunas medidas eugenésicas para prevenir la asocialidad, véase por ej., GÖBBELS, *Die Asozialen*, Hamburg 1947, pp. 245 y 256; citado apud SCHERER, “Asozial”, p. 125; y en un sector de la Criminología alemana se siguiera manteniendo una orientación criminológica de carácter biológico (Mergen, Seelig, Exner), véase al respecto STRENG, *Von der “Kriminalbiologie” zur “Biokriminologie”?*, en *Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen* Band 6: *Kriminalbiologie*, 1997, pp. 213 ss. Sobre la actitud de la Iglesia católica alemana ante estas prácticas durante el Nacionalsocialismo, véase RICHTER, *Katholizismus und Eugenik in der Weimarer Republik und im Dritten Reich*, Wien 2001, pp. 367 ss.

coyunturales, que pudo tener la esterilización de asociales, como paso previo a su eliminación física definitiva. A un régimen como el nacionalsocialista, por criminal que fuera, y a sus muchos y muy cualificados asesores científicos, criminólogos, historiadores, sociólogos, biólogos y juristas, no se les puede negar una cierta dosis de racionalidad y coherencia en lo que hicieron. Las prácticas eugenésicas en los asociales, igual que las genocidas racistas con los judíos y gitanos, cumplían o pretendían cumplir una función que, por supuesto, iba más allá de la lucha contra la criminalidad y la retórica de la pureza racista. En el fondo, toda esta política cumplía una función que directamente influía en el mercado de trabajo y en el desarrollo económico e industrial de la Alemania Nazi, o mejor dicho, de la clase empresarial que se beneficiaba con esta política de control y exterminio de la mano de obra excedente no cualificada, o inútil para ser aprovechada de forma rentable, consiguiendo, al mismo tiempo, un disciplinamiento, a través de la violencia y el terror, de las masas trabajadoras restantes. Lo que, en definitiva, vino a hacer el nacionalsocialismo para solucionar el “Asozialenproblem” fue sustituir la tradicional política de beneficencia, de ayuda social más o menos eficaz y humanitaria, más o menos sincera o hipócrita, llevada a cabo por instituciones religiosas y asociaciones como las Damas de la Caridad, la Conferencia de San Vicente de Paúl, el Ejército de Salvación, etc., por una política de exterminio, de eliminación física y de esterilización, para evitar lo que ellos consideraban la principal causa de la asocialidad: la transmisión hereditaria de la misma, como una enfermedad hereditaria más.

Pero detrás de las pretendidas bases científicas de este planteamiento, al que, por increíble que parezca, contribuyeron incluso Premios Nobel, y algunos elegantes cultivadores de la Dogmática jurídicode penal, paradójicamente en esa época furibundos partidarios de las más crudas tesis de la Criminología

positivista lombrosiana; e incluso detrás de los planteamientos racistas propios de la ideología nacionalsocialista, preocupada por preservar la “pureza de la raza aria”, estaba realmente un problema social que también era presupuestario y puramente económico. En un momento de crisis económica y social, como la que vivía Alemania a principios de los años treinta, pero también más adelante con los preparativos de la guerra y después en plena guerra, interesaba sobre todo reducir en el Presupuesto estatal el gasto social, para dedicarlo a otras tareas que según los planes del régimen nacionalsocialista eran más urgentes e importantes, como el rearme, la construcción de autopistas, el fomento de la producción industrial, el reclutamiento de la población, especialmente la más joven, en grupos “paramilitares” y militares o militarizados, verdaderos ejércitos, dispuestos a entrar en combate en cualquier momento. En esta situación, estaba claro que había que eliminar aquella parte de la población, incluso la de sangre alemana, que no se consideraba apta para esta tarea; que por su forma de vida y su escasa inclinación a un trabajo disciplinado y rutinario, era inútil como mano de obra y proclive a la “traición”, al “sabotaje” y a la “deserción”, es decir, que eran, en una palabra alemana muy en boga entonces, “volksschädlich”²².

²² Esta expresión, literalmente “dañino al pueblo”, se utilizaba durante el nacionalsocialismo para denominar a las personas que se aprovechaban de las circunstancias de la guerra (oscuridad durante los bombardeos, casas deshabitadas), para cometer algún delito, generalmente contra la propiedad (sobre éstas y otras expresiones similares frecuentemente utilizadas por el nazismo, véase BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch, 1988 —reimp. 2001— p. 197). Conforme a una Ley de 5 de septiembre de 1939 (recién comenzada la guerra), estos sujetos, muchas veces jóvenes adolescentes, podían ser condenados por “Sondergerichte” (“Tribunales especiales”) a penas muy graves e incluso la de muerte, aunque el delito fuese de escasa gravedad, como un hurto o tráfico en

el mercado negro. La doctrina consideró esta Ley como un Derecho penal característico de los tiempos de guerra, que atendía más a un tipo de autor que a la gravedad del delito cometido. En esta línea, interpretaba por ejemplo MEZGER (Der junge Schwerverbrecher, en Freisler, R. —edit.—, Deutsches Jugendrecht, Zum neuen deutschen Strafrecht, Berlín 1944, FET 4, pp. 83 ss.), las disposiciones que permitían que un joven pudiera ser condenado a estas penas y juzgado como un adulto por un Tribunal especial, elaborando el concepto “unjugendliche Jugend”, es decir, “joven que no tenía la tipología de un joven, sino la de un adulto” (cfr. también MEZGER, Kriegsstrafrecht und Kriegsverfahrensrecht, en Akademie des Deutschen Rechts, vol. 7, 1940, p. 4: “El Decreto —se refiere al que se ocupa de la responsabilidad penal de los criminales jóvenes—, afecta a uno de los problemas más candentes de la política criminal: la distribución entre jóvenes valiosos racialmente, cuyas infracciones no tienen mayor importancia para su desarrollo futuro..., y el futuro criminal peligroso, cuya criminalidad comienza a menudo a edad muy temprana”; cfr. al respecto GEERLING, Protecting the National Community from Juvenile Delinquency, en Eras, Melbourne 1999). No deja de ser curioso que en esta época, GRISPIGNI, en el libro antes comentado GRISPIGNI/ MEZGER, Il diritto penale nazionalsocialista, mencione esta Ley como un claro ejemplo del carácter defensista social que tenía la nueva legislación penal de menores nacionalsocialista, y que critique a Mezger por considerar que la aplicación de la pena de adulto a un joven delincuente se fundamentaba en la “culpa por la conducción de vida”; pues “¿qué forma de conducción de vida o conducta precedente se le puede imputar a un menor de 16-18 años?” (p. 83; cfr. mi recensión a este libro, en Revista Penal 12, 2003). Especialmente revelador de esta preocupación por detectar ya a temprana edad quién era un delincuente joven “racialmente valioso” y quién iba a ser un peligroso criminal, es lo que EXNER (Biología criminal, p. 465) llamaba *prognosis precoz*, para la que opinaba podrían venir en consideración “medidas de higiene racial”, diciendo a continuación (p. 466): “Aquí existe una misión biológica de gran importancia para el futuro. ¡Cuántos sufrimientos para el individuo, cuántas preocupaciones para la comunidad y cuántos gastos para el Estado podrían ahorrarse si fuésemos capaces de reconocer realmente en su esencia diez años antes a los individuos que en sus (sic) 30 años han caído en reclusión de seguridad o se les ha aplicado la medida de castración!”. Y así termina en 1940 su Tratado: con la esperanza puesta en el futuro. Sin comentarios (quizás por ello el traductor, bastante

Era, pues, la “cosificación” del ser humano como mera mano de obra o como soldado educado en la “obediencia ciega”, bien preparado físicamente, disciplinado y dispuesto a morir por la patria, lo que fundamentaba un tratamiento puramente biológico, casi veterinario, de los que no eran aptos para estos menesteres y, por tanto, debían ser eliminados como seres inútiles. En

aficionado por lo demás a poner notas a ese Tratado, no puso en este caso ninguna).

Respecto a la aplicación de la Ley de 1939, conviene recordar que en los años 60 se acusó al famoso comentarista del Código penal alemán y alto cargo del Ministerio de Justicia de la República Federal Alemana, Eduard DREHER, de haber actuado como Fiscal ante esos Tribunales especiales y solicitado penas de muerte para autores de hurto que fueron aplicadas y ejecutadas. DREHER reconoció estos hechos, pero alegó que siempre había actuado con un escrupuloso respeto a la legalidad vigente en aquel momento y sin infringir ningún principio del Estado de Derecho. Similares acusaciones se hicieron en los años 60 también contra el penalista Eric SCHWINGE, quien durante la Segunda Guerra Mundial había actuado como Juez militar, condenando a muchas personas a la pena de muerte. También SCHWINGE se escudó en la legalidad vigente, querellándose por injurias contra los que hicieron estas acusaciones, alegando que su actuación se había atenido en todo momento a la misma, de la que además era un consumado especialista, ya que sus Comentarios a la Ley Penal Militar era el libro más usado en aquella época por los tribunales militares. Ninguno de los dos parece haber tenido el menor problema de conciencia por sus actuaciones, y desde luego ocuparon puestos importantes en la Universidad y en la Administración del Gobierno de la República Federal tras la guerra. Sobre DREHER, véase el Festschrift (libro Homenaje), que le dedicaron un grupo de penalistas alemanes, con motivo de su 70 aniversario, editado por Jescheck y Lüttger, 1977, en el que obviamente no se alude a este hecho, al que, sin embargo, sí alude VON MIQUEL, en FREI (edit.), Karrieren in Zwielicht, Frankfurt 2001, p. 205. Sobre SCHWINGE, véase GARBE, Erich Schwinge, Ein deutsches Juristenleben, Hamburg 1989.

definitiva, se trataba también, como dice Víctor KLEMPERER²³, de una “limpieza de sangre (sic), como en España en el siglo XVI. Pero entonces se trataba de religión, y hoy (se refiere a la época nazi) es zoología más negocio”. En el fondo, esta política de exterminio de los asociales era en cierto modo también una “Endlösung”, una “solución final” de la cuestión social, parecida a la “Endlösung” de la “cuestión judía” que se planeó por algunos destacados dirigentes nacionalsocialistas, entre los que se encontraban Eichmann y Freisler, en la Conferencia de Wannsee en Berlín en 1942, y a la “Endlösung” de la cuestión polaca²⁴.

En la Historiografía sobre el tratamiento de los asociales en el nacionalismo, la tesis de la “Endlösung” fue propuesta principalmente por el historiador Detlev PEUKERT²⁵; aunque otros

²³ LTI, 18.^a ed., 1999, p. 44 (hay traducción española).

²⁴ Es imposible reseñar la impresionante cantidad de bibliografía que existe sobre la llamada “Endlösung der Judenfrage”, que además tuvo especial virulencia en Polonia, donde se mezclaba con un Derecho penal especialmente creado para este país; cfr., al respecto, por ej., la reciente obra de BROWNING, Aqueiros hombres grises. El Batallón 101 y la solución final en Polonia, Madrid 2002. El texto de los acuerdos alcanzados en la Conferencia de Wannsee se encuentra publicado en diversas versiones e incluso en facsímil del original en Internet (poner en cualquier servidor las palabras claves: Wannsee+Konferenz+Judenfrage). Una exposición de los mismos se encuentra en ROSEMAN, The Villa, the Lake, the Meeting, 2001 (traducción española con el título: La Villa, el Lago, la Reunión, La conferencia de Wannsee y la “solución final”, Barcelona 2002). También hay varias películas que se ocupan del tema, desde la “Lista de Schindler” de Spielberg, hasta “Amen” de Costa-Gavras. Un interesante documental de 10 horas de duración sobre este tema es “Shoah” (Holocausto), de Claude Lanzmann. Véase también nota siguiente.

²⁵ Die Genesis der “Endlösung” aus dem Geist der Wissenschaft, en Forum für Philosophie Bad Homburg (edit.). Zerstörung des moralischen

autores consideran que, a diferencia de lo que sucedió con la “Judenfrage”, la “solución final” del problema de los asociales no se llevó a cabo de una forma planificada, siguiendo una metodología y un criterio uniforme²⁶.

Ciertamente, no hubo respecto a los asociales una Conferencia al máximo nivel como que la hubo respecto a los judíos en Wannsee, ni un Derecho penal específicamente creado para ellos como el que se hizo para los polacos; pero tanto el Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, de tan dilatada gestación, como las propuestas y estudios de importantes criminólogos, bioestadísticos, médicos, etc., publicados sobre todo a partir de 1938, demuestran hasta qué punto estaban ya maduras y aptas para aplicarse también a los asociales medidas de exterminio similares a las empleadas con los judíos.

En todo caso, una cosa es segura: la presencia de asociales (mendigos, prostitutas, vagabundos, drogadictos) en las calles de las ciudades alemanas, desagradaaba profundamente a los dirigentes nacionalsocialistas, pues, entre otras cosas, era la prueba evidente de que su política de bienestar social, de pleno empleo, de orden y tranquilidad, que ellos habían vendido como uno de los mejores logros del régimen, no había conseguido eliminar el

Selbstbewusstseins: Chance oder Gefährdung, Frakfurt am Main, 1988, p. 25; EL MISMO, Rassismus und “Endlösungs”-Utopie, Thesen zur Entwicklung und Struktur der nationalsozialistischen Vernichtungspolitik, en Christoph Klessmann (edit.), Nicht nur Hitler Krieg: der zweite Weltkrieg und die Deutschen, Düsseldorf 1969, p. 73.

²⁶ De esta opinión, por ejemplo, es AYASS, Asozialen im Nationalsozialismus, pp. 220 ss., aunque siguiendo al historiador PEUKERT, admite, p. 218, que el proceder contra los asociales se puede considerar como parte de una política racista total.

problema. Ocultarlos, primero, y eliminarlos después, se había convertido, por tanto, en una tarea cada vez más urgente, sobre todo a medida que la guerra y sus secuelas producían enormes bolsas de mendigos, mutilados, desertores, desempleados, desplazados, que de forma imparable iban llenando las calles y plazas de las ciudades y los caminos de toda Alemania. Los dirigentes nazis lo sabían y pusieron todo su empeño en evitarlo. “Muerto el perro, se acabó la rabia”, debió pensar más de uno, al ver que el camino del exterminio no sólo era más eficaz, sino también más barato. Todo ello, eso sí, ejecutado de una manera muy científica, muy limpia, muy rápida y muy eficaz, sin el menor atisbo de humanidad, ni de sensibilidad con los más débiles, con los desfavorecidos, con los más pobres. En definitiva, un genocidio, un genocidio social, uno de los que quizás no entre todavía en las estrechas definiciones que de este delito dan las Convenciones internacionales, pero que fue tan real, tan brutal y tan criminal, como los otros que sí entraron porque los afectados tuvieron la influencia y el poder suficiente para conseguirlo.

Y la mejor prueba de que esto es así, es que tras la Guerra Mundial fracasaron todos los intentos por incluir a los asociales entre los grupos de personas que deberían recibir indemnizaciones (“*Wiedergutmachung*”) por la persecución sufrida durante la época nazi. Incluso algunos políticos que habían estado con ellos codo con codo en los campos de concentración, rechazaron expresamente que también los asociales fueran indemnizados, porque si se les indemnizaba igual que a ellos, decían, se confirmaba una de las tesis perversas del nacionalsocialismo: equiparar a la oposición política con los criminales y asociales. Consecuentemente, los Tribunales de la República Federal Alemana, decidieron después de la Guerra que estos no tenían ningún derecho a indemnización y que el tiempo pasado en los campos de concentración no podía ser computado para los asociales que

sobrevivieron, a los efectos de una pensión²⁷. Hermanados por voluntad de los nazis en el dolor y en el sufrimiento, separados y discriminados los asociales a la hora de reparar el daño sufrido.

²⁷ Cfr., por ejemplo, BGH (Tribunal Supremo Federal alemán), Sala de lo civil, de 7 de enero de 1956, que denegó una indemnización, solicitada al amparo de una Ley de indemnización de víctimas del nazismo de 18.9.1953, a una persona de raza gitana deportada a un campo de concentración polaco, junto con otros 2.500 gitanos, en abril de 1940, en el marco de una acción ordenada personalmente por Himmler. Para ello se alega el siguiente Fundamento Jurídico: “Que si bien se observa que pudo haber una motivación racista en dicha decisión, no fue ésta la razón principal de la misma, sino las ya citadas características asociales de los gitanos, que ya también en épocas anteriores habían motivado tales limitaciones. Lo decisivo no son, pues, los conocimientos biológicos de la raza, sino la lucha contra la plaga de gitanos (sic: *Zigeunerplage*), que es lo que aconseja que, independientemente de la raza, tenga que regularse especialmente su problemática. Y la razón fundamental de las medidas adoptadas fue que los mestizos (el reclamante era mestizo) presentan la mayor cuota de criminalidad entre los gitanos, en los que, por otra parte, dado su carácter nómada, siempre han fracasado los esfuerzos por hacerlos sedentarios... Las medidas ordenadas (por Himmler) no pueden, por tanto, considerarse en su esencia como específicamente racistas, sino simplemente como unas medidas de prevención y seguridad. El que las mismas fueran ejecutadas de manera contraria a los principios del Estado de Derecho e incluso que puedan considerarse su realización como cruelmente inhumana, no debe llevarnos a ver en ellas una medida persecutoria de carácter racista... La constatación del Juez de Instancia de que dicha acción de 1940 fue ordenada y ejecutada por motivos racistas de los detentadores del poder nacionalsocialista, se basa, por tanto, en consideraciones jurídicas desacertadas”.

No deja de ser interesante destacar que de los cinco Jueces que adoptaron esta decisión (que no consta fuera tomada por unanimidad, aunque sí, obviamente tuvo que ser adoptada como mínimo por una mayoría 3:2), por lo menos uno de ellos, el Juez Federal Ascher, tenía un claro pasado nazi. Ello ha permitido a algún autor hablar de la “Renazificación de la Administración de Justicia” alemana en la posguerra, en la que prácticamente todos los jueces que ocuparon sus puestos

Los asociales quedaron así, como reza el subtítulo de la obra de SCHERER²⁸, como los “vergessene Verfolgte”, los “perseguídos olvidados” del Nacionalismo. Y es que, como señala JELLONEK, intentando explicar este olvido, “en la Alemania de la posguerra poco Estado se podía hacer con los grupos afectados por el Proyecto (se refiere al de los extraños a la comunidad), los asociales, los Sinti y Roma (gitanos), etc.”²⁹.

Una vez más, el Derecho penal, la Administración de Justicia y las etiquetas criminológicas se utilizaron para diferenciar a los “buenos” de los “malos”, a los ciudadanos, quizás no arios, pero en todo caso no delincuentes ni asociales, de los otros que VON LISZT definía como “proletariado de la delincuencia” y MARX como “Lumpenproletariat”, una clase de personas frente a las que, por lo que se ve y la experiencia histórica demuestra, están permitidos todos los excesos y abusos.

en la época nacionalsocialista y aplicaron sin rechistar las leyes de aquel régimen, continuaron ocupándolos, incluso subiendo de categoría (oh, milagros del escalafón), en la etapa democrática, después de la guerra, sin que quepa excluir naturalmente que en la aplicación de las nuevas leyes de vez en cuando asomaran sus profundas convicciones anteriores (cfr. sobre ello el interesante trabajo de GODAU SCHÜTTKE, Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Wetsdeutschland, publicado en Internet <http://www.rewi.hu-Berlin.de>). Sobre la continuidad en la posguerra de dichos sujetos en sus puestos o incluso en otros más importantes, tras unos “procesos de desnazificación” completamente amañados, véase también en esta misma obra, *infra* capítulo VI.

²⁸ “Asozial”, cit.

²⁹ JELLONEK, Homosexuelle, p. 162, nota 114.

APÉNDICE DOCUMENTAL

UN ARTÍCULO DE EDMUND MEZGER

¿HASTA QUÉ PUNTO ESTÁN INCLUIDOS LOS ASOCIALES EN LAS MEDIDAS ESTERILIZADORAS? (*)

Prof. Dr. Edmund Mezger (Múnich)

Esta cuestión, que se refiere a las medidas que se contienen en la Ley para la prevención de una descendencia patológica de 14 de julio de 1933 (RGBl.I, 529), tal como aquí se plantea, no es una cuestión que haya surgido de las ideas fundamentales de esta Ley. Proviene desde fuera de la Ley. Pues pretende saber desde el punto de vista del criminalista, hasta qué punto son afectados y se incluyen en las particulares medidas esterilizadoras de esta Ley personas sociales y asociales, especialmente criminales.

Frente a esto la Ley se ocupa de la "prevención de una descendencia patológica", no de la lucha contra el comportamiento asocial de la persona esterilizada misma. La Ley no se ocupa en absoluto del individuo con descendencia patológica como tal, sino de su estirpe, y ciertamente de su estirpe futura. Las medidas de la Ley en lo que se refiere a la esterilización de personas individuales están para prevenir "descendientes" que puedan padecer graves daños corporales o mentales hereditarios. Conforme a su sentido, nuestra cuestión debería plantearse así: ¿hasta qué punto pueden prevenirse con las medidas de esta Ley una descendencia asocial, especialmente criminal? Ésta es una cuestión de gran importancia y muy atractiva. También va más allá del fin inmediato de la Ley, que con la expresión "daños hereditarios" de la descendencia tiene ante todo en cuenta solamente la patología mental o corporal en un sentido puramente médico.

* Título original: *Inwieweit werden durch Sterilisierungsmassnahmen Asoziale erfassst?* Este trabajo fue publicado en el tomo V de las Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft, editado por encargo de la Presidencia por el Instituto Criminológico de la Universidad de Graz, Graz 1938. En dicho tomo se recogen las ponencias presentadas en la Sesión de Trabajo de la Sociedad de Biología Criminal celebrada en Munich del 5 al 7 de octubre de 1937 (El artículo de MEZGER está recogido en las páginas 81 a 97). La publicación de esta traducción se considera necesaria para comprender mejor el trabajo en el contexto histórico en el que se realizó. Agradezco a la Profesora Kanako Takayama de la Universidad Kyoto su ayuda en la localización de este tomo, que no había podido encontrar en ninguna biblioteca alemana, en la biblioteca de la Facultad de Medicina de la Universidad Keio de Tokio. Posteriormente, a través del Dr. Scholz, del Instituto Max Planck de Historia del Derecho de Frankfurt am Main, conseguí otro ejemplar de este trabajo mezgeriano. También quiero darle las gracias por su ayuda.

Pero indirectamente merece sin duda también nuestra atención el comportamiento que cabe esperar de esta descendencia en la vida social. Sería un punto de vista demasiado estrecho querer sólo tomar en consideración la disposición hereditaria biológica y el puro concepto médico de enfermedad como tal. Pues después de todo la Ley de 14 de julio de 1933 es eso, una "Ley", es decir: una medida que se refiere a la vida en común del pueblo. Y en este sentido no sólo debe prevenirse la descendencia patológica, sino también la antisocial, la asocial y la criminal.

Esta cuestión más amplia, sobre hasta qué punto pueden esperarse en la descendencia de enfermos hereditarios personas asociales, incluso criminales, y hasta qué punto, por tanto, puede prevenirse este peligro con las medidas previstas en esta Ley, no ha merecido en mi opinión hasta la fecha una valoración completa y concluyente. Exigiría un pronóstico de probabilidad sobre la base de la experimentación psiquiátrica, que tendría que partir de la afinidad empírica entre los supuestos patológicos hereditarios previstos en el apartado 2, números 1-8, y el apartado 3 del art. I de la Ley, y el comportamiento asocial y criminal, y a partir de ahí tendría que determinar la probabilidad con la que los portadores de una tal disposición hereditaria patológica están inclinados en especial medida al comportamiento asocial y criminal.

La respuesta a esta amplia cuestión cae en su esencia fuera de la competencia del jurista y criminólogo. Pero no por ello la cuestión más concreta que hemos formulado al principio deja de estar en íntima relación con este problema tan importante. Al contrario; ahora es cuando queda realmente claro el profundo sentido de nuestra cuestión concreta. Preguntamos: ¿hasta qué punto son afectados e incluidos los asociales y criminales como tales en las medidas esterilizadoras de la Ley? Con otras palabras: dirigimos nuestra cuestión al esterilizado concreto como tal. Pero el sentido más profundo de esta cuestión tiene como meta en última instancia investigar la importancia y el rol que pueden desempeñar las enfermedades hereditarias previstas en la ley en la asocialidad y criminalidad de sus portadores. Ésta es una cuestión, que, por más que la Ley de 14 de julio de 1933 como tal quede fuera del ámbito penal, es de gran importancia para cualquiera que esté interesado en los fines de esta ley.

I. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Dado que en nuestra investigación estamos pisando un territorio científico nuevo, quizás sea aconsejable decir por anticipado algunas palabras sobre el método que va a regir la siguiente exposición.

Desde el primer momento debe destacarse que este método sólo puede garantizar éxito si se está en la situación de apoyarse en un material empírico concreto completamente determinado por la praxis de la esterilización. Constituye

para mí una obligación expresar mi agradecimiento en este lugar a la Sección de Salud del Ministerio bávaro del Interior, y especialmente al Director general Prof. Dr. Schultze y al Consejero ministerial Prof. Dr. Vierenstein, por haber puesto a mi disposición este material para la investigación. Ello ha hecho posible que la misma pueda apoyarse en casi 6.000 decisiones, exactamente en 5.856, de los Tribunales bávaros de Salud Hereditaria, que he reelaborado para los fines aquí expuestos con mi adjunto el Dr. Seidl.

Los avances en este ámbito todavía científicamente poco estudiado pueden producirse en diversas maneras. Soy plenamente consciente de que la siguiente exposición en modo alguno agota el problema. Pero me parece más adecuado y mejor seguir al principio un camino lo más fácil posible y construir así lo que podríamos llamar un primer armazón a grandes rasgos, en el que se puedan incluir luego posteriormente con facilidad las cuestiones más refinadas y diferenciadas y con ello especialmente interesantes. Que existen estas otras cuestiones, se indicará específicamente al final.

El camino simplificado, para el que pido en lo que sigue su atención, es éste: en primer lugar (1), limito el concepto de "asocial" al ámbito de lo criminal. Éste no agota en modo alguno el sector de lo asocial; pero presenta la parte de la misma en principio más importante y por así decir más manejable. Además (2) del material puesto a mi disposición, que comprende todas las decisiones adoptadas hasta la fecha por los Tribunales bávaros de primera instancia y superiores o de apelación sobre Salud Hereditaria, he seleccionado las decisiones adoptadas por los Tribunales de este orden en cuya jurisdicción se encuentran establecimientos penitenciarios, que constituyen las 5.856 a las que me refería al principio. Por último y finalmente, la investigación (3) se limita a aquellos procesos que fueron iniciados a solicitud del establecimiento penitenciario. No comprende, por tanto, todos los criminales imaginables.

El resultado de mi investigación, que comunico seguidamente, comprende en particular:

1. Una comunicación de los resultados estadísticos. Las 5.856 decisiones se estructuran estadísticamente en el sentido de nuestro planteamiento simplificado en particular.

2. Una comunicación de los resultados criminológicos. Se valoran los casos particulares restantes conforme a su estructura bio-psicológica.

3. Perspectivas de futuras vías y metas de la investigación en nuestro ámbito. Esta perspectiva debe mostrar en pocas palabras, cómo y hasta qué punto se puede desarrollar en el futuro nuestro planteamiento simplificado en problemas más refinados y diferenciados.

II. RESULTADOS ESTADÍSTICOS

El material de nuestra investigación procede de los Tribunales de Salud Hereditaria de Baviera, en cuya jurisdicción hay establecimientos penitenciarios. Estos tribunales son en total ocho, distribuidos entre las siguientes jurisdicciones:

1. Amberg: a esta Audiencia provincial corresponde el establecimiento penitenciario del mismo nombre (*prisión con capacidad para 860 hombres*).

2. Augsburg: a este Audiencia provincial corresponden el presidio y la prisión de Aichach (en el que también hay un establecimiento de custodia de seguridad y una casa de trabajo para 443 mujeres), el presidio de Kaisheim (para 650 hombres), el presidio de Landberg del Lech (para 500 hombres) y el presidio de Niederschönenfeld (para 285 hombres).

3. Bamberg: a esta Audiencia provincial corresponde el presidio Erbrach (para 500 hombres).

4. Bayreuth: a esta Audiencia provincial corresponde la prisión St. George-Bayreuth (prisión y establecimiento de custodia de seguridad para 750 hombres).

5. Erlangen: a la Audiencia provincial de Nürnberg-Führth corresponde la prisión de Nürnberg (prisión para 414 hombres).

6. Rosenheim: a la Audiencia provincial Traunstein corresponde la prisión de Bernau (para 312 hombres).

7. Straubing: a los Juzgados de Primera Instancia de Bogen, Kötzing, Mitterfels, Neukirchen y Straubing corresponde el presidio de Straubing (presidio y casa de trabajo para 1120 hombres).

8. Zweibrücken: a las Audiencias provinciales de Kaiserslautern y Zweibrücken corresponde la prisión de Zweibrücken (para 535 hombres).

Además existen en Baviera los siguientes Tribunales de Salud Hereditaria, que al no encontrarse en su jurisdicción ningún establecimiento penitenciario quedan fuera de nuestra consideración; estos tribunales son los siguientes: Ansbach, Aschaffenburg, Coburg, Degegendorf, Eichstätt, Frankenthal, Günzburg, Hof, Kempten, Landshut, Passau, Regensburg, Schweinfurt, Weiden, Würzburg. Hay además en Baviera cuatro Tribunales Superiores correspondientes a las cuatro jurisdicciones superiores: Bamberg (para Bamberg y Bayreuth), Múnich (para Augsburg y Rosenheim), Nürnberg (para Amberg, Erlangen y Straubing) y Zweibrücken (para Zweibrücken).

Las ya repetidas veces citadas 5.856 decisiones, cuya distribución estadística constituye nuestra tarea, proceden de los ocho Tribunales ya reseñados. Pero para conseguir una imagen más objetiva, considero precisa una distinción ulterior, que se refiere al Tribunal de Salud Hereditaria de Erlangen: comprende por un lado la gran ciudad de Nuremberg y por otro el relativamente pequeño establecimiento

penitenciario de dicha ciudad. Si incluyéramos este Tribunal en nuestra estadística, se ofrecería una imagen incorrecta, porque se reduciría desproporcionalmente el porcentaje de las solicitudes de los establecimientos penales. Por tanto, expongo en a) los resultados estadísticos sin incluir Erlangen, porque así conseguimos una imagen más correcta de las cifras proporcionales; y en b) se refleja con facilidad en pocas palabras el desplazamiento de las cifras proporcionales, cuando incluimos Erlangen.

a) Resultados estadísticos sin incluir Erlangen

De nuestras 5.856 decisiones se excluyen 2.089 correspondientes a Erlangen, así que quedan aproximadamente unas 4.000, para ser exactos 3.767, que constituyen nuestro punto de partida.

De acuerdo con nuestro planteamiento, ¿cuál es el número de procedimientos iniciados a solicitud de los establecimientos penitenciarios? La respuesta es 301, aproximadamente el ocho por ciento, más exactamente el 7,99 por ciento. El resultado es notable; incluso con la exclusión de Erlangen ni siquiera llega a un diez por ciento de los casos.

Veamos ahora con detalle los resultados de los Tribunales de Salud Hereditaria. La media total de 7,99 por ciento varía esencialmente en las concretas jurisdicciones. Las solicitudes provenientes de los establecimientos arrojan el siguiente resultado:

Amberg	de 389 procedimientos 41= 10, 52 por ciento (+)
Augsburg.....	de 307procedimientos 27= 8, 79 por ciento (+)
Bamberg	de 391 procedimientos 21= 5, 38 por ciento (-)
Bayreuth	de 665 procedimientos 40= 6,16 por ciento (-)
Rosenheim	de 891 procedimientos 29= 3,25 por ciento (-)
Zweibrücken.....	de 687 procedimientos 30= 4,36 por ciento (-)

Straubing, con un centro penitenciario de mayor importancia (presidio), arroja un porcentaje mucho mayor de solicitudes, de 437 procedimientos 113= 25, 85 por ciento (+).

Con ello se ofrecen en principio sólo los números totales, pobres de contenido.

Mayor significado tiene una clasificación de estos números según su relación objetiva.

Desde este punto de vista, los procedimientos ofrecen los siguientes resultados:

En Amberg, de las 41 solicitudes se realizaron 16 esterilizaciones por retraso mental + 12 por alcoholismo; 13 fueron denegadas (9 en las que se alegaba retraso mental y 4 por alcoholismo).

En Augsburg, de 27 solicitudes, se realizaron 24 esterilizaciones por retraso mental; 3 en las que también se alegaba retraso mental fueron denegadas.

En Bamberg, de 21 solicitudes, se realizaron 14 esterilizaciones por retraso mental + 1 por alcoholismo + 2 por epilepsia + 2 por deformidad corporal; 2 en las que se alegaba retraso mental fueron denegadas.

En Bayreuth, de 40 solicitudes, se realizaron 31 esterilizaciones por retraso mental + 3 por alcoholismo + 1 por esquizofrenia + 1 por deformidad corporal; 2 en las que se alegaba debilidad mental + 1, en la que se alegaba epilepsia, + 1, en la que se alegaba deformidad corporal, fueron denegadas.

En Rosenheim, de 29 solicitudes, se realizaron 20 esterilizaciones por retraso mental + 4 por alcoholismo + 1 por epilepsia + 1 por trastornos circulares; 2 en las que se alegaba debilidad mental + 1, en la que se alegaba alcoholismo, fueron denegadas.

En Straubing, de 113 solicitudes, se realizaron 54 esterilizaciones por retraso mental + 19 por alcoholismo + 4 esquizofrenia + 2 por epilepsia; 34 fueron denegadas (27 por debilidad mental y 7 por alcoholismo).

En Zweibrücken, de 30 solicitudes, se realizaron 28 esterilizaciones por retraso mental + 1 por alcoholismo; 1, en la que se alegaba alcoholismo y debilidad mental, fue denegada.

El resultado total de este cuadro se puede resumir así:

(I) En las 300 solicitudes de esterilización (7,99 por ciento) procedentes de los centros penitenciarios se alega como causa de las mismas:

(1) En la mayor parte, retraso mental congénito (art. I, apartado 2, n.^º 1 de la Ley), exactamente 232, de las cuales 187 se realizaron y 45 fueron denegadas;

(2) en una parte importante, alcoholismo grave (art. I, apartado 3 de la Ley), exactamente 53 (40, de las cuales en 6 casos había también retraso mental, se realizaron, y 13 fueron denegadas);

(3) en menor medida, se alegaron otras enfermedades hereditarias en 15 solicitudes; 5 de ellas, en las que se alegó esquizofrenia (art. I, apartado 2, n.^º 2 de la Ley), fueron realizadas (en una de ellas se alegó también retraso mental); en 7 que se alegó epilepsia (art. I, apartado 2, n.^º 4), 6 fueron realizadas y 1 denegada; y en 4 en que se alegó deformidad corporal (art. I, apartado 2, n.^º 3), 3 fueron realizadas y 1 denegada.

(II) Un único caso (301) del Tribunal de Rosenheim (137/36) en el que se alegó trastornos circulares (art. I, apartado 2, n.^º 3) apenas entra en el marco de nuestra investigación.

b) Resultados estadísticos con inclusión de Erlangen

Con la inclusión de las 2089 decisiones de Erlangen, en las que sólo 20 (apenas el 1 por ciento) se produjeron a solicitud del establecimiento penitenciario, se reduce esencialmente el porcentaje de las esterilizaciones realizadas a solicitud de los establecimientos penitenciarios.

Mientras que sin Erlangen de 3767 decisiones, 301 se adoptaron a solicitud de establecimientos penitenciarios (=7, 99 por ciento, aproximadamente el 8 por ciento); con Erlangen, de 5856 decisiones, 321 se realizaron a solicitud de los establecimientos penitenciarios (alrededor del 5 y medio por ciento).

Sin embargo, los resultados objetivos coinciden también en el caso de Erlangen; pues de los 20 procedimientos de esterilización iniciados por este Tribunal a solicitud del establecimiento penitenciario, se realizaron 16 en las que se alegó retraso mental, 2 por esquizofrenia, y otras 2 en las que se alegaron retraso mental y alcoholismo, respectivamente, fueron denegadas.

Como en las otras jurisdicciones, también en la de Erlangen destaca de forma relevante el número de procedimientos por alegación de retraso mental, de 20 solicitudes 16 esterilizaciones fueron realizadas y 1 fue rechazada. Sólo en 3 procedimientos se alegaron otras enfermedades hereditarias (2 esquizofrenias y 1 alcoholismo).

III. LOS RESULTADOS CIMINOLÓGICOS

¿Qué tipo de personas son las que llegan a los procesos de esterilización a solicitud de los establecimientos penitenciarios, y cuáles son los criterios valorativos que se aplican en su tratamiento? De estas cuestiones nos vamos a ocupar aquí detenidamente. Para ello nos apoyaremos en nuestro resultado estadístico total excluyendo Erlangen, que, en todo caso, como ya hemos visto tampoco se modifica materialmente incluyendo el Tribunal de esta ciudad. Según estos datos, 301 decisiones, 237 (el 77, 08 por ciento) se basaron en retraso mental; 53 (el 17, 61 por ciento) en alcoholismo grave, y 16 (5, 31 por ciento) en otras enfermedades hereditarias.

Veamos estos tres grupos con más detalles.

1. Retraso mental. En los Comentarios de Gütz-Rüdin-Rutke (2.^a ed., 1936, p. 119) se entiende como "retraso mental congénito" en el sentido del art. I, apartado 2, n.^o 1: "Cualquier grado de retraso mental diagnosticable en sentido médico como claramente anormal, esto es, desde la idiocia hasta la debilidad pasando por el amplio espectro de variantes de la imbecilidad".

Nuestro planteamiento, como ya los hemos desarrollado al principio con detalle, conduce en este sector del retraso mental a plantear dos importantes cuestiones concretas: 1. ¿Qué papel desempeña el retraso mental congénito en la

esterilización en los casos de los asociales que aquí investigamos?, y 2. ¿Qué importancia tienen la asocialidad y la criminalidad misma en la aplicación o no aplicación de la ley?

La respuesta a la primera cuestión (1) se ha dado ya en lo esencial: entre las 301 solicitudes planteadas por los establecimientos penitenciarios (con excepción de Erlangen) 232, es decir, el 77,08 por ciento = más de tres cuartos, se apoyan en el art. I, apartado 2, n.º 1 de la Ley. De estas solicitudes, 187=80, 6 por ciento, es decir, alrededor de cuatro quintos, fueron concedidas; sólo 45=19, 4 por ciento, fueron rechazadas. La respuesta a nuestra primera cuestión reza, pues, así: el más importante entre los supuestos previstos en la Ley en la esterilización de los internos de los centros penitenciarios es el retraso mental.

Mayor interés tiene la segunda cuestión (2), es decir, qué importancia tienen la asocialidad y la criminalidad en las decisiones que se adoptan conforme a lo previsto en el art. I, apartado 2, n.º 1 de la Ley (de 232=187+45 se describen aquí 58=38+20). Seguidamente, se exponen sistemáticamente las razones que se ofrecen en los fundamentos de las decisiones:

a) *Esterilizaciones basadas en retraso mental (38).*

Augsburg (2): Mujer de carpintero, de 1932 a 1934 fue 6 veces condenada por estafa y hurto. Fue a la escuela auxiliar; tanto ella como su hermano tuvieron problemas escolares; un hermano de su madre intentó suicidarse. El retraso mental intelectual claramente apreciable, le afecta además de forma especialmente fuerte en la esfera de los sentimientos y de la voluntad. Inconstante, de voluntad débil, poca resistencia a sus instintos (cif. 8). Mujer de pintor, plurireincidente. Junto a un moderado defecto intelectual muestra una personalidad profundamente alterada en el plano moral y deteriorada. La madre también era retrasada mental (cif. 13).

Bamberg (2): Asalariado, 20 condenas previas por delitos contra la propiedad y resistencia a la autoridad. Fracaso escolar y vital. Moralmente degenerado, inconstante, pueril y crédulo. Retraso mental congénito (cif. 10). Trabajador auxiliar, casado, tres hijos. 18 condenas previas por robo con violencia y escalo. Fracaso total en los test de inteligencia; también fracaso moral en la vida. De diez hermanos seis están en centros de trabajo y de reeducación y son personas del más bajo nivel mental; padre bebedor de constitución animal; madre melancólica (cif. 18).

Bayreuth (3): Trabajador auxiliar, soltero, nacido en 1902. Mal rendimiento escolar. Tras la guerra se convirtió en un ladrón profesional y fue condenado a 8 meses de prisión por receptación. 1924-1930 en Brasil; se llama a sí mismo el "rey de los aventureros"; para darse importancia se autoinculpa de un robo con homicidio, en el que no tuvo la menor participación. En 1933 en el transcurso de

una riña, en la que también participaba su amante, mató a un agricultor y fue condenado a 5 años de prisión por homicidio, apreciándose como circunstancia atenuante su retraso mental. Test de inteligencia con lagunas, aunque sus conocimientos no son demasiado bajos; pero lo que se destaca en la decisión de esterilización es en esencia que durante toda su vida ha mostrado graves carencias de capacidad de juicio moral. Varios hermanos son degenerados mentales (cif. 5). Trabajador agrícola. Asocial, psicopatía endógena, voluntad débil, personalidad histérica vinculada a un retraso mental de grado menor: "La misma experiencia vital le demostraba su propia debilidad de juicio" (cif. 36). Sastre, casado, tiene un desarrollo mental suficiente para manejarse en la vida, pero su débil voluntad y su actitud de indiferencia le deparan siempre conflictos, su conducta refleja debilidad de carácter y limitaciones mentales (cif. 37).

Rosenheim (12): Se trata preponderantemente de casos evidentes de retraso mental en el aspecto intelectual (n.º 22, 53, 15, 92, 188, 115, 207, 175, 95). A destacar: Trabajador auxiliar, juventud normal, rendimiento escolar relativamente bueno, aunque con escasa capacidad para operaciones de cálculo aritmético. Trabajo en la agricultura, 53 condenas previas, sobre todo por mendicidad y vagabundaje. Actualmente cumple condena de 9 meses de prisión por hurto; bajo desarrollo mental. Se le esteriliza por retraso mental (n.º 209). Retraso mental débil, pero anormalidad sexual, exhibicionismo, 4 condenas previas por delitos contra la honestidad, hay también otras condenas, voluntad débil, impulsivo, hermana con retraso mental, hermanos con ataques epilépticos (n.º 173). Trabajador agrícola, bebe mucho. 20 condenas previas, principalmente por estafa, parece un estafador de altos vuelos, fáciles relaciones con mujeres, mentalmente degenerado, inconstante, voluntad débil, fracaso en aritmética, etc. (n.º 81).

Straubing (12): Padre bebedor y criminal, hijo ilegítimo, pirómano, 3 años de presidio (n.º 106). Trabajador agrícola, casado, delitos contra la honestidad con retrasados mentales, 1 año y medio de presidio; escaso rendimiento escolar, aspecto externo apocado, graves defectos intelectuales y degeneración moral, tres hijos (n.º 42). Incendia un local de su novia, porque no le gusta, 2 años y medio de prisión (n.º 40). Afilador, casado, psicópata esquizoide, personalidad débil, familia degenerada, tentativa de incendio, 3 años de prisión. No se tiene en consideración su relativa habilidad profesional (n.º 134). Casos límites, en los que lo decisivo para acordar la esterilización es conforme a los criterios jurisprudenciales la posibilidad de cometer delitos en el futuro y la degeneración moral (n.º 23 y 55). En otros casos se aprecian graves defectos intelectuales y morales (n.º 89, 24, 19, 35, 142, 162).

Zweibrücken (7): Menos perturbación de la inteligencia que atrofia de la personalidad total (cif. 12). Deficiente rendimiento escolar, tuvo que repetir tres veces, aunque después mostró una cierta madurez. Trabaja como policía (!);

deficiente capacidad para el cálculo aritmético, mediana capacidad en la formación conceptual, voluntad débil, se apropió de dinero, esterilización (cif. 13). Escaso nivel intelectual, conocimiento vital con lagunas y poca capacidad de juicio, además relevantes defectos morales (cif. 19). Suicidio de la madre, hermana psicópata, test de inteligencia aceptable, pero deficiente capacidad de juicio, hábil simulador, moralmente degenerado: proxeneta de su mujer (cif. 21). Otros casos no plantean problemas (cif. 2, 9, 17).

b) Decisiones denegatorias (20).

De interés son los fundamentos de las decisiones en las que se rechaza la esterilización solicitada. Veamos algunas muestras de las mismas.

Augsburg (2): Sorprendentemente buenas respuestas, constitución vital muy buena y sana, también toda su imagen de la personalidad habla en contra del retraso mental, dos anteriores condenas de 1926 y 1934 no significan todavía una actitud asocial (cif. 12). La psicopatía no es suficiente, a ella deben añadirse defectos intelectuales probados a los que puedan conducirse un retraso mental moral, que por sí mismo no está previsto en la Ley (cif. 19).

Bamberg (1): Caso límite entre imbecilidad y debilidad, el Tribunal no está convencido de que exista un alto grado de subnormalidad. No existen antecedentes familiares de enfermedad mental. La degeneración moral sola no es suficiente (cif. 9).

Bayreuth (1): Limitaciones psíquicas, pero dudosos retraso mental en el sentido legal (cif. 21).

Straubing (21): Empleado durante 6 años y luego 9 años en una frutería. No está probado el menor grado de retraso mental. Tiró una piedra contra un tren (n.º 26). Del campo, 1 año y 9 meses de presidio por perjurio, su comportamiento no muestra un defecto intelectual relevante (n.º 29). Familia criminal, pero los defectos morales no son suficientes, si no se añade a ello un defecto intelectual relevante (n.º 88). Lo mismo se dice en otros casos, en los que también hay alguna carga relevante (n.º 94, 81, 10). Retraso mental moral es una contradicción; la constitución criminal como defecto constitucional sólo en casos límite puede tener influencia (n.º 161). Se puede considerar deseable esterilizar personas que siempre reinciden, porque nada bueno puede esperarse de su descendencia, pero esto debe decidirlo el legislador, no el Tribunal de Salud Hereditaria (n.º 108). Los criminales no son como tales retrasados mentales, si sus defectos de personalidad no se reflejan en fallos intelectuales (n.º 75). En otros casos falta la necesaria prueba (n.º 28, 6, 111, 66, 67, 68).

Zweibrücken (1): Tornero, soltero, nacido en 1915. Delitos contra la moral, maltrato de animales. No basta con que haya tenido que repetir dos cursos en

la escuela. Los delitos son consecuencia de su falta de inhibiciones, frecuente en los años de desarrollo, no de un retraso mental congénito (cif. 5).

El resultado de esta praxis en la aplicación del art. I, apartado 2, n.^º I (retraso mental congénito) de la Ley de 14 de julio de 1933 es para todos los sectores indicados claramente inequívoco y, en su conjunto, también simple. Se puede resumir así: la asocialidad, la criminalidad, incluso la reincidente y grave, y el retraso mental moral, incluso el congénito, no se consideran suficientes para fundamentar una esterilización conforme a los supuestos previstos en el art. I, apartado 2, n.^º I y ss., de la Ley de 1933. En todos los casos se exige la existencia de un retraso mental intelectual, o por lo menos una modificación congénita de la personalidad total frente a la norma, que incide también en el aspecto intelectual. Por otro lado, en los casos límite, se atribuye a la asocialidad, degeneración moral y criminalidad una importancia decisiva e incluso fundamental. En casos dudosos, en los que quizás podría haberse prescindido de la esterilización, se utiliza esta situación para decretarla. Ello se corresponde por lo demás con la opinión de la doctrina y la jurisprudencia.

Por consiguiente, la cuestión que frecuentemente desempeña el papel decisivo en el enjuiciamiento de nuestros sociales criminales es la “forma de comportarse correctamente en la vida” (“Lebensbewährung”) (Gütt-Rüdin-Ruttké, pp. 124 ss.). En principio, esta interpretación del art. I, apartado 2, n.^º I de la Ley y la praxis jurisprudencial que la aplica, desde el punto de vista de un criminólogo, debe ser saludada favorablemente. Es más: incluso uno se puede sentir inclinado, más allá de los aspectos positivos y negativos que pueda tener, a acentuar y subrayar ampliamente este punto de vista. Frente a los “test de inteligencia”, expuestos a todo tipo de manipulaciones y artificiosidades, la mejor forma de conocer el carácter y la inteligencia es la vida misma. Y ya que las “psicopatías” no son, como se sabe, motivo legal para decretar la esterilización, existe frente a algunos grupos de criminales con alteraciones de su personalidad total la innegable necesidad práctica de posibilitar su esterilización por la vía del “retraso mental congénito”. Ciertamente ya no creemos hoy en una “constitución criminal” hereditaria como tal, pero indudablemente hay en algunas raleas o estirpes constituciones hereditarias o grupos constitucionales que en gran medida están inclinados a la criminalidad. Y desde luego tales raleas asociales y criminales son un peligro para la vida en común. Su constatación no llegará nunca de la mano de un sistema esquemático, sino por una “forma de comportarse correctamente en la vida” o por su ausencia en los logros raciales. Un permanente “fracaso” real se basa la mayoría de las veces aquí y allá intelectual y emocionalmente.

Pero, por otro lado, quien se “comporta” en la vida, aunque sólo sea en las situaciones más simples y menos complicadas, tampoco es generalmente un “retrasado mental”. La vida requiere también de gente simple, y sería absurdo

querer eliminarla para mejorar la raza. No se debe, por tanto, construir el concepto de “retrasado mental” de forma completamente unilateral, de acuerdo con una Psicología del conocimiento y de la asociación y su ideología decimonónica, exagerando el aspecto intelectual. Pues para el pensamiento científico espiritual y con ello para el sociológico y criminológico, es un hecho conocido que los procesos del pensamiento no existen por sí mismos ni desvinculados de su fundamento emocional, y que las verdaderas fuerzas vitales de la persona descansan en ese fundamento emocional. Quien, incluso en los círculos más modestos, se revela como una persona aprovechable, no se le puede generalmente en aras de los logros raciales negar su derecho a la existencia. Cuando una conducción instintiva es buena y correcta, ya no importa tanto un “conocimiento” a menudo engañoso y condicionado por el azar, ya sea un conocimiento aprendido en la escuela o en la vida. Para quien en su círculo vital “se comporta”, debe en nuestra opinión quedar por lo general fuera del ámbito de aplicación del art. I, apartado 2, n.^º 1 de la Ley.

2. Alcoholismo. Tampoco está muy claro qué es lo que debe entenderse por “alcoholismo grave” en el sentido del art. I, apartado 3 de la Ley de 14 de julio de 1933. En los Comentarios de Gütt-Rüdin-Ruttke (*a. cit.*, p. 171) se destaca que lo decisivo “no es el estado de embriaguez, sino la imagen que el sujeto ofrece cuando está sobrio, y ciertamente no sólo como persona individual, sino como miembro de la comunidad”. Meggendorfer (*Die Diagnose der Erbkrankheiten*, 1936, p. 114) considera alcoholismo “grave”, 1.) los estados patológicos de embriaguez, la inequívoca dipsomanía endógena, la epilepsia alcohólica, las celotípias de bebedor, las alucinaciones alcohólicas y las psicosis con el síndrome de Korsakow; pero también 2.) cualquier tipo de alcoholismo en personas con problemas o taras psíquicas, asociales, criminales o mujeres.

Es interesante ver cuáles son los criterios utilizados para decidir la aplicación del art. I, apartado 3, de la Ley. Para ello hay también que distinguir entre:

a) Esterilizaciones basadas en alcoholismo grave (40).

Amberg (12): comerciante, casado, nacido en 1891, en campo de concentración, alcohólico innato y crónico, con malas experiencias y condenas judiciales, ni la Policía consigue apartarlo de la bebida, abandona la familia (n.^º 99). Con antecedentes familiares, padre bebedor, desde los 16 años consume 10 litros de cerveza diarios, tras la Guerra incluso 15 litros, cuando está embriagado se comporta de forma brutal y violenta (n.^º 61). Electricista, completamente entregado al alcohol, realiza acciones punibles, abandona a la familia, dos hijos con retraso mental (n.^º 24). Taras relevantes, voluntad débil, bajo nivel social, cuando está embriagado muestra actitudes violentas y realiza otros actos delictivos, de nada sirven las admoniciones; estos síntomas se dan también en otros casos (n.^º

63, 64, 138, 130, 141, 52, 68). En dos casos hay incesto con la propia hija (n.^o 128, 2 años de presidio; n.^o 145).

Bamberg (1): 20 condenas anteriores (n.^o 16).

Bayreuth (3): nada especial (n.^o 2, 8, 15).

Rosenheim (4): en poco tiempo se ha bebido la herencia de su madre; de vez en cuando pasa 8 y 10 días por bares en estado de embriaguez; ha sido condenado 10 veces por mendicidad, por resistencia a la autoridad y otros delitos a 5 meses de prisión; psicópata paranoide; padre bebedor, de igual pronóstico (n.^o 44). Electricista, casado, hijo de constructor; algunas épocas del año no bebe, pero después "completamente liquido". El dinero para la bebida lo consigue mendigando y realizando pequeñas estafas y hurtos (n.^o 198). Cuidador de caballos, soltero; su padre era un hombre trabajador, no hay ninguna queja de sus hermanos, pero él sí es conocido como bebedor habitual; ha robado a su padre y ha sido condenado ya 6 veces (n.^o 271). Mecánico; hace años que bebe, jugador empedernido, no tiene un trabajo regular, aspecto externo característico de bebedor, voz ronca, temblores, 6 condenas por estafa en 20 casos, 1 año y medio de prisión (n.^o 454).

Straubing (19): con antecedentes familiares, padre bebedor, suicidio, seis hermanos bebedores; ha sido condenado 24 veces; enfermedades sexuales; abusos sexuales de niños; 2 años de presidio; compulsión patológica al consumo ilimitado de alcohol sin pensar en las consecuencias (n.^o 16). Pastor, divorciado, de 1914 a 1917 estuvo en el ejército, casi siempre en hospitales; 1 año y medio de presidio por robo con fuerza en las cosas; incapacitado por causa de su alcoholismo; él mismo solicita su esterilización (n.^o 95). Cocinero de barco, con buen nivel en su trabajo, condenas anteriores por contrabando, estafa, allanamiento de morada, apropiación indebida, lesiones, mendicidad, tentativa de agresión sexual; 1 año de presidio; constitución patológica; tendencia a la bebida y a visitar burdeles; ha cometido delitos en estado de embriaguez (n.^o 11). Vida inestable; consume alcohol de forma compulsiva y continuada a pesar del daño corporal y de la pérdida de rango; custodia de seguridad (n.^o 39, parecido n.^o 45, ya durante el servicio militar; n.^o 87, violento y abusa de menores; n.^o 128, con fuertes tendencias sexuales; n.^o 127, robo, 5 y medio de presidio; n.^o 126, n.^o 111/36); graves delitos de sangre cometidos en estado de embriaguez (n.^o 22, 76, 25, 138, 146, 47, 5, 76, 77).

Zweibrücken (1): nada especial (cif. 10).

b) Decisiones denegatorias (13).

Amberg (4): aunque la personalidad no está exenta de objeciones y hay degeneración moral, no consta un alcoholismo grave (n.^o 68, 142). El Tribunal Superior de Salud Hereditaria anula la decisión de esterilización en base a la

inexistencia de un consumo de alcohol excesivo; hasta 1935 en arresto (n.º 136). Bebe más cerveza de lo necesario, pero no es un alcohólico y no consta que haya cometido delitos por influencia del alcohol (n.º 141).

Rosenheim (1): no se constatan los datos que se dan en los fundamentos (n.º 92).

Straubing (7): estuvo en la guerra, voluntario, fue condenado por un delito de lesiones con resultado de muerte en estado de embriaguez a 5 años de prisión, pero tanto su comportamiento en la guerra como en el presidio hablan en contra de un alcoholismo grave (n.º 13). Luchó contra espartaquistas (revolucionarios), pero su conducta profesional no ha sido correcta, condenado a 2 años de presidio por actos deshonestos, no se comprueba un alcoholismo grave (n.º 17, también ausencia de prueba en n.º 21). Comete algunos delitos por influencia del alcohol, pero no consta un consumo habitual (n.º 137). Criminal incorregible, también bebedor, pero no consta un consumo habitual de alcohol, 5 años de presidio por un delito de lesiones con resultado muerte; la esterilización es denegada por el Tribunal Superior (n.º 130). Homicidio, 8 años de presidio, pero buen comportamiento en campaña y no es un bebedor habitual (n.º 156). No se prueba una tendencia a un consumo excesivo continuado de alcohol (n.º 158).

Zweibrücken (1): en el fondo se plantea la cuestión del retraso mental, pero se deniega la esterilización (cif. 5).

Si analizamos los casos en los que se plantea la cuestión de un alcoholismo grave en el sentido del art. I, apartado 3, de la Ley de 13 de julio de 1933, el resultado es aquí también relativamente claro y simple. Lo primero que sorprende es que en nuestros casos de asociales criminales faltan casi completamente las llamadas reacciones alcohólicas anormales o patológicas en sentido estricto con sus difíciles y complicadas cuestiones de naturaleza psicológica-psiquiátrica. Casi siempre se trata de cosas externas, fácilmente perceptibles, sobre todo de tres puntos de vista decisivos: de la cuestión del consumo excesivo de alcohol, del problema de la dependencia del alcohol y con ello del consumo regular, y, finalmente, lo que la mayoría de las veces es decisivo, de la cuestión de la incorregibilidad; independientemente de las malas experiencias, de los daños físicos y psíquicos, del fracaso económico, de la condena judicial, del sufrimiento familiar. También aquí, como en los casos de retraso mental, lo que verdaderamente importa es la forma de conducción de vida, es decir, si el sujeto "se comporta correctamente" ("Lebensbewährung") o no.

Desde el punto de vista del criminólogo, también se puede estar de acuerdo con ello. Cuando a causa del consumo fuerte de alcohol hay un descenso social, será muchas veces efectivamente dudoso poder hablar de un alcoholismo "grave" en sentido legal. Pero cuando la consecuencia del consumo excesivo de alcohol es

un continuo hundimiento en las relaciones sociales, asocialidad y finalmente criminalidad, entonces vienen en consideración junto al criterio puramente biológico hereditario otros muchos daños a la descendencia futura. Y es indudable que estos daños también deben ponderarse de forma desfavorable; ya que, en el sentido de la Ley, también impiden una descendencia sana y una vida correcta.

3. Otras enfermedades hereditarias (16):

Apenas aportan algún dato de importancia para nuestro tema.

Esquizofrenia (art. I, apartado 2, n.º 2, de la Ley) (5): se trata de la comprobación psiquiátrica de una patología esquizofrénica, que se da por probada en los cinco casos (Bayreuth, cif. 35, Straubing, n.º 6, 115, 98, 105). Delincuente y asocial de importancia, “esquizofrenia estacionaria” en Baureuth, cif. 35. En los casos de Straubing también hay retraso mental.

Patologías circulares (art. I, apartado 2, n.º 3, de la Ley) (1): un caso de Rosenheim, n.º 137, abusó de un menor de cuatro años. Declarado inimputable conforme al art. 51 del Código penal; la solicitud de esterilización proviene de la prisión AG para preventivos.

Epilepsia hereditaria (art. I, apartado 2, n.º 4, de la Ley) (7): se trata de la comprobación de la existencia de ataques epilépticos, que en 6 casos fueron probados (Bamberg, cif. 4 y 8, Bayreuth, cif. 4, Rosenheim, n.º 109, Straubing n.º 85, 162, 34); sólo en 1 caso no se probó esta patología (Bayreuth, cif. 13). En Bamberg, cif. 8, al mismo tiempo hay problemas caracterológicos: desconfiado, irritable, agresivo, viscoso, egocéntrico. Straubing, n.º 85, no se prueba el trauma alegado.

Deformidad corporal grave (art. I, apartado 2, n.º 8, de la Ley) (8): esterilización por parálisis muscular, doble distrofia muscular (nacido en 1898, la padece desde 1922), un hermano (nacido en 1895) padece el mismo mal (desde 1911), otro hermano padece una deformidad de hombros, el hijo tiene la cabeza inclinada a un lado, entre otros síntomas en la familia hay escrofulosis, deformidades, idiocia, alcoholismo (Bamberg, cif. 3). Esterilización por deformidad, muestra desde la juventud retraso mental, degeneración, asocial y criminal (Bamberg, cif. 7). Luxación de cadera que no tiene antecedentes ni por parte de padre ni de madre, se considera por el Tribunal insuficiente y se deniega la esterilización (Bayreuth, cif. 38).

Una posterior valoración de estos casos no es necesaria.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURAS VÍAS Y METAS DE LA INVESTIGACIÓN

Hemos llegado al final de nuestras investigaciones. Como ya hemos advertido al principio, ellas no son más que un primer paso y no agotan el tema.

¿Qué es lo que puede ocurrir en lo sucesivo en nuestro ámbito? Dos cosas vienen en consideración:

1. En primer lugar, debería renunciarse a limitar (las esterilizaciones de los asociales) a aquéllas acordadas por los Tribunales de Salud Hereditaria, en cuya jurisdicción haya establecimientos penitenciarios, y a solicitud de los tales; pues hay evidentemente también otros asociales criminales que no están comprendidos en nuestra relación. Dos ejemplos extraídos de nuestro material, en los que la solicitud no provenía del establecimiento penal, pueden ilustrar esto:

a) Rosenheim, N.º 143/34: albañil, divorciado, nacido en 1877, esterilizado por alcoholismo grave (art. I, apartado 3, de la Ley). Padre y tres hermanos bebedores habituales; él mismo se embriagaba ya con doce años. Después consumía diariamente de 8 a 12 litros, a veces incluso más. Actualmente se embriaga ya con 3 litros de cerveza, pero bebe aún más. Cuando está embriagado realiza actos exhibicionistas. En 1932 se masturbó delante de una niña de 8 años. Ha sido condenado varias veces, ocho por exhibicionismo, a penas de entre dos años y dos años y seis meses de prisión. Graves defectos éticos, sin sentimientos de vergüenza y arrepentimiento. Situación afectiva átona, indiferente. Sólo tiene satisfacción sexual infligiéndose daño a sí mismo; para llegar a la eyaculación, tiene que pincharse un alfiler o algo similar en los genitales; se ha hincado un cuchillo en sus genitales, cortándose el glande y el escroto. No tiene ninguna satisfacción con mujeres. Moralmente degenerado por el alcohol, elevada excitabilidad. Todavía en edad con capacidad de reproducción.

b) Rosenheim, N.º 182/34: A. B., soltera, sin profesión, nacida en 1902. Esterilizada por retraso mental (art. I, párrafo 2, núm. I, de la Ley). Lee y escribe con dificultad; no sabe resolver operaciones aritméticas elementales; casi sin instrucción y apenas conocimientos de la vida; nunca ha ido regularmente a la escuela. Siempre iba de un lugar a otro cuando vivía con sus padres; sin instrucción profesional; sólo ha trabajado ocasionalmente en las minas de turba y en la recogida de espárragos. Se la ve ir de un lugar a otro mendigando. Ha sido condenada diez veces por mendicidad y vagabundaje en grupo. Tuvo su primera relación sexual a los 17 años, y ha tenido tres hijos extramatrimoniales. Actualmente se encuentra de nuevo embarazada. Comportamiento: desconfiado, reticente; situación afectiva colérica y sexualmente impertinente; pensamiento errático y superficial. Le son aplicables tanto el número I, como el 8 de la Ley; tiene seis dedos respectivamente en las manos y en los pies, igual que uno de sus hijos.

2. Además los asociales no debe reducirse a los criminales; pues no todo asocial necesita ser o llegar a ser un criminal. No tenemos reparos en insistir que aquí es donde propiamente comienzan las cuestiones más interesantes de nuestro ámbito. ¿A qué clase de personas se refieren los nueve supuestos de enfermedades hereditarias mencionados en los apartados 2, n.º 1-8, y 3 del art. I?, ¿a los

asociales o, prescindiendo de su enfermedad, a personas socialmente valiosas, quizás incluso aquí y allí incluso a alguna de nivel superior a la media? A la larga no nos podremos sustraer a esta cuestión, por más que en principio quede fuera de los fines de la Ley. Desde luego, hoy podemos dar ya por sentado que los asociales en su mayor parte estarán comprendidos en el ámbito de la debilidad mental (art. I, apartado 2, n.º 1) y del alcoholismo grave (art. I, apartado 3).

CAPÍTULO V

BAJADA A LOS INFIERNOS:

LAS VISITAS DE EDMUND MEZGER AL CAMPO DE CONCENTRACIÓN *DE DACHAU EN 1944*

Entre la abundante documentación que llegó a mis manos o yo mismo descubrí en los Archivos y Bibliotecas alemanas en los años 2000-2002 en relación con la vida y actividades de Edmund MEZGER, en septiembre del año 2002 recibí, de forma inesperada e incluso fortuita, remitida con urgencia por el Bundesarchiv de Berlín, la copia de un expediente en bastante buen estado de conservación. En él consta la tramitación de una solicitud que hizo en marzo de 1944, en nombre y a petición expresa del propio Edmund MEZGER, el Jefe de la Oficina de Seguridad del Reich, Coronel Werner, para que el citado penalista pudiera examinar directamente cuando lo creyera conveniente a ciertos tipos de sujetos que se encontraban recluidos en los campos de concentración y especialmente en el de Dachau.

La importancia de estos nuevos documentos, que no hacen sino confirmar una vez más la estrecha vinculación que, como ya he demostrado en anteriores capítulos, tenía MEZGER con el régimen nazi y con los aspectos más repugnantes del mismo (esterilización de asociales, castración de homosexuales, internamiento de los “extraños a la comunidad” en los campos de concentración, etc.), es evidente. Sin embargo, ya no pude tenerlos en cuenta en la 3.^a edición del presente libro, que en esos momentos se encontraba en avanzado estado de impresión y apareció a finales de octubre del año 2002. Lo único que pude hacer entonces, para por lo menos dar noticia de su existencia, fue transcribir un párrafo de uno de ellos en la contraportada de la nueva edición, prometiéndome a mí mismo publicarlos apenas tuviera tiempo y ocasión para hacerlo.

La insistencia de algunos colegas y amigos en que los publicara lo antes posible, para, entre otras cosas, desenmascarar de una vez por

todas a algunos fervorosos admiradores de MEZGER, que se habían empeñado con burdas y ridículas críticas injuriosas, convenientemente difundidas por algunos de la misma pandilla, en desacreditar mis anteriores trabajos, y la siempre amable disponibilidad que encontré en Juan Carlos Ferré Olivé para publicarlos con la máxima rapidez en la Revista Penal, me convencieron finalmente para hacerlo. El trabajo fue efectivamente publicado por primera vez, en enero de 2003, en la Revista Penal 11, pp. 81 ss. Posteriormente ha sido publicado también en Argentina, en Revista de Derecho Penal, Buenos Aires 2002, 2, pp. 571 ss., gracias a la amable acogida de su director Edgardo Donna. También hay una versión alemana de Moritz Vormbaum, con el título *Die Besuche von Edmund Mezger im KZ Dachau*, en Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 4, 2002/2003, pp. 371 ss. En la versión recogida en este capítulo he añadido algunos datos bibliográficos más y he suprimido algunas referencias coyunturales irrelevantes. También se añade como Apéndice fotocopia del expediente original.

I. LA AKADEMIE FÜR DEUTSCHES RECHT Y LA SESIÓN EN BAD SALZUNGEN EL 28 DE FEBRERO DE 1944

Según el CD-ROM Enziklopädie des Nationalsozialismus (Teil II: Lexikon: Akademie für Deutsches Recht, p. 871), “la *Akademie für Deutsches Recht* fue fundada el 26.6.1933, por iniciativa de Hans Frank para la «realización del Programa nacionalsocialista en todo el ámbito del Derecho», en un «Código del pueblo», conforme a criterios jurídicos”. De hecho, pronto se convirtió en una institución a la que pertenecía lo más granado de la teoría y la praxis jurídicas para ir adaptando el Ordenamiento jurídico alemán a las directrices políticas e ideológicas de dicho régimen, en un proceso que uno de sus dirigentes, el temido Roland FREISLER, llamó de “renovación del Ordenamiento jurídico” (“Erneuerung”)¹. Su meta no era otra que seguir “la voluntad del Führer” como expresión última del “sano sentimiento del pueblo alemán” y fuente última de todo Derecho.

En este órgano se fueron analizando y estudiando durante todo el período nazi y hasta sus últimos momentos los más importantes Proyectos de Ley que luego se convirtieron en las normas más características del régimen, como, por ejemplo, las famosas Leyes racistas de Nuremberg de 1935. Uno de estos Proyectos de Ley fue el que tenía por objeto el “tratamiento”, es decir, la castración, esterilización y exterminio en los campos de concentración, de los llamados “extraños a la comunidad”. Este Proyecto, como ya hemos puesto de relieve en un anterior

¹ Sobre la “Erneuerung” véase FROMMEL, Von der Strafrechtsreform, pp. 45 ss. También TELP, Ausmerzung und Verrat, pp. 105 ss., expone algunas de las tesis de Freisler al respecto.

capítulo², antes de convertirse en Ley en 1944 fue objeto de numerosos trabajos preparatorios tanto en Comisiones creadas al efecto por los Ministerios de Justicia e Interior, como en Comisiones de la propia Akademie, que con ello demostraba la importancia que le daba el régimen a esta materia. Así, por ejemplo, el 19 de agosto de 1938 se llevó a cabo una sesión de trabajo en la Comisión para el Derecho de asistencia y bienestar de la Akademie en la que se establecieron algunas de las bases que luego se recogieron en los Proyectos posteriores, y en la que por cierto tuvo una intervención brillante y destacada el entonces joven catedrático de Derecho penal y poco más tarde Rector de la Universidad de Breslau, Heinrich HENKEL, también destacado miembro del Partido nazi³.

Entre los especialistas que más destacadamente colaboraron en la redacción de este Proyecto se encontraban, como ya se ha dicho anteriormente⁴, los Profesores de la Universidad de Múnich, el criminólogo Franz EXNER y el penalista Edmund MEZGER. Gracias, entre otras cosas, a la decisiva intervención de este último, el Proyecto estaba ya prácticamente terminado a finales de 1943, a falta de pequeños detalles y, naturalmente, del informe favorable de la Akademie.

También se ha señalado anteriormente⁵ la importancia que desde el primer momento tuvo para el régimen nazi la lucha contra la criminalidad habitual, la pequeña delincuencia, la marginalidad y los comportamientos asociales, entre los que se incluían diversos grupos de sujetos, como mendigos, vagabun-

² Véase *supra* capítulo III.

³ El Acta de dicha sesión se encuentra recogida en AYASS, "Gemeinschaftsfremde", documento n.^o 74.

⁴ Véase *supra* capítulo III.

⁵ Véase *supra* capítulo III.

dos, prostitutas, homosexuales, gitanos, etc. Las razones de esta actitud de hostilidad hacia estas personas, a las que una Ley española de 1933 llamaba “Vagos y Maleantes” y la Ley de Peligrosidad Social de la dictadura franquista que vino a sustituirla en 1970 “peligrosos sociales”⁶, son fáciles de entender si se miran desde el punto de vista que ellos lo hacían de disciplinamiento social, de uniformidad y pureza racial de una “comunidad del pueblo” que tenía que cumplir “su destino en lo universal” y en la que no cabían, por tanto, ni los “extraños a la comunidad” ni los que pertenecían a razas inferiores, a los que se calificaba de “subhumanos” o “seres inferiores” (“Untermenschen”). Evidentemente, detrás de esta ideología, a veces pura palabrería rayana en la estupidez, había también razones de tipo económico y de control de la disidencia política y de la oposición al régimen nacionalsocialista.

Era, por tanto, lógico que se le diera especial importancia al debate del Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad y que éste fuera discutido en el seno de una de las principales instituciones jurídicas creadas por el régimen para asegurar que las normas jurídicas se ajustaran al ideario del

⁶ Sería aconsejable estudiar también los orígenes ideológicos de estas leyes y sobre todo, en relación con la Ley de Peligrosidad Social franquista, las concomitancias que pudieron tener con la ideología nazi, racista, homófoba, etc., algunos de sus principales redactores. No hay que olvidar que entre el grupo de juristas que informaba los Proyectos de Ley, sobre todo los de carácter penal, de los ganadores de la Guerra civil, deberían encontrarse alguno de los inspiradores de “perlas” tales como el art. 133 del Anteproyecto de Código penal de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, en el que se castigaba con pena de prisión, aparte de en el párrafo 1.^º “el comercio, venta, suministro o fabricación de efectos o productos anticoncepcionales” que luego pasó a ser el art. 416 del Código penal de 1944 que estuvo vigente hasta 1977, en el párrafo 2.^º “el matrimonio con persona de raza inferior”.

mismo. Y, por ello, a principios de 1944, concretamente el 29 de enero, el Prof. Edmund MEZGER, quien, como ya hemos demostrado anteriormente en el capítulo III, era el verdadero padre espiritual o autor intelectual de este Proyecto, muchos de cuyos preceptos e incluso el nombre de “extraños a la comunidad” habían sido inspirados por él, recibió una carta del Dirigente Ministerial del Ministerio de Justicia del Reich V. SUCHOMEL, invitándole a asistir y pronunciar una conferencia en la sesión de la Akademie que sobre el Proyecto iba a tener lugar el 28 de febrero, en la que iban a estar presentes además del propio SUCHOMEL los más destacados especialistas, profesores, jueces, fiscales, dirigentes del Ministerio de Justicia y Jefes de la SS, directamente interesados en el tema.

A dicha invitación respondió con prontitud MEZGER, en carta de 3 de febrero, aceptando con entusiasmo la invitación y preguntándole sobre algunos detalles de cómo debería ser su intervención. El texto de esta carta manuscrita se encuentra en el Bundesarchiv de Berlín, BA R 22/944, folio 87, y dice literalmente así:

DR. EDM. MEZGER PROFESSOR DER RECHTE	MÜNCHEN, DEN 3. Februar 1944 KAULBACHSTRASSE 89 AN DER UNIVERSITÄT
---	--

*Al Señor Dirigente Ministerial V. Suchomel
Ministerio de Justicia. Berlin*

Muy respetado Señor Dirigente Ministerial!

Confirmo con especial agradecimiento la recepción de su escrito de 29 de enero sobre la reunión con la Comisión de la Akademie für Deutsches Recht para la nueva redacción de la Ley de Extraños a la Comunidad Nr. 5401/1/44 V./Gu. Inmediatamente me pondré a preparar la sesión que tendrá lugar el 28 febrero 1944 en Bad Salzungen.

Sobre ello me permito todavía plantearle la siguiente cuestión: Si entiendo bien su escrito, en la conferencia debe tratarse el presente Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad como

derecho vigente. ¿O deben tratarse, en la medida en que las ponencias se ocupen de ello, sus preceptos todavía de una forma crítica?

Gracias a la editorial Beck de Múnich me permito hacerle llegar un ejemplar de la conferencia que daré el 5.6.44 en la Academia Bávara de Ciencias sobre “Problemas de Psicología criminal en Derecho penal”. En ella me ocupo de algunas cuestiones relacionadas con nuestro tema.

Con mis mayores respetos

Heil Hitler

Su

Dr. Mezger

Esta carta es contestada por el citado Dirigente Ministerial con otra igualmente manuscrita de 7 de febrero de 1944 (sello de la cancillería de 9 febrero 1944), que se encuentra en B. Archiv/ Schäfer. La carta es en algunos párrafos prácticamente ilegible, pero en ella se puede leer que además de agradecer a Mezger su disponibilidad a participar en la citada reunión de Bad Salzungen, le dice que debe considerar el Proyecto ya como Derecho vigente, agradeciéndole también el envío de su trabajo sobre “Problemas de Psicología criminal en Derecho penal”, “que para nosotros es muy importante”.

El lugar donde se iba a celebrar la Sesión, situado en plena Turingia, era especialmente idóneo para la misma, no sólo desde el punto de vista paisajístico y turístico, sino por su especial vinculación con el régimen nazi y por encontrarse en sus cercanías una sección del campo de concentración Buchenwald.

No hay constancia, o por lo menos no la he podido conseguir⁷, de cómo transcurrió dicha sesión y del contenido de las

⁷ Existe una edición de los Protocolos de las Comisiones de esta Akademie, editados por el Profesor de la Universidad de Kiel, Wener Schubert

distintas intervenciones que en ella se dieron, aunque sí, como veremos seguidamente, de que se celebró y de que en ella se tuvieron que discutir y valorar detenidamente los aspectos más complejos que iba a plantear en la práctica la aplicación de la Ley de Extraños a la Comunidad, en cuya entrada en vigor inmediata estaba muy interesado el régimen y su principal institución para el control del llamado “frente interior”, la SS. Lo que sí sabemos, por sus resultados, es que el texto del Proyecto que se presentó en la misma tuvo que ser valorado positivamente, porque poco después, el 17 de marzo, se publicaba una versión definitiva del mismo que ya hemos traducido y comentado en otro lugar⁸.

No cabe duda de que la intervención de MEZGER tuvo que ser el colofón que le dio la legitimación científica y académica que los nazis, más por razones de imagen, que por necesidad, querían que tuviera un texto tan poco presentable, incluso en aquellos momentos de “guerra total”, en los que no debería

(Protokolle der Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht 1933-1945, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main 1999), cuyo tomo VIII recoge los protocolos de la “Ausschüss für Strafrecht” (“Comisión de Derecho penal”), a la que pertenecía Mezger. Entre ellos no se encuentran los de la sesión de 28 de febrero de 1944 en Bad Salzungen, lo que no quiere decir que no se celebrara, pues, además del intercambio epistolar entre Mezger y Suchomel sobre dicha reunión, está la carta, que se transcribe más adelante, en la que el Coronel Werner le comunica a Mezger que su solicitud de visitar el campo de concentración de Dachau ha sido aprobada (18 de marzo de 1944), le pregunta que si se ha recuperado ya de la fatigosa reunión de Bad Salzungen y le dice que el Proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad va a ser aprobado por el Gobierno. En todo caso, agradezco al Profesor Schubert su amable ayuda en la búsqueda de este documento y su excelente información sobre las actividades de la Akademie.

⁸ Véase *supra* capítulo III.

haber mucho interés por las sutilezas y complicados argumentos jurídicos del Profesor de Múnich. Contar con todo un Herr Professor no era sólo garantía de calidad y nivel científico (*Germania docet, made in Germany, deutsche Gründlichkeit*), era también una buena forma de vencer la escasa y tímida resistencia que pudiera ofrecer algún jurista purista, excesivamente preocupado por las formalidades y garantías jurídicas. MEZGER, que en un informe secreto de la SS de 1938 había sido calificado, “por su pedantería y pesadez”, como una persona poco apta para la lucha académica en la nueva Universidad⁹, era, sin embargo, el hombre ideal para darle legitimidad científica a cualquier opinión o texto jurídico, por disparatado que fuese.

Pero durante los días que durase aquella “memorable” reunión, MEZGER no sólo tuvo que dar la conferencia, a la que expresamente le invitaba Suchomel, e intervenir directamente en las conversaciones y discusiones científicas, sino que debió interesarse también especialmente por la aplicación práctica de la Ley, “su Ley”, que iba a entrar inmediatamente en vigor. Probablemente quería ver sobre el terreno cómo se llevaban a la práctica sus fantasmagóricas clasificaciones de los delincuentes, las diferencias entre delincuentes por tendencia y delincuentes por inclinación, los que debían ser calificados de “incorregibles” y entregados directamente a la Policía para su custodia y los que todavía podían ser objeto de alguna medida de corrección porque estaban sólo “inclinados”, pero no tenían “tendencia” al delito, que era como se calificaba a los refractarios al trabajo, a los “inútiles” como los llamaba, que ya habían desaparecido de las calles pero que en algún sitio debían estar. ¿Dónde mejor que en los campos de concentración en cuyo frontispicio estaba colocado un cartel que decía “Arbeit macht frei”, aunque bien

⁹ Véase el texto de este informe *infra*.

es sabido que más correcto hubiera sido poner el que, según Dante, estaba en la puerta de Infierno: "Abandonad toda esperanza"?

Así que MEZGER pidió expresamente visitar esos campos de concentración, de los que seguramente había oído hablar mucho, pero que probablemente aún no había visitado personalmente. En las conversaciones que tendría aquellos días en Bad Salzungen con los Jefes de la SS, que eran los verdaderos dueños de la situación y los que en definitiva se iban a encargar de aplicar la Ley en sus aspectos más duros, MEZGER, como vamos a ver seguidamente, manifestó su deseo de visitar aquellos campos. ¿Fueron razones puramente científicas? ¿Era simplemente la necesidad de cerciorarse por sí mismo de lo que allí estaba ocurriendo y actuar después en consecuencia? ¿Y cuáles serían las consecuencias que estas visitas ejercerían en su ánimo de profesor, de teórico escrupuloso sólo interesado en clasificar y dar nombres a los grupos de personas que internaban después en aquellos campos?

Antes de contestar a estas preguntas será mejor que trascibamos y comentemos los documentos en los que se tramita su solicitud y la respuesta que ésta obtuvo por parte de los Jefes de la SS encargados del control, administración y vigilancia de dichos campos.

II. LA SOLICITUD DE MEZGER PARA VISITAR LOS CAMPOS DE CONCENTRACIÓN

En el expediente que se encuentra en el Bundesarchiv ZB 6270, Folios 321 a 324, se contienen diversos documentos oficiales relativos a la tramitación de una solicitud que, en nombre del Prof. MEZGER y por expreso deseo de éste, hizo el Jefe de

la Oficina Principal de Seguridad del Reich, Coronel WERNER¹⁰, al Jefe de la Administración de los Campos de Concentración, General de la SS, GLÜCKS¹¹, para que se autorizara a dicho profesor a visitar los campos de concentración para observar a ciertos tipos de sujetos allí recluidos. El expediente se inicia el día 8 de marzo de 1944 con el siguiente documento, al que llamaremos Documento A y que literalmente dice así:

A) Folio 321:

Oficina Principal de Seguridad del Reich *Berlín, 8 marzo 1944*
Sec. V N.º 261/44 (escrito a mano).

¹⁰ Probablemente se trataba de Wilhelm Werner (1889), perteneciente al grupo Totenkopfring de la SS (véase AXIS Bibliographical Research, by Michael Müller&Jeff Chrismann, en Internet). Pero también pudo ser Paul Werner, Subdirector de la Oficina V de la Policía criminal (sobre él, véase Michael WILDT, Generation des Unbedingten, pp. 314 ss.; también Patrick WAGNER, Hitler's Kriminalisten, Die deutsche Kriminalpolizei und der Nationalsozialismus, Múnich 2002, pp. 81 ss.).

¹¹ El citado General Glücks era el jefe directo de Adolph Eichmann. A él se refiere el Dr. Servatius, defensor de Eichmann en el proceso de Jerusalén, en el que éste fue condenado a muerte y luego ejecutado, con las siguientes palabras:

“Los campos de concentración estaban bajo el control de la Oficina Principal económica y administrativa de la SS, situada en Oranienburg, en Berlín. Su Jefe era el SS Obersturmführer Pohl, directamente subordinado al Reichsführer SS. En esta oficina, la Sección D se ocupaba de todas las cuestiones relativas a los campos de concentración y de los prisioneros. El Jefe de la División era el Gruppenführer SS Glücks, que era también el Inspector de todos los campos de concentración”.

Glücks se suicidó el 10 de mayo de 1945, poco después de haber sido detenido por los ingleses. En su declaración ante los ingleses el 24 de mayo de 1945, el comandante de Mattheusen, Ziereis Frank, dijo que Glücks había dado órdenes de calificar a los presos jóvenes como enfermos mentales y gasearlos. Más datos sobre Glücks se encuentran en AXIS Bibliographical Research, citado en nota 10.

(*Hay varios signos y firmas, ilegibles*)

1.) Registro

2) Asunto:

El Profesor Dr. Mezger, de la Universidad de Múnich, ha expresado el deseo de que de vez en cuando se le suministre material adecuado proveniente de la sección preventiva, como actas sobre querulantes y similares. Para ello es preciso un escrito dirigido al Jefe de Grupo (Gruppenführer¹²) Glücks.

3.) Escrito:

A la

Oficina principal de la Administración económica

Grupo oficial D

Al Jefe de Grupo Glücks

O r a n i e n b u r g

Jefe de Grupo!

Desde hace varios años el Prof. Mezger, de Múnich, uno de los más conocidos penalistas del presente y destacado especialista en Biología criminal, viene colaborando con esta Oficina de Policía del Reich. Recientemente¹³, el Prof. Mezger me ha pedido que de vez en cuando se le dé cierto material sobre delincuentes peligrosos y similares, lo que naturalmente se le ha concedido. En esta ocasión, el Prof. Mezger me expresó su deseo de poder examinar, cuando parezca oportuno, directamente en los campos de concentración ciertos tipos de sujetos. En consideración viene prácticamente sólo el campo de Dachau¹⁴.

¹² El cargo de Gruppenführer era el tercero en importancia dentro de la escala de mando de la SS y equivalía en la Wehrmacht al de Teniente General (cfr. BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch, 1988, reimpresión 2001). Este cargo lo ostentaba en ese momento el mencionado Glücks (véase *supra*).

¹³ Se refiere a la reunión de Bad Salzungen celebrada una semana antes.

¹⁴ La razón por la que las visitas prácticamente se van a limitar al campo de concentración Dachau se debe probablemente tanto a su cercanía a Múnich, como a que en aquella época, con las primeras tropas aliadas a punto de

Caso de que ello sea posible, le estaría muy agradecido, Sr. Jefe de Grupo, si autoriza tales visitas ocasionales al campo de concentración (KZ.) de Dachau, y da las instrucciones oportunas para ello al comandante de dicho campo.

Le agradecería me comunicase su decisión.

Heil Hitler!

Su

(sigue firma casi ilegible)

Werner

Presentado

Reg.

(Hay dos fechas de registro ilegibles, y escrito a mano W.r. –Werner?– y la fecha 25.4.44)

Este documento está fechado exactamente una semana después de la reunión de la Akademie, celebrada en Bad Salzungen el 28 de febrero de 1944, que no sabemos exactamente cuánto duró. Puede ser incluso que se redactara ya durante la misma reunión y se fechara y tramitara en Berlín el día 8 de marzo, sólo a efectos oficiales. En ella, como se ha dicho, se analizó y discutió el Proyecto de Ley de extraños a la comunidad. La participación de MEZGER en esta reunión tuvo que ser destacada, dado que era el mejor conocedor del Proyecto que se iba a debatir, muchos de cuyos

entrar en territorio alemán y con bombardeos casi diarios de las principales ciudades, ya no era fácil trasladarse a otros campos de concentración igualmente importantes pero alejados del lugar de residencia de Mezger, como Buchenwald o Auschwitz. En todo caso, en aquel momento todos los campos de concentración estaban ya saturados, y en ellos se mezclaban internos de todo tipo y procedencia; desde opositores políticos, pasando por grupos de asociales, delincuentes y marginados sociales, hasta los procedentes de etnias y razas, como judíos, gitanos, etc. Muchos de ellos provenían de los países del Este de Europa, principalmente de Polonia, Rusia y los Países Balcánicos. Véase *infra III*.

preceptos recogían fielmente las ideas que él había propuesto en sus Informes, trascritos en el capítulo III. En la carta a SUCHOMEL que antes hemos trascrito, le pregunta sólo si debe referirse al Proyecto ya como Derecho vigente, o, por el contrario, si todavía pueden formularse algunas consideraciones críticas. En el fondo, lo que viene a preguntarle, de forma indirecta, es si todavía cabe hacer alguna modificación en el mismo, o ya no cabe hacer ninguna más. En la carta de respuesta del dirigente ministerial se le dice que el Proyecto debe ser tratado como Derecho vigente, lo que parece indicar que lo que se iba a debatir en la Sesión de Bad Salzungen eran más bien cuestiones relacionadas con su puesta en marcha. Efectivamente, si se compara el texto de la versión última que se publica el 17 de marzo con el inmediatamente anterior se observan pocas diferencias¹⁵.

En todo caso, la reunión de Bad Salzungen tuvo que ser algo más que un simple viaje turístico o una reunión de viejos camaradas. En aquel momento, Alemania no estaba ya para muchas fiestas, y si había una reunión de Jefes de la SS, Dirigentes del Ministerio de Justicia, ilustres juristas de la Akademie, profesores universitarios, etc., y algunos de ellos tuvieron que hacer en pocos días más de 1.000 kms. para desplazarse por ejemplo desde Múnich o Berlín, era porque realmente la reunión y el tema a tratar en ella se consideraban muy importantes.

Que el viaje y las sesiones fueron fatigosas, lo demuestra la carta que el Jefe de la Policía WERNER le escribe a MEZGER el 18 de marzo, en la que después de informarle de que su solicitud para visitar los campos de concentración había sido aceptada por

¹⁵ En la edición de los materiales de esta Ley que hace AYASS, "Gemeinschaftsfremde", se dice que hubo hasta 17 versiones diferentes hasta llegar a la última de 17 de marzo de 1944.

GLÜCKS, le desea que se haya repuesto ya de los “estragos” de la reunión de Bad Salzungen (“die Strapazen der Salzunger Tagung”, en el original), informándole al mismo tiempo de que los trabajos sobre la Ley habían continuado y ya estaba lista para su firma en la próxima reunión del Gabinete. El texto de esta carta, a la que denominaremos Documento B), dice así:

B) Folio 323

18 marzo 1944

Al

Sr. Profesor Dr. Mezger

München

Universidad

Muy respetado Sr. Profesor!

De acuerdo con sus deseos de examinar cuando le parezca oportuno en el campo de concentración de Dachau tipos de sujetos, que le interesan, me he puesto en contacto con el Servicio competente. En la Oficina de Administración y Economía de la SS, el Jefe de Grupo de la Oficina D, SS-Gruppenführer y Teniente General de la SS Glücks, me comunica que está de acuerdo con su plan. Le recomiendo que antes de sus respectivas visitas a Dachau contacte con antelación suficiente con el comandante del campo, el Obersturmbannführer de la SS Weiter, que ha sido ya oportunamente avisado.

Desgraciadamente no he podido obtener su dirección exacta en Múnich, pero espero que a pesar de ello le llegue esta carta.

Espero, respetable Sr. Profesor, que haya ya superado los estragos de la reunión de Salzungen tal como yo ya los he superado, y que llegara bien a casa. Entre tanto han seguido los trabajos en la Ley de los extraños a la comunidad. Ya está en marcha su promulgación en el próximo Consejo de Ministros.

Le envío mis mejores saludos con un

Heil Hitler!

Suyo afectísimo

(firma ilegible, con una W claramente atribuible a Werner)

Sorprende la rapidez, dadas las circunstancias, con la que la solicitud de MEZGER fue tramitada. De ello parece deducirse que la solicitud de WERNER era un puro formulismo y que ya en la reunión de Bad Salzungen se le había asegurado que de antemano podía contar con la autorización. Efectivamente, la autorización llegó pocos días después de haberse presentado la solicitud. La autorización es firmada nada menos que por el General de la SS GLÜKS, Jefe de la Sección D, que era la encargada del control y administración de los campos de concentración. Evidentemente, no debería ser fácil para cualquier otro que no fuera MEZGER obtener en aquellos momentos una autorización para visitar un campo de concentración, y mucho menos para examinar a personas recluidas allí. Sin embargo, MEZGER la consigue en poco más de una semana. La única condición que le ponen es que avise previamente al Comandante del campo que va a visitar, Weiter, nada más que para que éste "pueda tener preparados los reclusos que necesite". Dice así el escrito de autorización de GLÜCKS, que seguidamente se transcribe como Documento C):

C) Folio 322:

Oranienburg b. Berlín, 13 marzo 1944

Oficina de Administración y Economía de la SS

Jefe de Grupo de la Oficina D (Sello de la Oficina de Policía,
Campo de concentración número 27525, 13.4.44
Teléfono: Sammel-Nr. 3171 Oficina V A)

Referencia de dictado:

D II/Az.: 14 k 1 Da./Ot/S.-

(citar obligatoriamente en escritos oficiales)

Asunto: Visitas del Sr. Profesor Dr. Mezger, Múnich, al campo de concentración de Dachau.

Referencia: Su escrito - V. A Nr. 261/44 - de 8.3.44

Anexos: -/-

(A mano: A N.^o 261/44/II
18 marzo 1944)

A la

Oficina principal de Seguridad del Reich

—Oficina V—

Al Standartenführer¹⁶ de la SS y

Coronel de la Policía Werner (En el margen derecho

Berlin SW 11, diversas fechas)

Prinz-Albrecht-Strasse 8

Acuso recibo de su escrito de referencia.

Estoy de acuerdo en que el Sr. Profesor Dr. Mezger, de Múnich, examine ciertos tipos de sujetos en el campo de concentración de Dachau.

Comuníquele al Sr. Prof. Dr. Mezger, que antes de sus visitas se ponga oportunamente en contacto con el comandante del campo, el Obersturmbannführer¹⁷ Weiter, para que puedan estar preparados los reclusos que necesite el Sr. Profesor Dr. Mezger.

El Obersturmbannführer Weiter ha recibido ya por mi parte las correspondientes instrucciones.

(Sigue firma casi ilegible de Glücks)

Gruppenführer y Teniente General de la SS

¿Y que hizo MEZGER a partir de ese momento? También de ello tenemos constancia, aunque no de sus visitas. La carta de WERNER de 18 de marzo tarda casi un mes en llegarle. No es extraño porque en la dirección sólo pone "Profesor Mezger, Universidad, München", ya que el mismo Werner dice que no

¹⁶ Grado séptimo en la escala de mando de la SS, equivalente al de Coronel (cfr. BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch).

¹⁷ Grado octavo en la escala de mando de la SS, equivalente al de Teniente Coronel (cfr. BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch).

tiene en ese momento la dirección particular de Mezger. Pero, aunque ello retrasara unos días más la entrega, la carta con la autorización llega finalmente a poder de MEZGER y éste contesta con una tarjeta postal dirigida a WERNER, que seguidamente trascribimos como Documento D):

D) Folio 324

(Tarjeta postal manuscrita de Mezger, dirigida al Jefe Superior de Policía Coronel Werner, Reichskriminalpolizeiamt, I Berlín, Werderscher Market 5. En el mismo dorso de la tarjeta figura, marcado con un sello: Prof. Dr. Edm. Mezger, Múnich, Kaulbachstrasse 89; y en el espacio en blanco hay unos signos escritos a mano con una W, probablemente Werner, y la fecha de recepción de la carta 25/4).

14.4.44

Respetado Coronel! Muchas gracias por su carta del 18 de marzo, que con algún retraso llegó felizmente a mi dirección particular. Entretanto, ya que tengo que estar fuera un par de días, me he dirigido por escrito al Obersturmführer Weiter, a quien visitaré personalmente tras mi regreso.

Mi "Kriminalpolitik", por la que usted tan gentilmente se interesó, acaba de aparecer en su 3.^a edición. Me permito hacerle llegar a través de la editorial un ejemplar de la misma. Espero que le llegue en unos 14 días.

Hasta un próximo encuentro en el Wolfgangsee! Con mis mejores saludos y Heil Hitler!

Suyo

Dr. Mezger

Este es el último documento que consta en el expediente que hemos localizado en el Bundesarchiv de Berlín, cuya fotocopia se adjunta como Apéndice al final del capítulo. De él podemos deducir que MEZGER no sólo piensa visitar el campo de concentración de Dachau a la mayor brevedad, tal como había solicitado, sino que inmediatamente visitará a la vuelta de un viaje al comandante de dicho campo. Se supone que no lo iba a hacer sólo para tomar café. Conforme a las instrucciones de

GLÜCKS, el comandante del campo había sido ya oportunamente advertido de la visita (o visitas) que ocasionalmente quisiera hacer MEZGER, y éste sólo debía avisarlo “para que tuviera preparados los reclusos que quisiera observar”. Por este lado no parece que hubiera muchos problemas en la realización de estas visitas. No tenemos constancia material de las mismas (fotos, entradas en el Registro del campo, que por lo demás no parece que tuviera un Registro de Visitantes Ilustres)¹⁸; pero, como veremos más adelante, todo apunta a que las realizó y a que lo que vio o pudiera ver no le afectó lo más mínimo, o, por lo menos, no hasta el punto de que dejara de colaborar con los nazis y de apartarse horrorizado de ellos después de sus visitas al campo. Antes bien, como seguidamente veremos, siguió colaborando y se convirtió en el principal propagandista y enseñante de los entresijos de la nueva Ley, a la que él tanto había contribuido. Igualmente, pensaba volver a reunirse con los compañeros de Bad Salzungen en otro lugar. Las referencias en su tarjeta postal a un próximo encuentro en el Wolfgangsee, un lugar idílico en el Salzkammergut, cerca de Salzburg, así lo demuestran. Lo único que parece realmente preocupar a MEZGER a estas alturas, y ésta es una constante en muchas de sus cartas al dirigente ministerial RIEZTSCH durante la tramitación del Proyecto de la Ley de extraños a la comunidad¹⁹ y a

¹⁸ Con fecha 24.2.2003 he recibido una carta del señor Albert Knoll, encargado del archivo del campo de concentración de Dachau, en la que me dice: “Sehr geehrter Herr Muñoz Conde, leider haben wir keinerlei Hinweis auf den Besuch des Strafrechtehrer Edmund Mezger im KZ Dachau. Diesbezügliche Dokumente scheinen wohl vernichtet oder fotgeschafft worden zu sein” (Muy estimado Sr. Muñoz Conde, desgraciadamente no podemos darle ningún dato sobre la visita del penalista Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau. Los documentos referidos a ello han sido al parecer destruidos u ocultados”; cursivas mías).

¹⁹ Véanse los textos de las mismas, *supra* capítulo III.

otros dirigentes (cfr. por ejemplo *supra* la carta a SUCHOMEL), es que sus obras, principalmente “Kriminalpolitik”, sean conocidas y difundidas. Parece que ese afán de notoriedad científica y de protagonismo, más que cualquier otra consideración ideológica o económica, es la que le llevó a colaborar tan estrechamente con el régimen nacionalsocialista hasta llegar a convertirse en su penalista más representativo y destacado, en definitiva, el más importante, el más poderoso. Pero antes de seguir y analizar las consecuencias que tuvieron en su comportamiento posterior las visitas a Dachau, veamos brevemente qué es lo que pudo observar MEZGER en dicho campo.

III. EL CAMPO DE CONCENTRACIÓN DE DACHAU

No hace falta conocer mucho la historia del nacionalsocialismo, ni lo que eran los campos de concentración nazis para imaginarse cómo sería la vida en el campo de concentración de Dachau en 1944. Junto a los de Auschwitz, Buchenwald, Matthausen o Treblinka, el campo de concentración de Dachau ocupa un lugar destacado. Bajo la dirección del comandante Theodor Eicke, fue el “campo modelo” y sirvió como escuela de directores y guardianes de otros campos. Por eso fue llamado “escuela de la brutalidad” (*Schule der Gewalt*) y uno de los supervivientes lo calificó como “teoría y práctica del infierno”²⁰.

²⁰ La expresión es de Eugen Kogon y la recoge GELLATELY, No sólo Hitler, Barcelona 2002, p. 92, citando la versión inglesa del libro de Kogon (*The Theory and Practice of Hell*, New York, 1950). La versión original alemana del libro de Kogon es de 1946 (cfr. KOGON, Der SS-Statt. Das System der deutschen Konzentrationslager, Múnich 1946. Hay también varias reediciones alemanas posteriores). La bibliografía

El campo de concentración de Dachau tiene, además, el triste privilegio de haber sido el primero que se inauguró, a bombo y platillo, con toda publicidad, por el entonces Jefe de Policía de Baviera, Heinrich Himmler, el 22 de marzo de 1933, poco tiempo después del acceso de Hitler al poder.

Originariamente, fue concebido para acoger a opositores políticos al régimen nazi, principalmente comunistas, pero ya desde el primer momento se internó también en él a los asociales, y a partir de 1938, tras la *Kristallnacht*, a los judíos. Posteriormente se fueron trasladando al mismo a personas, principalmente judíos, sacerdotes católicos polacos, testigos de Jehová, gitanos, etc., procedentes de los países del Este de Europa ocupados por las tropas alemanas (Polonia, Rusia, Países Balcánicos, etc.). También hubo españoles, exiliados después de la Guerra Civil y detenidos en Francia. En sus 12 años de vida pasaron por allí más de 200.000 personas, aunque, dado que muchas ni siquiera fueron registradas, quizás este número sea mayor. Oficialmente

sobre los campos de concentración nazis y especialmente sobre el de Dachau es extensísima. Para una información breve y rápida se puede consultar el folleto editado por el Comité Internacional de Dachau en varios idiomas (entre ellos el español) que se entrega en las visitas al mismo e igualmente se encuentra en Internet, donde pueden verse numerosas referencias y datos, narraciones personales de supervivientes del campo, etc. Para una información más completa, véase HESS, KZ-Dachau, eine Welt ohne Gott, 1985; y los Dachauer Hefte, editados por Benz y Distel. En la bibliografía alemana más reciente pueden verse: ORTH, Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager, Hamburg 1997, p. 27: "Das Modell Dachau"; SCHWARZ, Die nationalsozialistischen Lager, Frankfurt am Main 1996; SOFSKY, Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager, Frankfurt am Main 1997, 3.^a ed., 1999; HERBEIT/ ORTH/ DIECKMANN (edit.), Die nationalsozialistischen Konzentrationslager, 2 tomos, Frankfurt am Main 2002; ZAMECNIK, Das war Dachau, 2002.

hubo durante esos años casi 30.000 fallecimientos. Aunque igualmente debió haber muchos más ejecutados en las cámaras de gas o fusilados.

Cuando las tropas americanas entraron en él el 29 de abril de 1945, delante de los hornos crematorios se acumulaban montones de cadáveres desnudos. Es conocido el gesto de dichas tropas que fueron a la ciudad de Dachau y obligaron a un grupo de vecinos de la localidad a que fueran al campo y vieran con sus propios ojos lo que había estado ocurriendo a pocos kilómetros de su ciudad. Allí contemplaron horrorizados los barracones, los hornos crematorios, el estado depauperado de los supervivientes, los cadáveres. Unos lloraban, otros vomitaban, se tapaban la nariz con pañuelos para atenuar el olor nauseabundo. Las escenas fueron filmadas por las tropas americanas y el material filmado fue utilizado luego como prueba en los Procesos de Nuremberg. Una parte de este material se exhibió años después en la película “Vencedores o Vencidos” de Stanley Kramer, que trata del Proceso contra los Juristas Nazis²¹.

A pesar de estas pruebas evidentes y del testimonio de muchas personas que estuvieron allí y consiguieron sobrevivir, años después, en pleno resurgir de los movimientos neonazis y en un intento por ocultar la verdad (que parece que ahora se está poniendo otra vez de moda), se negó la existencia de este y otros campos de concentración, o el genocidio que allí se llevó a cabo. Ciento es que los Registros del campo fueron destruidos por la SS antes de que llegaran los americanos. Por supuesto, también los hornos crematorios fueron ocultados o disimulados incluso a los propios internos, que tenían conocimiento de los

²¹ Para más detalles sobre estas escenas de la película, véase MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¡Vencedores o vencidos?*

mismos, pero no los veían, aunque cuando morían, bien por causas “naturales” o simplemente porque eran ejecutados, iban directamente allí. Sólo los integrantes de los “Sonderkommandos”, compuestos por grupos de internos que para conseguir algunas ventajas materiales se dedicaban a desnudar los cadáveres y meterlos en los hornos crematorios, podían haber dado noticias de ellos, pero muy pocos sobrevivieron. Primo LEVI hace una descripción del funcionamiento de los mismos verdaderamente escalofriante en su obra *Los hundidos y los salvados*, que ha servido de base para la no menos impresionante película de Tim Blake Nelson, *The Grey Zone*²² (2001). Pero no

²² En esta película pueden observarse escenas como las del anciano judío, miembro de uno de esos “Sonderkommandos”, que de pronto ve entre las víctimas que han sido asesinadas en las cámaras de gas y que tiene que arrojar a los hornos crematorios, los cuerpos desnudos de su mujer, hija y nieta; o la del médico judío húngaro que colabora en los “experimentos humanos” del Dr. Megele, para salvar su propia vida y la de su mujer e hijos; la de la joven adolescente que consiguió sobrevivir a la acción de la cámara de gas, y a la que, en un gesto humanitario desacostumbrado, los miembros del comando intentan salvar; hasta que finalmente se rebelan sin ninguna posibilidades de éxito. Tanto el relato de Levi, como la película de Blake Nelson demuestran la dificultad de valorar la conducta humana en estas circunstancias extremas. Téngase en cuenta también que éstas a su vez fueron provocadas conscientemente por las propias autoridades del campo de concentración, que excluían de este modo de los puestos de control de la organización interna a los delincuentes políticos (a los que se llamaban “rojos” porque llevaban cosido a sus chaquetas un triángulo con ese color), y le daban esta misión a delincuentes comunes (llamados los “verdes”, porque llevaban un triángulo de ese color). Los internos con el triángulo negro (los asociales) y con el triángulo rosa (los homosexuales) tuvieron en la vida interna de los campos de concentración escasa importancia. Pero, como indica Barbara DISTEL (Voz: “Asoziale und Berufsverbrecher”, en *Legenden Lügen Vorurteil*, editado por Wolfgang Benz, 3^a ed. 1993,

hace falta mucho esfuerzo para admitir su existencia. Obviamente, la desaparición de miles de cadáveres no pudo hacerse de otra manera que convirtiéndolos en ceniza, y además queda el testimonio de las miles de prendas de vestir, joyas, objetos personales, dentaduras postizas, dientes, pelos, etc., que estaban almacenados y que pertenecían a las personas cuyos cuerpos habían sido incinerados.

También se ha discutido la existencia de las cámaras de gas. Pero parece que las ejecuciones masivas, sobre todo en el último año, no pudieron llevarse a cabo de otra manera. Aunque Dachau no está catalogado como un “Vernichtungslager” (campo de exterminio), era sin duda uno de los campos de concentración más duros y muchas veces sirvió de paso a campos de exterminio como Auschwitz, Treblinka o Sobibor. Las diferencias entre unos y otros no deben, sin embargo, haber sido tan grandes. Los destinados a los campos de exterminio eran directamente conducidos a la muerte en las cámaras de gas (teóricamente duchas), mientras que en los campos de concentración se explotaba a los allí recluidos en un régimen de trabajos forzados similar a la esclavitud, en condiciones higiénicas y alimentarias deficientes, hasta su exterminio (“Vernichtung durch die Arbeit”). En todo caso, en el momento de la liberación había en Dachau cientos de cadáveres todavía amontonados; otros muchos internos habían muerto en una marcha forzosa a la que fueron obligados en condiciones infrumanas al ser evacuados ante la entrada inminente de las tropas americanas. Y todavía algunos

p. 31), “todos los internados en los campos de concentración (KZ), independientemente del grupo al que pertenecieran, fueron víctimas de un Estado de injusticia, que había derogado las normas jurídicas. Esto, medio siglo después de la construcción de los campos de concentración, sigue sin ser todavía reconocido de un modo general”.

miles más murieron al poco tiempo, como consecuencia de los padecimientos y enfermedades allí contraídas.

Podemos imaginar el espectáculo dantesco que pudo contemplar personalmente el Profesor MEZGER en sus visitas a Dachau en 1944. La vida de los allí recluidos estaba estrictamente reglamentada de sol a sol, con trabajos forzados bien en el mismo campo, bien en otros destacamentos que de él dependían, bien en las fábricas e industrias cercanas, que se aprovechaban de la mano de obra gratuita. Su aspecto depauperado, casi esquelético (algunos hombres adultos llegaron a pesar 30 ó 40 kilos), sus rostros demacrados debido a los malos tratos, la escasa alimentación y las malas condiciones higiénicas (a finales de 1944 hubo una epidemia de tifus que acabó con la vida de muchos), debían producir un sentimiento de horror y de commiseración en cualquier persona mínimamente sensible, aunque quizás no en algún experto criminólogo que vería en ellos más bien los estigmas del "delincuente por tendencia" que tanto trabajo le había costado identificar.

Desde luego, no parece que el deseo expreso de MEZGER de visitar el campo de concentración de Dachau fuera sólo simple curiosidad, dar un paseo desde Múnich una tarde primaveral acompañado de su mujer e hijas, o el de tomarse un café con el director; sino que era más bien movido por alguna razón técnica y muy profesional. Probablemente se había tomado muy en serio su papel de Lombroso de la Biología criminal alemana, aunque a diferencia del médico italiano, que creyó encontrar los estigmas del "delincuente nato" en los reclusos muertos en prisión o ejecutados a los que debía hacer la autopsia (estamos hablando de mediados del siglo XIX), MEZGER quería ver esos estigmas en vivo, aunque fuera en personas que iban a morir muy pronto. Quizás los reclusos que, por orden expresa del General de la SS, GLÜCKS, pusieron a su disposición eran delincuentes comunes, incluso peligrosos criminales, pero también judíos, acusados de

“ulraje a la raza” por haber tenido relaciones sexuales con personas de raza aria, delito que según MEZGER debía considerarse como “crimen odioso”²³, homosexuales, gitanos, etc. Daba igual; de todos modos, todos entraban en la categoría por él inventada de “extraños a la comunidad”.

¿Qué haría con ellos? ¿Les mediría el cráneo, como hacían los antiguos frenópatas? ¿Les haría fotos para su archivo personal? ¿Les haría desnudarse para ver sus particularidades anatómicas? ¿Hablaría con ellos? ¿Los miraría despectivamente desde su presunta superioridad intelectual de sabio y sesudo profesor universitario alemán?

Prefiero no seguir haciendo conjeturas, por buen gusto, por falta de datos, por piedad hacia los que tuvieron que soportar estos exámenes. En cualquier persona medianamente sensible, en el “ciudadano medio alemán” (sic) de aquella poca, como ha definido a MEZGER uno de sus fervorosos admiradores, un espectáculo tan dantesco debía provocar un sentimiento de asco y rechazo hacia prácticas tan inhumanas. Es más, si hasta ese momento hubiese tenido alguna duda sobre la crueldad del régimen nazi, la existencia del genocidio o de los mismos campos de concentración y lo que en ellos sucedía, inmediatamente hubiera huido despavorido, hubiera cesado cualquier tipo de colaboración con los autores de hechos tan brutales.

No fue éste, sin embargo, el efecto que produjeron en MEZGER sus visitas a Dachau. Al contrario. Ya en el verano de 1944 lo encontramos formando parte e incluso dirigiendo el equipo técnico de conferiantes que iba predicando la “buena nueva” de la entrada en vigor de la Ley de extraños a la

²³ Véase su trabajo *Rechtsirtum und Rechtsblindheit*, en *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 183.

comunidad, “su Ley”, que probablemente, como él mismo había tenido ocasión de comprobar, se estaba ya aplicando a pleno rendimiento incrementando aún más el número de internos en aquellos campos infernales. Es más, el día 31 de julio de aquel año tenía previsto dar la conferencia inaugural del curso que dirigía en Berlín para miembros de la SS, Jueces, Fiscales, etc., sobre la nueva Ley de extraños a la comunidad. El título de su conferencia era: “La Ley de extraños a la comunidad a la luz de la Biología criminal: Tipos de delincuentes por tendencia y por inclinación”. Seguramente pensaba mencionar en ella sus propias observaciones extraídas directamente de sus visitas a Dachau. Probablemente ésta era la finalidad principal de su solicitud, comprobar si sus planteamientos teóricos eran aplicados correctamente en la práctica. En este curso estaba prevista también la intervención de muchos de los que habían participado con él en la reunión de Bad Salzungen, como el Jefe de Policía, Coronel de la SS, WERNER²⁴, o el Juez y Dirigente Ministerial Joseph ALSTÖTTER, luego condenado en el Proceso contra los Juristas nazis en Nuremberg²⁵. Casi todos tuvieron peor suerte que MEZGER. Muchos se suicidaron, otros fueron separados de sus puestos o condenados a largas penas de prisión. Sólo MEZGER consiguió, después de algunos avatares a los que nos referiremos más adelante²⁶, salir bien parado de todo esto. Después de todo, tuvo suerte. Muchos con mucho menos lo pasaron peor: fueron expulsados de sus cátedras, perdieron sus puestos de trabajo o fueron condenados a largas penas de prisión, aunque poco después todos quedaron libres, se reintegraron a sus anteriores

²⁴ Véase el Programa del Curso *infra*, en el Apéndice a este capítulo.

²⁵ Véase la lista de los juzgados y condenados en este proceso en MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?*

²⁶ Véase *infra*, capítulo VI.

puestos o a otros mejores y murieron tranquilos en sus camas, rodeados de los suyos, espiritualmente ayudados por algún sacerdote o pastor que los absolvería de sus pecados, si es que alguna vez tuvieron conciencia de que lo que habían hecho ni tan siquiera era pecado. Una cosa es, en todo caso, segura respecto a MEZGER: después de lo visto en estos documentos en los que solicita visitar los campos de concentración, no se puede decir que fuera uno de esos “ciudadanos medios” alemanes que luego, después de la guerra, alegaron que nunca supieron nada de los campos de concentración o de lo que ocurría dentro de ellos. Esto pudo ser verdad en algunos o en muchos casos, pero no en el de MEZGER, quien más podría incluirse en el grupo de los que GOLDHAGEN llama “Hitler’s Willing Executioners”²⁷, o entre los que, como dice GELLATELY, estuvieron hasta el final “backing Hitler”²⁸. La importancia y poder de MEZGER en la época nazi fue enorme y mucho mayor que la que pudiera tener un simple ciudadano de tipo medio, fuera profesor universitario, médico, funcionario, comerciante, etc. Ya en el Lexikon der Deutschen Führer (Diccionario de los caudillos alemanes), de 1934/35, MEZGER figura ocupando un lugar destacado, con su foto y una breve reseña de su curriculum vitae. Por eso no deja de ser sorprendente que veinte años más tarde, en 1954, aparezca como uno de los grandes juristas del siglo XX en el Kürschners Deutscher Gelehrten-Kalender, sin la menor referencia a su pasado nazi ni a sus actividades y publicaciones de aquella época. ¿Por qué tanto interés en ocultar ese pasado?

²⁷ Véase GOLDHAGEN, Hitler’s willing executioners, Ordinary germans and the Holocaust, New York 1997 (hay traducción española con el título Los verdugos voluntarios de Hitler).

²⁸ Título original en inglés de su obra traducida al español con el título “No sólo Hitler”.

En resumen: de toda la documentación examinada en este capítulo se puede deducir lo siguiente:

– El día 28 de febrero de 1944 hubo en Bad Salzungen una reunión de la Comisión de reforma del Derecho penal de la Akademie für Deutsches Recht, en la que Mezger informó a los allí reunidos sobre el Proyecto de Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad.

– El 8 de marzo del mismo año se presentó, ante el General Jefe de la SS encargado de la administración de los campos de concentración, en nombre de Mezger una solicitud para que éste pudiera visitar los campos de concentración, especialmente el de Dachau, y examinar a los sujetos allí recluidos.

– Dicha solicitud es aprobada y el 17 de marzo se le concede a Mezger la autorización para que haga dichas visitas, avisando al Comandante del campo para que le tenga preparados a “los reclusos que deseé observar”.

– En esa misma fecha se aprueba la Ley de extraños a la comunidad.

– El 14 de abril Mezger, en una tarjeta postal escrita de su puño y letra y con su firma, agradece la autorización concedida y dice que tras un breve viaje se pondrá en contacto con el Comandante del campo para visitarlo personalmente.

– Del 31 de julio al 6 de agosto de 1944 Mezger tiene previsto dirigir en Berlín un curso de introducción a la Ley sobre extraños a la comunidad y dar la conferencia inaugural del mismo.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Lo que, desde luego, no se le puede negar al MEZGER de la época nazi es su coherencia personal e ideológica y su esfuerzo

por imponer en el Derecho penal y la Criminología la ideología nacionalsocialista. Desde el Prólogo a su *Kriminalpolitik*, fechado el 15.10.1933, el día que cumplía 50 años, hasta las visitas al campo de concentración, en 1944, todas sus actividades estuvieron orientadas a ese objetivo. En ningún momento mostró desgana o desfallecimiento; es más, a pesar del sufrimiento creciente que la guerra suponía para el pueblo alemán y para él mismo, y de las negras perspectivas ante la inminente derrota, él seguía firmemente aferrado al régimen nazi y a uno de sus proyectos jurídicos más brutales. No se puede decir que ello se debiera a la muerte de su único hijo varón en el frente ruso en 1941, porque ya desde mucho antes, desde el mismo año de 1933, colaboró con entusiasmo con el régimen nazi. Y desde entonces esa colaboración fue a más. En lo profesional, fue miembro de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal y de la Akademie für Deutsches Recht; en lo político, no sólo fue desde 1937 miembro del Partido Nazi, y desde 1938 de la SS, sino también de todas las principales Asociaciones de Juristas, Profesores, etc., del régimen. En sus publicaciones defendió abierta y claramente tesis afines al Derecho penal nacionalsocialista, proponiendo medidas como la esterilización de los asociales y la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza.

Su colaboración entusiasta en la redacción de la Ley de extraños a la comunidad, en un momento de máxima dureza del régimen, después de la derrota de Stalingrado, no era más que la culminación de todo lo que había venido haciendo y predicando en los últimos doce años. No obstante, cuesta trabajo imaginarlo visitando el infierno de un campo de concentración como el de Dachau. Desde luego, ello no coincide con la imagen idílica y casi tierna que nos han dado de él algunos de sus biógrafos y personas que lo conocieron directamente, alguno de los cuales llega a decir que “quedó cautivado (sic)... por la integridad, humanidad y modesta sencillez que mostraba”.

Por otra parte, parece lógico que quien había propuesto con toda frialdad la esterilización de asociales y su internamiento en campos de concentración quisiera ver cómo se llevaban a la prácticas tales propuestas. Pero en su decisión de visitar campos de concentración también debieron influir otros motivos. Quizás la presión de los que concurrieron a la reunión de Bad Salzungen y que seguramente tenían ya mucha experiencia en tales visitas, o probablemente también su afán por hacer méritos, un deseo irrefrenable de demostrarles a los Jefes de la SS que allí se encontraban, que eran, en realidad, los que mandaban en aquella época, que él también estaba dispuesto a todo, que no era sólo un teórico, sino un hombre de acción con el que se podía contar hasta el final. A lo mejor conocía el Informe secreto que de él hizo un agente de la SS, cuando en 1938 solicitó su ingreso en la misma, y que, en el fondo, a pesar de los elogios, daba de él una pobre impresión como "hombre de acción". Dice así este Informe:

**INFORME SECRETO SOBRE MEZGER ENVIADO AL SS
HAUPTSTURMFÜHRER KARL GEGENBACH EL
8 DE AGOSTO DE 1938**

P 1903

El Prof. Dr. Mezger es un científico extraordinariamente versátil, sólido y concienzudo. Tiene importantes publicaciones en ámbitos como la Filosofía del Derecho, el Derecho Internacional, la Criminología, el Derecho procesal y el Derecho penal. Su Tratado de Derecho penal se puede considerar como la última sabiduría de la época anterior, pero si se le pone en relación con su Política criminal también aporta cimientos extraordinariamente valiosos para la construcción del nuevo Derecho. Precisamente por eso, Mezger ocupa un lugar destacado en la Comisión oficial creada para la renovación del Derecho penal alemán.

Su actitud en relación con el nuevo Estado debe calificarse como absolutamente positiva. En sus reflexiones filosóficas, políticas y jurídicas, se esfuerza por incluir las nuevas ideas en un edificio doctrinal científico. Su anterior actitud política no es conocida. No es miembro del partido y

tampoco tiene actividad en alguna de sus ramas²⁹. No pertenece al NSV³⁰. M. está dedicado plenamente al estudio. Lee la prensa nazi (NS) desde su existencia. Está dispuesto al sacrificio y se le describe como persona trabajadora y de fiar. Políticamente se le considera de confianza.

Su carácter raya en la pedantería, destacando su minuciosidad y su capacidad para el trabajo concienzudo, lo que no significa, sin embargo, en modo alguno lentitud intelectual.

Solamente en el aspecto pedagógico es esa superioridad algo desgradable. Sus clases son a veces aburridas hasta el bostezo. No parece, por tanto, que Mezger sea, a pesar de sus cualidades científicas y su actitud honesta y leal, la persona más adecuada para la lucha en nuestras nuevas Universidades. Por lo demás, es un caudillo y consejero de buen carácter, aunque también crítico.

Desde luego, visitando los campos de concentración se desmentía esa imagen de científico aburrido y pedante, muy sabio y estudioso pero inepto para las acciones violentas que hacía falta para imponerse en las luchas académicas. En el fondo de

²⁹ No parece referirse al momento en que se redacta este informe, pues, según consta documentalmente, Mezger había solicitado su ingreso en la Sección Provincial del Partido Nazi de Múnich desde el 1 de mayo de 1937; con el número 5092022; y en el proceso de desnazificación el mismo declara pertenecer a dicho partido desde 1938, aunque se le haya inscrito, de forma incorrecta según él mismo indica, desde el 1.1.1937. Igualmente, por sus propias declaraciones y de la documentación obrante en dicho proceso de desnazificación al que fue sometido a partir de 1946, se constata que era miembro cotizante de la SS desde 1938 (este informe se realizó probablemente para el procedimiento de admisión en la misma), y de otras asociaciones nazis, como la de profesores, juristas, etc., incluso desde antes de esta fecha.

³⁰ Asociación Nazi de Bienestar Social. También del proceso de desnazificación se desprende que perteneció a esta asociación desde 1935. Seguramente al autor de este informe no le constaban estos datos, porque dichas militancias se mantenían en secreto o por lo menos no se hacían públicas.

este Informe, y de forma subliminal pero muy clara, se pone de relieve que MEZGER es un “tonto útil”, una especie de sabio despistado y bonachón, al que los chicos de las Juventudes Hitlerianas le podían tomar el pelo. Pero su solicitud para visitar campos de concentración desmontaba aquella imagen. Él era tan duro y despiadado como el que más; y en aquel momento eran precisos hombres duros, dispuestos a todo, sin sensiblerías, ni debilidades humanas. Y él era uno de ellos.

APÉNDICE DOCUMENTAL

EL EXPEDIENTE DE SOLICITUD DE MEZGER PARA VISITAR CAMPOS DE CONCENTRACIÓN

Seguidamente se transcribe fotocopia del expediente original que se encuentra en el Bundesarchiv Berlin ZB, 6270, folios 321 a 324. Las anotaciones manuscritas marginales están en el original.

Reichssicherheitshauptamt

Berlin, am 8. März 1944.

E A N o M i x

Wirtschaftsverwaltungshauptamt

Wirtschaftsgruppe D

I

321

1.) Eintragen.

2.) Vermerk:

Professor Dr. Mezger in München, Universität hat den Wunsch geäussert, ihn von Fall zu Fall mit geeignetem Material aus dem Vorbeugungsreferat zu unterstützen, z.B. Akten über Querulant en und dergl. Hierwegen ist ein Schreiben an Gruppenführer Glück erforderlich.

3.) Schreiben:

An

das Wirtschaftsverwaltungshauptamt
Amtsgruppe D
z.Hd. Gruppenführer Glück

Oranienburg.

Gruppenführer!

Seit Jahren arbeitet das Reichskriminalpolizeiamt mit Professor Dr. Mezger, München, einem der bekanntesten Strafrechtslehrer der Gegenwart und hervorragenden Kriminalbiologen zusammen. Prof. Mezger hat mich nun kürzlich gebeten, ihm von Zeit zu Zeit gewisses Material über Schwerstkriminelle und dergl. zu geben, was ich, selbstverständlich bereitwillig zusagte. Bei dieser Gelegenheit äusserte Prof. Mezger auch den Wunsch, gelegentlich gewisse Menschentypen in den Konzentrationslagern - in Frage kommt praktisch nur Dachau - an Ort und

Stelle ansehen zu können.

Falls dies möglich ist, wäre ich sehr dankbar,
wenn Sie, Gruppenführer, solche gelegentlichen
Besuche im KZ. Dachau gestatten und den Lagerkommandan-
ten entsprechend anweisen würden.

Für Mitteilung Ihrer Entschliessung wäre ich
sehr dankbar.

Heil Hitler!

Ihr

Dargelegt
Reg.

U. A. 25.4. 44

Dargelegt
Reg.

NS-Wirtschafts-Verwaltungshauptamt

- Gruppenchef D
- Konzentrationslager -

Vorsteher: Sonnenberg, 2111

Oranienburg b. Berlin, 10. März 1944.

Der NS-Verwaltungshauptamt	
Der Chef der Wirtschaftsverwaltung	
Der Chef des Konzentrationslagers	
17525 1/14 3/4	
Anlage:	133
Amt:	2/

Diktatszeichen:

I/Az.: 14 E 1 Da./Dt/S.-
(in Abschriften verhindern ausgeben)

Betreff: Besuch des Herrn Professor Dr. Mezger, München im Konzentrationslager Dachau.

Bezug: Dort. Schreiben - V. A Nr. 261/44 - v. 3.3.44.

Inklaven: -/-

13. MÄRZ 1944

An das
Reichssicherheitshauptamt

- Amt V -

z.Md.des H-Standartenführers und

Oberstleutnant der Polizei Mezger

Berlin SW 11, Prinz-Albrecht-Straße 3

Telefon: Reg 1-14

Erfurterstrasse 10, Berlin-Mitte

Reg. Amt V

6.193

Vom Bezugsschreiben habe ich Kenntnis genommen.

Ich bin damit einverstanden, daß sich Herr Professor Dr. Mezger, München, gewisse Menschentypen im Konzentrationslager Dachau ansieht.

Sie wollen Herrn Professor Dr. Mezger mitteilen, daß er sich vor seinen Besuchen in Dachau rechtzeitig mit dem Lagerkommandanten - H-Obersturmbannführer Jäger - in Verbindung setzt, damit die von Herrn Professor Dr. Mezger benötigten Häftlinge bereitgestellt werden können.

H-Obersturmbannführer weiter hat von mir entsprechende Anweisung erhalten.

H-Gruppenführer und
Generalleutnant der Waffen-H

Mezger

18. März 1944

An
 Herrn Professor Dr. M e z g e r
M ü n c h e n
 Universität

323

Sehr geehrter Herr Professor

Ihrem Wunsche entsprechend, gelegentlich im Konzentrationslager Dachau Menschentypen, die Sie interessieren, anzusehen, habe ich mich mit der zuständigen Dienststelle in Verbindung gesetzt. Das H-Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt - Amtesgruppenchef D -, H-Gruppenführer und Generalleutnant der Polizei G l ü c k s , teilt mir nunmehr mit, daß mit Ihrem Plan einverstanden ist. Ich empfehle, sich vor Ihren jeweiligen Besuchen in Dachau rechtzeitig mit dem Lagerkommandanten, H-Obersturmbannführer W e i t e r , in Verbindung zu setzen. Weiter ist entsprechend angewiesen.

Ich konnte leider Ihre genaue Anschrift in München nicht ermitteln, hoffe jedoch, daß Sie dieser Brief trotzdem erreicht.

Ich nehme an, daß Sie, sehr geehrter Herr Professor, die Strapazen der Salzunger Tagung genau so gut überstanden haben wie ich, und daß Sie gut nach Hause gekommen sind. Die Arbeiten am Gemeinschaftsfremdengesetz sind inzwischen weiter gediehen. Die Durchzeichnung der neuen Kabinettsvorlage ist zur Zeit im Gange.

Ich begrüße Sie bestens mit

Heil Hitler !
 Ihr sehr ergebener

München, 14. 4. 1944

mein Herr Oberst! Viele Dank für Ihr fast. Kurz v.
18. Mrz., das mit einigen Verzögerungen gleichzeitig an meine Pm. v.
anreichte Nam. Ich habe mich informiert, da ich ein paar Tage ge-
blieben wurde, schließlich an Herrn Obersturmbaumfischer Weise
gewusst und darf ihm dann nach Rückfragen persönlich auftrümen.
Meine "Rechtsstaatlichkeit", für die Sie nicht feindlich sind
Intressen gezeigt haben, ist mir in 3. Ruff. eichendes. Ich er-
laubte mir, Ihnen durch den Vertrag ein Exemplar zugestellt zu
lassen; ich hoffe, es wird in ca. 14 Tagen von mir abgeholt.
Auf baldige Wiedersehen am Wolfgangsee! Mit den besten Grü-
ßen Grüßen aus Heilbronn! Ihr Dr. Mezger

Abs: Prof. Dr. EDMUND MEZGER
München
Weder von Zeitung noch Zeitungsladen zu
finden, Hauseigener, Gebäudefest, Stockwerk oder Postkastennummer:

Strasse, Hausnummer, Gebäudetext, Stockwerk oder Postkastennummer:

Postkarte



Herrn Oberst der Polizei

Werner
Rechtsstaatlichkeit
① Berlin

Werner'scher Markt 5
Strasse, Hausnummer, Gebäudetext, Stockwerk oder Postkastennummer:

Zeitplan für den Fortbildungskurs:

Über das Gemeinschaftsfremdengesetz

Montag 31. 7. 1944

Vormittag: Einleitende Ausführungen des Lehrgruppenleiters;

Prof. Meissner: Das Gemeinschaftsfremdengesetz in Lichte der Kriminalbiologie; Typen des Verbrechens aus Hang oder aus Neigung (2 Stunden)

Nachmittag: Prof. Jaeger: Diagnose und Prognose des Verbrechens aus Hang oder aus Neigung (2 Std.)

Dienstag 1.8.1944

Vormittag: Prof. Dr. Ritter: Asoziale Sippen (2 Stunden)

Nachmittag: Ansprache (1 Stunde)

Mittwoch 2.8.1944

Vormittag: Minist. Dr. Mielke: Die neuen Rechtsgedanken im Gemeinschaftsfremdengesetz und ihre Auswirkungen auf den Allgemeinen Teil des Reichsstrafgesetzbuchs (2 Stunden)

Ansprache

Nachmittag: Minist. Dr. Mielke: Die Auswirkungen des Gemeinschaftsfremdengesetzes auf den Besonderen Teil des Reichsstrafgesetzbuchs (1 Stunde)

Ansprache

Donnerstag 3.8.1944

Vormittag: Politischer Vortrag.

SS-Standartenführer Polizeioberrat Werner:

Die Aufgaben der Polizei im Rahmen des Gemeinschaftsfremdengesetzes; Zusammenarbeit der Polizei mit der Justis (1 Stunde)

Nachmittag: Offiz. Dr. Kummerlein: Gemeinschaftsfremdengesetz und Jugendliche sowie Halbwachsene (1 Stunde)

Ansprache

Freitag 4.8.1944

Vormittag: Minist. Dr. Altstötter: Die zivilrechtlichen Folgen des Gemeinschaftsfremdengesetzes (1 Stunde)

> Offiz. Dr. Meinhoff: Die Unfruchtbarmachung der Gemeinschaftsfremden (1 Stunde)

Nachmittag:

263 RS

Montag 5.8.1944: Nachmittag

4500: Vormittag: Dr. Stolsenburg

Nachmittag: MinSat Dr. Stolsenburg: Die Wirkungen des Gemeinschaftsstrafgesetzes auf die Reichsstrafpre

(1 Stunde)

Aussprache

Sonntagnachmittag 5.8.1944

Vormittag: Rechtsanwalt Heinke: Sonstige Änderungen des Reichsstrafgesetzbuchs infolge Übernahme von Rechtsgut

des ehemals unterl. Strafrechts

Nachmittag: Aussprache

Sonntag 6.8.1944

Vormittag: Kaufmann der A.W. V: Vollzug der strafbaren Handlungen im städtischen Justizhause- und Gefängnis

(1 Stunde)

Aussprache

Erster Kammeradschaftsaabend Donnerstag, 3.8.1944
zweiter Kammeradschaftsaabend Sonntag, 6.8.1944.

(schluß f)

oder

Anschließend

Gesellschaftsabend: "Die Kameradschaft im nationalen Sport"

Vorlesung: "Die Kameradschaft und das Regime"

(schluß f)

Vorlesung: "Die Kameradschaft und die politische Arbeit"

(schluß f)

CAPÍTULO VI

Y AL TERCER AÑO RESUCITÓ: EL PROCESO DE DESNAZIFICACIÓN

“La mayor deformación del recuerdo de un crimen cometido es su supresión”.

PRIMO LEVI, Los hundidos y los salvados

I. ALEMANIA, AÑO CERO

Cuando terminó la guerra, en mayo de 1945, Alemania estaba completamente destruida, y no sólo material, sino también, y esto era peor, moral y espiritualmente. El sentimiento de la población no sólo era de humillación por la derrota sufrida, algo que ya se había producido también 27 años antes tras haber perdido la Primera Guerra Mundial y haber tenido que aceptar las duras condiciones impuestas por los vencedores en el Tratado de Versalles, sino de desesperación por la pérdida de tantos seres, monumentos y lugares queridos. Ver a las tropas de las Potencias aliadas vencedoras paseando triunfantes por las calles por donde poco antes habían marchado marcialmente, al “paso de la oca”, las tropas alemanas, la famosa y temible Wehrmacht, y habían desfilado arrogantes los miembros de la SS y, alegres y confiados, prietas las filas (“Die Reihen fest geschlossen”) las Juventudes, masculinas y femeninas, hitlerianas, debía parecerles a los ciudadanos alemanes una especie de pesadilla, de la que no acababan de despertar. Lo único que había por todas partes era miedo, desolación, miseria y muerte.

Pero lo peor aún no había pasado. Los Jefes de Gobierno de las Potencias aliadas (Churchill, Roosevelt, Stalin) habían decidido poco antes en la Conferencia de Yalta, y éste fue el único punto en el que todos estuvieron de acuerdo, “acabar con el nazismo y el militarismo alemán y crear las garantías para que Alemania no volviera nunca más a perturbar la Paz mundial”. Y para ello proponían, por un lado, juzgar y condenar ante un Tribunal Militar Internacional a los “criminales de guerra” y, por otro, “eliminar todas las influencias nazis y militaristas de las instituciones públicas, culturales y económicas”¹.

¹ Cfr. REICHEL, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland, Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute, Múnich

Por lo que se refiere al primer punto, inmediatamente después de la guerra comenzó a actuar el Tribunal Militar Internacional, cuya sede se había fijado en Nuremberg, la ciudad preferida por los nazis para hacer sus grandes exhibiciones y aprobar las famosas leyes racistas. Este Tribunal, integrado en principio por diversos Jueces representantes de las potencias vencedoras, tenía como misión juzgar a los responsables de los “crímenes de guerra” y de los crímenes contra la Humanidad relacionados con ellos. Esta vinculación entre una y otra clase de crímenes perjudicó la claridad del objeto de estos procesos, pues hechos brutales, como el exterminio de millones de seres en los campos de concentración, las esterilizaciones masivas, las acciones eutanásicas de enfermos mentales, etc., quedaron entonces en la penumbra y no llegaron a conocerse con la extensión con la que después fueron conocidos². Esto hizo también que para muchos alemanes que no habían participado en las atrocidades del régimen nazi, estos Juicios no fueran más que una “Justicia de vencedores” contra vencidos de una guerra en la que por ambas partes se habían cometido barbaridades sin cuento, bombardeos de ciudades enteras, de monumentos, de instalaciones civiles, con el resultado de miles de víctimas personales entre una población que no participaba en las actividades bélicas. A los alemanes que habían visto destruidas ciudades enteras como Dresden, Berlín, Hamburgo o Frankfurt, no les podía impresionar mucho que ellos hubieran hecho más o menos lo mismo con los bombardeos de Londres (V-2), o con la población civil en

2001, p. 30. Los acuerdos de Yalta se encuentran en cualquier libro documentado sobre la Segunda Guerra Mundial, o en Internet; cfr. por ejemplo, la página Web: The Avalon Project at the Yale Law School.

² Tesis mantenida por REICHEL, p. 44, que basa en ello el escaso interés e incluso desencanto que despertaron estos procesos en la opinión pública alemana de aquella época.

otros países (especialmente en el frente ruso). Lo mismo sucedería poco después en Japón, que no sólo sufrió durante los últimos años de la guerra los ataques aéreos y la destrucción de sus principales ciudades, sino la terrible experiencia de ser el primero y hasta ahora único país sobre el que se arrojaron en agosto del 45 sendas bombas atómicas, en Hiroshima y Nagasaki. “Desastres de la guerra”, pensaría más de uno entonces, ha habido y habrá siempre en el mundo.

También se plantearon pronto argumentos jurídicos contra dichos Tribunales, como la infracción del principio de irretroactividad de las leyes penales (los hechos de los que eran acusados no estaban tipificados antes de su comisión), o de imparcialidad de los jueces (que eran ciudadanos de las potencias vencedoras), etc. Pero estos argumentos no afectaron al fondo del asunto y fueron rechazados por el Tribunal con diversos argumentos que no vienen ahora en consideración³. Pocos son hoy en día, sin embargo, los que cuestionan la legitimidad de aquellos juicios y sí, en cambio, muchos los que critican sus limitaciones y la forma absolutamente arbitraria en que dejaron de realizarse ante la nueva situación de “guerra fría” que estalló entre las potencias vencedoras, especialmente entre Estados Unidos y la URSS, por el dominio y la influencia no sólo en Europa, sino en todo el mundo, que quedó dividido durante más de cuarenta años en dos bloques militares irreconciliables, la OTAN y el Pacto de Varsovia, dispuestos a declarar una nueva guerra en cualquier momento.

³ La bibliografía sobre estos juicios es en casi todos los idiomas muy abundante y, por tanto, inabarcable. Para una exposición reciente, remito al libro de LEEBS, *Der Nürmberger Lernprozess*, Frankfurt am Main 2001.

Sin embargo, sobre las bases de la jurisprudencia sentada en Nuremberg se fue formando el Derecho Penal Internacional y un modelo de referencia para la creación de un Tribunal Penal Internacional, como el que ya existe.

El Proceso Principal empezó el 20 de noviembre de 1945 contra 21 acusados que habían constituido la Élite política del régimen nazi, como Göring, Ribbentrop, Rosenberg, Hess, etc. Algunos, como Goebbels o Himmler, se habían suicidado, y otros, como Bormann, consiguieron escapar. El Proceso terminó el 1 de octubre de 1946, con doce condenas a muerte, tres a prisión perpetua, cuatro con penas de prisión de entre 15 y 20 años. Tres acusados fueron absueltos.

De un modo u otro todos negaron, en sus palabras finales, su culpabilidad con alegaciones como que nunca supieron nada del “exterminio masivo”, que simplemente cumplieron las órdenes recibidas, etc. Salvo Göring, que se suicidó antes de ser ejecutado, y otros que fueron condenados a muerte y fueron ejecutados, el resto, incluso los condenados a prisión perpetua (excepto Hess que murió, probablemente suicidándose, en la prisión de Spandau cuarenta años después), salieron antes o después en libertad, incorporándose a la vida civil en condiciones de normalidad, como es el caso del arquitecto y ex ministro de Armamento, Albert Speer, que volvió a gozar de gran popularidad y prestigio.

A este Proceso Principal le siguieron otros, hasta un total de doce; como, por ejemplo, el proceso contra los empresarios más vinculados al régimen nazi (Krupp, Flick, IG-Farbe), el proceso contra generales de la Wehrmacht y dirigentes de las tropas de asalto de la SS, contra diplomáticos y altos funcionarios, contra médicos participantes en los programas de eutanasia, y contra los Juristas. Este último es el que más nos interesa aquí, por su especial vinculación con Edmund MEZGER.

También en este Proceso contra los Juristas nazis (*Juristenprozess*) hubo ausencias notables. El Ministro de Justicia Thierack, el principal impulsor junto con Himmler de la Ley de extraños a la comunidad (cfr. *supra* capítulo III), se había suicidado. Freisler, el que fue Secretario de Estado para la Justicia y luego Presidente del temible Tribunal Popular (*Volksgerichtshof*), había muerto en un bombardeo durante la celebración de un juicio a principios de febrero de 1945. Franck, el responsable directo de la organización jurídica del Reich (*Rechtsreichsführer*) y posterior Gobernador de Polonia, había sido condenado a muerte en el Proceso Principal. Sólo quedaban, pues, algunos otros Altos Cargos del Ministerio de Justicia, muchos de ellos viejos conocidos de MEZGER, y algunos Jueces y Fiscales que se habían distinguido por su intervención en procesos en los que se habían aplicado las leyes más crueles del nazismo y se había condenado a penas de muerte, esterilizaciones forzosas, internamientos en campos de concentración, etc., a personas etiquetadas como asociales o deficientes mentales, que ni siquiera habían cometido delitos o todo lo más sólo delitos creados artificialmente por los nazis, como el ultraje a la raza⁴.

⁴ Este delito fue creado en las Leyes de Nuremberg para castigar las relaciones sexuales entre alemanes y judíos. Y su aplicación fue objeto de especial atención en el Juicio de Nuremberg contra los Juristas nazis, porque demostraba hasta qué niveles podía llegarse con una aplicación bárbara e insensible de leyes que ya de por sí lo eran en grado sumo. Un caso especialmente relevante fue el llamado “caso Katzenberger”. Se trataba de un anciano comerciante judío, Leo Katzenberger, Presidente de la Comunidad Judía de Nuremberg, al que a principios de los años 40 se acusaba de haber mantenido relaciones sexuales con una joven alemana. El juicio despertó gran conmoción en la opinión pública porque fue aireado ampliamente por los medios de comunicación, sobre todo por el periódico nazi “Der Stürmer”, dirigido por Julius Streicher, luego condenado a muerte y ejecutado en el Proceso Principal de

En total sólo 16 juristas fueron acusados de haber participado, de un modo u otro, en los crímenes de guerra y contra la

Nuremberg. Al juicio por el “caso Katzenberger” también asistieron los máximos jerarcas nazis que iban con frecuencia a Nuremberg, porque allí tenían lugar las reuniones del Partido. Desde el primer momento se trató de convertir este caso en un “caso paradigmático” del delito de “ultraje a la raza”. Aunque el delito no tenía, en principio, asignada la pena de muerte, Katzenberger fue condenado a ella porque se le aplicó una Ley que preveía esta pena cuando el delito se cometía “aprovechándose de las circunstancias de la guerra”, y, según la versión que se utilizó para fundamentar la condena a muerte, él se había aprovechado de la oscuridad de la noche, aumentada por los apagones del alumbrado público que se hacían para evitar los bombardeos aéreos, para introducirse en el piso de la joven alemana. Ésta, por su parte, negó reiteradamente los hechos y fue condenada a dos años de prisión por falso testimonio. El delito por el que fue condenado a muerte Katzenberger (*ultraje a la raza, Rassenschande*) era de uno de esos (los otros eran aborto y realización de acciones homosexuales) que MEZGER, en su artículo “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, en el Homenaje a Kohlrausch, en 1944, pp. 180 ss., reciente todavía el caso Katzenberger, calificaba de “crimina odiosa”. Para MEZGER, en estos delitos no había que admitir la excusa del error de derecho, porque se trataba de sujetos que, debido a su “culpa por la conducción de vida”, actuaban con “ceguera” a los valores jurídicos de la “comunidad del pueblo” y merecían, por ello, la pena del delito doloso (que ya sabemos cuál fue en este caso). El caso Katzenberger, en el que intervino como Presidente del Tribunal el Juez Rothgau, acusado después en este Juicio contra los Juristas nazis y condenado a cadena perpetua (de la que sólo cumplió unos años), es, aunque con otros nombres, tratado ampliamente en la película de Stanley Kramer, *El proceso de Nuremberg* (exhibida en España con el ambiguo título de *Vencedores o vencidos*), con una interpretación excelente de Judy Garland en el papel de la joven alemana acusada de mantener relaciones sexuales con el ciudadano judío. Más recientemente se ha rodado por Joseph Vilsmaier una película en Alemania sobre el mismo caso, *Leo und Claire*, que, desde todos los puntos de vista, deja bastante que desear, aunque el libro de Christiane Kohl, *El judío y la muchacha*, sobre el que se basa, es bastante más interesante (para más detalles sobre él mismo, véase MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¿Vencedores o vencidos?*, pp. 39 ss. y 89 y n. 68).

Humanidad. Todos manejaron los mismos argumentos para su defensa: que lo único que habían hecho era cumplir con las leyes vigentes, que cuando éstas eran muy duras procuraron interpretarlas o aplicarlas del modo más benigno posible, que se encontraban en una situación de no exigibilidad, o que, lo que no deja de ser sorprendente en un jurista, actuaron en error de prohibición invencible⁵. Todas estos argumentos fueron rechazados enérgicamente por el Tribunal, que consideró que, en todo caso, el sistema jurídico al que habían servido los acusados era de tal injusticia y crueldad que no podía admitirse, y mucho menos entre juristas de alto nivel y formación como los que allí eran juzgados, la excusa del respeto o la obediencia a unas leyes que no habían sido creadas para proteger los derechos de los ciudadanos, sino para pisotearlos. De los jueces que habían aplicado esas leyes injustas (algunas de ellas asesoradas o legitimadas por MEZGER) y que en base a ellas habían condenado a muerte a ciudadanos que no habían cometido delitos o sólo delitos creados artificialmente por los nazis, como el ultraje a la raza, el Tribunal dijo que “bajo sus togas de juristas se escondía la daga del asesino” (*Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Jurist verborgen*). Un argumento parecido había formulado también RADBRUCH con su famosa teoría de que siempre hay “un Derecho por encima de las Leyes”, que surgió precisamente para explicar por qué debían ser condenados por prevaricación

⁵ Véase la breve, pero clara exposición de este Proceso de Klaus KASTNER, <http://www.justiz.bayern.de/olgn>. También en Internet se encuentra abundante material en alemán, sobre todo si se busca bajo las siglas “Juristenprozess”. Una exposición más amplia y completa se encuentra en OSTENDORF/ TER VEEN, Das “Nürnberg Juristenurteil”, eine kommentierte Dokumentation, Frankfurt am Main 1982. Véase también, Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, María Peschel-Gutzeit (edit.), 1996, que recoge como Apéndice el texto completo de la sentencia.

los jueces que en la época nazi condenaron a muerte a personas que sólo habían hablado mal de Hitler o simplemente eran contrarios a su régimen⁶.

La mayoría de los acusados en este Juicio fueron condenados a penas más o menos largas de prisión, de la que salieron al poco tiempo. Luego fueron protegidos por sus colegas, pronto encontraron trabajo en diversas instituciones públicas, incluso en la Administración de Justicia, su responsabilidad en aquellos crímenes fue pronto olvidada y quedó diluida con el transcurso del tiempo en el olvido de la memoria histórica. El resto de los Jueces, funcionarios del Ministerio de Justicia, Fiscales y Profesores que, aunque no habían sido juzgados en Nuremberg, también habían aplicado las leyes nazis y produjeron sentencias injustas, no tuvo el menor problema para reintegrarse en la nueva etapa política en sus puestos, o incluso en otros aún de más alto rango e importancia. Algunos intentos hubo de llevar ante la Justicia alemana a algunos de ellos, pero fracasaron y quedaron en nada⁷.

⁶ El artículo de RADBRUCH se publicó con el título *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristen Zeitung* 1946, pp. 105 ss., pero ha influido en la Jurisprudencia alemana en los años 90, donde fue utilizado como argumento a favor de las sentencias condenatorias contra los policías fronterizos que dispararon en el Muro de Berlín contra los que intentaban huir de la República Democrática Alemana, y contra sus superiores que les ordenaron disparar. El artículo de RADBRUCH, junto con otros de WELZEL y Eberhardt SCHMIDT, fue traducido al español por el profesor Paniagua, y publicado en Madrid en el año 1974 con el título “Derecho nulo, Derecho injusto”.

⁷ Véase, por ejemplo, un libro poco conocido editado por el Senator für Justiz und Bundesangelegenheiten de Berlín, SCHOLZ, y escrito por JAHNTZ y KÄHNE, *Der Volksgerichtshof*, 1.^a ed. 1986 (2.^a ed. 1987), en el que se exponen las investigaciones que se llevaron a cabo en los años 80 por la Fiscalía de Berlín contra los Jueces y Fiscales que

Entre ellos, el caso del Profesor Edmund MEZGER fue un caso especial. En principio, parece que no tuvo ningún problema con la Justicia. Es más, según informa su panegírista más que biógrafo, VON JAN⁸, MEZGER participó o al menos ofreció su colaboración en la defensa de uno de los acusados en el Proceso de Nuremberg contra los Principales Responsables, el ex Ministro de Asuntos Exteriores Freiherr Von Neurath, trabajando con su abogado defensor por mediación de un antiguo asistente y luego Ministro de Estado en Baviera, el Dr. Seidl, al que MEZGER cita como colaborador de su informe sobre la esterilización de los asociales (cfr. *supra* Apéndice al capítulo IV). Pero como el mismo VON JAN dice, esta colaboración no duró mucho, pues pronto MEZGER, “probablemente por una denuncia, fue detenido bajo sospecha de haber pertenecido al Servicio de Seguridad (SD) y permaneció en la Prisión de Testigos (*Zeugengefängnis*) de Nuremberg durante algunas semanas, hasta que se demostró la inconsistencia de las acusaciones”. También el principal monografista de MEZGER, Gerit THULFAUT⁹, alude a este incidente, tomándolo de Von Jan.

Ante la importancia de este dato, hemos intentado saber exactamente lo que pasó, dirigiéndonos a la Zentralstelle de Ludwigsburg, una sección del Bundesarchiv en la que se conservan las Actas de los Juicios de Nuremberg. Pero la respuesta

actuaron en el famoso “Volksgerichtshof”, sin que las mismas tuvieran el menor éxito. Muy instructivos e impresionantes son los documentos que se adjuntan en dicho libro sobre las actividades de dicho Tribunal en el enjuiciamiento de los acusados del intento de Golpe de Estado contra Hitler de 20 de julio de 1945.

⁸ VON JAN, Edmund Mezger, en Juristen im Portrait, Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten, Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C.H.Beck, Múnich 1988, p. 562.

⁹ THULFAUT, Kriminalpolitik, p. 19.

obtenida es que en la documentación archivada allí no hay ninguna referencia a MEZGER (“keine Hinweise auf Unterlagen zu Prof. Mezger”)¹⁰. Como no podemos poner en duda la respuesta de la Zentralstelle de Ludwigsburg, seguimos sin poder afirmar o negar lo dicho por Von Jan. Sin embargo, estudiando con detenimiento las peculiaridades de los procedimientos judiciales llevados a cabo por los norteamericanos en Nuremberg, hemos encontrado una explicación que confirma plenamente lo afirmado por este autor, que, dado el estilo elogioso con el que siempre trata a MEZGER en su breve biografía-retrato, no habría hecho una afirmación tan rotunda, señalando incluso, expresamente, que ello “para un hombre correcto que actuaba siempre movido por la conciencia supuso una experiencia horrible, y para nosotros hoy un motivo para recordar aquellos turbulentos tiempos en los que podía pasar una cosa así”¹¹.

La razón por la que MEZGER pudo haber sido detenido y pasar algunas semanas en la prisión de Nuremberg es, a mi juicio, relativamente fácil de explicar, o por lo menos no es muy aventurado suponer que pudo deberse a lo que sigue:

Como ya es sabido, es muy corriente en la Justicia norteamericana la utilización del “testigo protegido”, normalmente un sujeto que también ha participado en los hechos de los que se acusa a los principales acusados y al que se concede la impunidad a cambio de dar información, o testificar en contra de ellos. MEZGER era sin duda el hombre ideal para cumplir con esta tarea: por un lado, porque era efectivamente un hombre muy bien informado de algunas de las muchas actividades que se llevaban a cabo en aquel Ministerio de Justicia; por otro lado,

¹⁰ Carta remitida al autor de este libro por el funcionario encargado de dicha oficina el 8 de marzo de 2002.

¹¹ VON JAN, lug. cit.

porque, dada su directa intervención en la redacción de la Ley de extraños a la comunidad, que no olvidemos fue utilizada como documento probatorio de cargo en los Juicios de Nuremberg¹², podía ser también efectivamente acusado por complicidad en algunas de esas actividades, y la promesa de concederle impunidad podía llevarle a prestar algún testimonio en contra de los principales implicados.

Pero fuera por una u otra razón, lo cierto es que no fue el único que se encontró en esta desagradable situación de tener que declarar en contra de sus antiguos compañeros; un testimonio que, según se desprende de la forma ambigua en que escribió sus informes para la Ley de extraños a la comunidad¹³, y de su propio carácter sinuoso y poco claro, más bien despistaría y confundiría a los que le interrogaron, que arrojaría alguna luz sobre los fines de esa Ley y los propósitos de los que la redactaron, entre ellos, él. No parece, por lo menos en lo que se refiere a los Juicios de Nuremberg, que MEZGER pudiera verse en el banquillo de los acusados sentado junto a los principales responsables del Ministerio de Justicia por sus opiniones jurídicas o científicas más o menos afines a la ideología nazi y al más crudo positivismo criminológico (por lo demás también asumido en algunos sectores de la criminología americana de la época¹⁴),

¹² Cfr. *supra* capítulo III, Apéndice Documental.

¹³ Véase *supra* capítulo III.

¹⁴ Recuérdese que también en Estados Unidos en algunos de su Estados, como el de Virginia, se venían practicando esterilizaciones de enfermos y deficientes mentales desde los años 20, y que dicha práctica había sido revalidada por el Tribunal Supremo de aquel país cuando en boca de uno de sus principales juristas y magistrados, Holmes, decidió a favor de la constitucionalidad de la Ley que la permitía con el argumento de que “tres generaciones de imbéciles son suficientes”. En realidad, la práctica se mantuvo allí hasta 1978, en que se cerró el campo de Linchburg, en

sino por su colaboración, que creo ha quedado bastante clara, en la elaboración de uno de los textos legales más característicos de la política genocida nazi de exterminio de los que, en su opinión, eran “extraños a la comunidad”. Si al final consiguió evitar ser acusado a cambio de dar “información privilegiada”, o porque consiguió convencer al Fiscal de que realmente no tuvo nada que ver con ello, no nos consta, ni podemos conjeturarlo; como tampoco nos consta qué es lo que dijo; si sólo se exculpó sin inculpar a otros, o si hizo algún pacto con la acusación para salir bien librado y evitar su procesamiento.

Lo que, en todo caso, parece claro es que entre los documentos que pudieron utilizarse para imputar a MEZGER no figuraba el expediente con su solicitud para visitar el campo de concentración de Dachau (cfr. *supra* capítulo V). Ello se explica porque este expediente de la Oficina de la SS que se encargaba de la administración de los campos de concentración estaba en el Archivo de la Policía Secreta (Stasi) de la República Democrática Alemana, y no llegó nunca a manos de los Fiscales americanos de Nuremberg. Un documento de este tipo hubiera empeorado notablemente la situación de cualquier acusado en este Juicio.

También otros juristas del mundo académico fueron acusados en Nuremberg por su colaboración con el régimen nazi. Así, por ejemplo, leyendo las Memorias de otro famoso jurista nazi, entonces y ahora más famoso que el propio MEZGER, el politólogo Carl SCHMITT, sabemos que él también estuvo en una situación similar a la que, según VON JAN dice, estuvo MEZGER. Efectivamente, SCHMITT, tras haber sido detenido algunas veces anteriormente, fue de nuevo arrestado por los americanos el 17 de marzo de 1947 y

el que parece que durante 45 años fueron esterilizadas más de 8.000 personas; lo que es, en todo caso, una nimiedad comparada con las aproximadamente 500.000 que se llevaron a cabo durante la época nacionalsocialista, y que se realizaron también por razones racistas e incluso políticas (véase al respecto, MUÑOZ CONDE, La esterilización de deficientes psíquicos, p. 192; y lo dicho *supra* capítulo IV).

conducido a la prisión de Nuremberg. Allí se le hizo llenar un cuestionario y fue repetidas veces interrogado por un Fiscal norteamericano. Según el comentarista y editor de esas Memorias, su detención no fue más que un pretexto para conseguir información sobre Altos Funcionarios del Ministerio de Exteriores, y sobre su propia actividad como asesor de los mismos en cuestiones de política exterior. Tras reiterar que su papel se había limitado a cuestiones puramente técnicas, SCHMITT fue puesto finalmente en libertad el 6 de mayo del mismo año 47¹⁵. Y aunque siguió gozando de gran prestigio dentro y fuera de Alemania, especialmente entre los politólogos españoles más afines a la dictadura franquista, nunca más volvió a ocupar su cátedra. En eso MEZGER tuvo más suerte y, como seguidamente veremos, no sólo recuperó su cátedra de Múnich, sino que volvió a ser nombrado miembro (y Vicepresidente) de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal y gozó de todos los honores académicos. Pero antes también tuvo que pasar por un pequeño “purgatorio”, del que informamos a continuación.

II. AÑOS DE PENITENCIA

Como ya se ha dicho, la otra resolución adoptada en el Acuerdo de Yalta fue “eliminar todas las influencias nazis y militaristas de las instituciones públicas, culturales y económicas”. Esto condujo pronto al establecimiento de unos “controles de depuración” de todas las personas que habían pertenecido a los grupos y organizaciones nazis y de las que dentro de las instituciones públicas habían secundado o aplicado sus directrices ideológicas y sus normas jurídicas. Dado el enorme apoyo

¹⁵ Cfr. los tres interrogatorios a que fue sometido, entre el 9 y el 27 de abril de 1947, Carl SCHMITT por el Fiscal americano de origen alemán judío, Dr. Kempner, en: Antworten in Nürnberg, editado y comentado por Quaritsch, Berlín 2000, pp. 52 ss. Interrogatorios similares debió sufrir MEZGER.

popular que el régimen nazi había tenido en las épocas de su mayor esplendor y poderío, a mediados y finales de los años 30, y la estrecha colaboración que le prestaron los principales responsables de la función pública, del ejército, de la Judicatura, de los Profesores universitarios, etc., esta tarea depuradora o de desnazificación (*Ent- o Denazifizierung*) resultaba realmente ingente y difícil de llevar a la práctica.

En una primera etapa se dedicaron a ella con entusiasmo las autoridades responsables de las Potencias aliadas. Especialmente interesante para nuestro tema es la “desnazificación” que llevaron a cabo los norteamericanos, porque, aparte de que fue, en principio, la más ingente y ambiciosa, les correspondía llevar a cabo esta tarea en el Land de Baviera, al que, como es sabido, corresponde la ciudad de Múnich, de cuya Universidad era Profesor Edmund MEZGER.

Lo primero que hay que decir es que las autoridades americanas no tenían una idea clara de qué es lo que había que hacer para llevar a cabo dicha tarea. Desde el primer momento se enfrentaron a una tesis restringida, “outlaw theory”, que sólo quería depurar a los principales responsables del nazismo; y una tesis más amplia que pretendía incluir en dicha desnazificación a sectores mucho más amplios de la población. Finalmente, con el apoyo del propio Roosevelt, la balanza se inclinó en favor de la tesis restringida. Aún así la tarea era ingente e inabordable. Sólo en la zona americana se llenaron unos trece millones de formularios de depuración. Aproximadamente unos 3 ó 4 millones de ciudadanos alemanes fueron citados y finalmente quedaron en poco más de un millón los que efectivamente pasaron por estos procesos de desnazificación¹⁶.

¹⁶ Véase REICHEL. La bibliografía sobre este tema es abundantísima, hasta el punto de que no sólo hay estudios sobre el “proceso de

Al principio se encargaron de la tarea los propios oficiales americanos, pero pronto se observó que, por las dificultades idiomáticas, falta de personal preparado, etc., la misma no sería posible sin el concurso, la ayuda o la intervención de los propios ciudadanos alemanes, elegidos, como es lógico, entre los que menos hubiesen tenido relación con el régimen nazi o incluso hubiesen sufrido sus consecuencias (generalmente miembros de los partidos políticos prohibidos por los nazis y de nuevo permitidos); en total unas 20.000 personas se encargaron de esta tarea. Es así como por Ley de 5 de marzo de 1946 para la liberación del nazismo y el militarismo, se crearon las llamadas “Spruchkammer”, una especie de Tribunales de escabinos o jueces profanos, que se encargarían de ir comprobando los antecedentes nazis de los “depurados” y su inclusión en las cinco diversas categorías que preveía la Ley a los efectos de imponer sanciones de distinta gravedad y consecuencias.

El primer grupo lo formaban los “Hauptschuldige” (los principales responsables), la mayoría de los cuales obviamente ya habían sido generalmente juzgados y condenados en los Juicios de Nuremberg. El segundo grupo lo integraban los “Belastete” (los implicados), que eran los que pertenecían a las principales organizaciones nazis, sobre todo al Partido y la SS, y dentro de las mismas habían ocupado cargos de responsabilidad. Un tercer grupo lo constituían los “Minderbelastete” o implicados en menor grado, que habían ocupado cargos de menor responsabilidad o

desnazificación” en general, sino separadamente por Länder (incluyendo también a la antigua República Democrática alemana), o por ámbitos profesionales (jueces, políticos, científicos, etc.). Una exposición resumida, pero bastante completa hasta el 2001 se ofrece en el libro de REICHEL, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland*, pp. 240 a 248. Los datos pueden encontrarse también en cualquier página web de Internet, donde hay más de 5.000 entradas bajo el nombre de “Entnazifizierung”.

intermedios. El cuarto grupo eran los “Mitläufers” (algo así como los “compañeros de correrías”), que eran los que habían formado parte de la organización y el partido nazi, pero como meros miembros, sin ocupar cargos dentro de los mismos. Y finalmente quedaba el grupo de los “Entlastete”, que eran los que después de las pertinentes comprobaciones quedaban libres de cargos, por no tener ninguna implicación con el nazismo. Obviamente las personas que eran incluidas en las dos primeras categorías (de la tercera apenas se hizo uso) eran las que podían ser condenadas a sanciones más graves, incluida la cárcel, pero sobre todo la separación definitiva de la función pública. A los “Mitläufers”, en cambio, apenas se les ponían sanciones generalmente de carácter pecuniario, que, dada la devaluación de la moneda, eran prácticamente simbólicas.

Aunque al principio los Tribunales de Depuración, “Spruchkammer”, comenzaron a trabajar con gran energía, lo cierto es que poco a poco fueron desinflándose hasta llegar a convertirse en una pesada máquina burocrática que trabajaba de una forma tan mecánica y esquemática, que, desde luego, no servía para valorar el verdadero nivel de vinculación con el régimen nazi de las personas que tenían que pasar por este procedimiento. Pronto se extendió una fórmula de exculpación que se convirtió en un salvoconducto para todos: los llamados “Persilscheine” o “certificados de limpieza”, que hacían los amigos y colegas, generalmente menos implicados que el “depurando”, el párroco de la localidad, alguno que tuvo problemas y a quien el vecino nazi ayudó o prestó un poco de dinero, o alguien que estaba casado con una prima, o el comerciante de la esquina, o un estudiante al que se le trató bien en un examen. Después de todo, los alemanes, tanto los que habían apoyado al régimen nazi o habían sido simpatizantes de él, como los que lo habían sufrido y no le tenían ninguna simpatía, tenían los mismos problemas de supervivencia y estaban sufriendo por

igual los rigores de la posguerra. Hogares deshechos, familias destrozadas, padres, hermanos e hijos que fueron reclutados forzadamente para la guerra desde los 14 años en la última fase de la misma, habían muerto o desaparecido, o estaban todavía en los campos de prisioneros de guerra. Era inevitable que surgiera un sentimiento nacionalista o de solidaridad nacional entre ellos. Un hoy por ti y mañana por mí, o un qué se habrán creído estos americanos, estaban también presentes en este interés de ofrecer coartadas y excusas a todos los que se encontraban en este trance. Había que aprender a vivir juntos bajo el nuevo sistema, a reconstruir el país y a superar los rencores del pasado, una vez ejecutados, encarcelados, muertos o huidos los principales responsables del nazismo. Las industrias, los comercios, las diversas profesiones requerían la presencia de un personal cualificado, como sin duda lo eran muchos de los "viejos nazis", que hubieran tenido que ser separados de sus puestos si se les hubieran aplicado con rigor las normas que regían este tipo de procesos de desnazificación.

De ahí que casi desde el primer momento los políticos del nuevo sistema, incluso los políticos que regresaban del exilio, y sobre todo las dos Iglesias, católica y protestante, empezaran a influir y hacer mella en las decisiones de las "Spruchkammer", que, ante la indiferencia de las autoridades americanas que asumían esta situación como algo inevitable (la guerra fría ya había comenzado y convenía tener el apoyo del pueblo alemán en la nueva situación), comenzaron a rebajar las calificaciones y la gravedad de las sanciones. Finalmente, la inmensa mayoría de los depurados terminaron siendo calificados como "Mitläufer", una clasificación que ciertamente constataba la implicación del sujeto con el régimen nazi, pero que no le impedía volver a ocupar su puesto en la Administración o en cualquier profesión u oficio, previo pago de una sanción pecuniaria de carácter meramente simbólico. Y hasta tal punto se generalizó esta prá-

tica que se ha llegado a llamar a estas “Spruchkammer” como “fábricas de Mitläufner”¹⁷. A pesar de todo la historia ha demostrado que este proceder, a diferencia del que se llevó a cabo en la República Democrática Alemana mucho más duro, eficaz, rápido y estricto, favoreció la reconstrucción de la República Federal Alemana, junto con el Plan Marshall, la ayuda norteamericana y la admirable capacidad de trabajo del pueblo alemán. Pero ello también fue a cambio de una “amnesia colectiva”, en la que de pronto se borró el pasado nazi y parecía que nadie había tenido nada que ver con él, y que en bastantes casos ha impedido conocer la responsabilidad de muchos de los que intervinieron en los horrores nazis. Hay ejemplos particularmente chocantes de hasta qué punto se hizo borrón y cuenta nueva con el pasado terrible de muchos altos cargos y personajes importantes del régimen nazi, políticos, jueces, funcionarios, que volvieron a ocupar puestos importantes en la Administración, en la economía, en la Universidad, en los Institutos de Investigación (antes llamados Willhelm-Kaiser-Institute, ahora Institutos Max-Plack). Desde Kurt Kiesinger, que había trabajado en la Oficina de Propaganda del Reich, y terminó siendo Primer Ministro del Gobierno de la República Federal Alemana en los años 60¹⁸, hasta el Premio Nobel de Bioquímica, Adolf

¹⁷ Así reza el título de una de las mejores monografías existentes sobre este tema, la de NIETHAMMER, *Die Mitläufnerfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns*, Bonn 1982.

¹⁸ Sobre él hay un libro impresionante de la periodista KLARSFELD, *Die Geschichte des PG 2633030 KIESINGER, Dokumentation mit einem Vorwort von Heinrich Böll*, Darmstadt 1969. Dicha periodista fue condenada por haber abofeteado al citado Presidente recordándole su pasado nazi, del que, en todo caso, había salido bien librado, siendo calificado como “Entlastet”, es decir, como no implicado. En el libro, con Prólogo del Premio Nobel de Literatura Heinrich BÖLL, se recogen pruebas evidentes de las actividades de dicho político en el sistema de

Butenandt, que durante su Presidencia del “Willhelm-Kaiser-Institut” de Bioquímica había utilizado muestras de “experimentos humanos” que le enviaba desde Auschwitz el Dr. Mengele y que luego volvió a ser Presidente del “Max-Planck-Institut” de la misma especialidad, más poderoso que nunca, hasta que murió con más de 90 años¹⁹, pasando por los Jueces y Profesores de Derecho que después de haber aplicado, creado o colaborado en la elaboración de las principales leyes nazis, volvieron a los mismos puestos, si no a otros más importantes, aunque esta vez fuera al servicio (?) del nuevo sistema democrático²⁰. Uno de

propaganda radiofónica nazi. A pesar de ello, la citada periodista fue condenada a un año de cárcel por injurias al Presidente, que luego se transformó en cuatro meses de prisión con suspensión condicional. El Tribunal nunca admitió que Kiesinger fuera citado para declarar sobre su pasado nazi ni que en el juicio se hablara de este tema. Por lo demás, este libro, como tantos otros que se refieren al oscuro pasado nazi de tantos personajes importantes de la vida pública alemana en los años de la posguerra, sólo se encuentra en librerías de anticuarios, como, por ejemplo, en los stands que se exponen delante de la Mensa de la Universidad de Frankfurt am Main, en uno de los cuales lo encontré.

¹⁹ Véase PROCTOR, Adolf Butenandt (1903-1995), Nobelpreisträger, Nationalsozialist und MPG-Präsident, ein erster Blick in den Nachlass, publicado en Internet junto con otros materiales de la historia de la “Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus”. En este artículo PROCTOR explica muy bien por qué muchos de estos científicos pasaron sin problemas los respectivos procesos de desnazificación: “se empleó más energía en aprovechar la sabiduría de los científicos alemanes que en llevarlos a los Tribunales de Justicia. Por eso no puede sorprender que aún estemos buscando sus huellas”. Sobre la implicación de la “Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft” con los crímenes del régimen nazi, véase también SACHSE/ MASSEN, Biowissenschaftliche Forschung an Kaiser-Wihlhel.Instituten und die Verbrechen des NS-Regimes, 2000 (www.mpiwg-berlin.mpg.de). Sobre Butenandt, véase también la información contenida en capítulo II,V,3.

²⁰ Sobre la desnazificación y la renazificación de la Administración de Justicia, es decir, de los Jueces, Magistrados y Fiscales, informa,

ellos fue, sin duda, Edmund MEZGER, de cuyo proceso de desnazificación pasamos a ocuparnos seguidamente.

críticamente, GODAU-SCHÜTTKE, Von der Entnazifierung, en Internet, quien atribuye a esta causa que en muchas sentencias de los Tribunales de Justicia, como en la que él comenta del Tribunal Supremo Federal en materia civil denegando una indemnización a una persona de raza gitana, porque después de todo su internamiento en un campo de concentración no tuvo una finalidad racista, sino prevenir el carácter nómada de su pueblo, hubiera todavía muchos jueces con una ideología completamente nazi. Ello también explica que muchas decisiones de los Tribunales de Justicia en materia penal fueran también muy favorables a los antiguos nazis cuando eran acusados por algún delito cometido en el período nacionalsocialista, y que se siguiera aplicando la vieja “teoría subjetiva” jurisprudencial en materia de participación y que en base a ella los ejecutores directos de crímenes en los campos de concentración fueran condenados sólo como cómplices, porque sólo actuaban con ánimo de cómplice y no de verdaderos autores. Véase sobre ello el impresionante libro de JUST-DAHILMAN/ JUST, Die Gehilfen, Frankfurt am Main 1988, en el que se recogen estas sentencias y se menciona la actitud de indiferencia, cuando no de aprobación que mostraron ante ellas los profesores de Derecho penal, con alguna excepción, entre ellas la de mi maestro Claus ROXIN, entonces joven Privat-Dozent que acababa de habilitarse precisamente sobre un tema de autoría y participación y que criticaba en su escrito de habilitación la tesis jurisprudencial. En conversación privada, el Professor ROXIN me ha confirmado recientemente que un artículo suyo sobre el tema, Autoría mediata por utilización de aparatos de poder, fue rechazado por la Revista especializada a la que primeramente lo mandó, y que después fue publicado por otra. Así estaban las cosas todavía en la República Federal Alemana a comienzos de los años 60; por no hablar de las dificultades que había siempre para poner en marcha procesos penales y exigir responsabilidades a los antiguos criminales nazis. Pero tratar de todo esto nos llevaría muy lejos de nuestro tema.

EXCURSO: *El Proceso de desnazificación de Edmund Mezger (Spruchkammer München X Aktenzeichen X 837/46)*

Como es lógico, y después de todo lo que hemos visto hizo MEZGER en la época nazi, el que tuviera que pasar por uno de estos procesos de desnazificación era inevitable. Aunque había escapado por los pelos de ser acusado en el Proceso contra los Juristas Nazis celebrado en Nuremberg, era prácticamente imposible que pudiera escapar a la desnazificación. Ya en octubre de 1945 fue separado de su cátedra. Y a partir de ahí comenzó su calvario particular. De momento, tuvo que buscarse la vida como abogado, aunque ya hemos visto que no pudo colaborar mucho tiempo en la defensa de uno de los acusados en Nuremberg, por su inoportuna detención en la cárcel de dicha ciudad. También lo intentó con un antiguo discípulo suyo, el Dr. Gritschneider, al que había ayudado a doctorarse a pesar de la oposición de los grupos estudiantiles nazis. Este detalle le ayudaría, como veremos, en el proceso de desnazificación, para el que este discípulo le escribió un “Persilschein” muy favorable.

De un modo u otro, MEZGER quedó en el paro. Y podemos imaginar que, como tantos otros alemanes en aquella época, nazis o no, víctimas o verdugos, tuvo que pasarlo verdaderamente mal. La única vía para volver a ocupar su antigua cátedra era pasar indemne el proceso de desnazificación al que pronto fue sometido, pero dados sus antecedentes y la dureza con la que comenzaron esos procesos las perspectivas de que ello fuera así no eran muy buenas. Sobre todo cuando supo que el Fiscal o acusador pedía su clasificación en el Grupo II, es decir, en el de los “Belastete”, lo que prácticamente implicaba su separación definitiva de la función pública y quizás algo más. ¿En qué se basaba dicha petición fiscal?

Leyendo el proceso de desnazificación, que se encuentra en el Staatssarchiv de Múnich (Aktenzeichen X 837/46), podemos

ver los cargos de los que se le acusaba en base a la declaración que él mismo hace de su puño y letra en el formulario con 133 cuestiones que tenían que llenar todos los sometidos a dicho procedimiento. A través de ella leemos los siguientes cargos que ocupó en las instituciones nazis y que servían de base a la acusación:

Asociaciones y grupos nazis a los que perteneció Mezger, según consta en el Proceso de desnazificación (Spruchkammer X Múnich, Aktenzeichen X 837/46)

Miembro del Partido Nazi (Pg) desde el 1.5.1937; miembro de la Asociación Nacionalsocialista para el Bienestar del Pueblo (NSV); miembro de la Asociación Nacionalsocialista de Juristas (NSRB); Jefe del Grupo Territorial de Especialistas del Partido Nazi (NSRB AF II 9); miembro de la Asociación de Protección Aérea del Reich (ALB); miembro cotizante de la SS desde el 1.1.36; miembro de la Asociación del Senado del Partido Nacionalsocialista, de la RKB²¹ y de la Asociación Nacionalsocialista de Docentes.

A la vista de estos antecedentes, no cabe duda de que la calificación del Fiscal no era exagerada. Muchos con mucho menos tendrían iguales o incluso más problemas, ¿cómo no los iba a tener un personaje que incluso había sido un “pez gordo” en el régimen nacionalsocialista y había pertenecido a casi todas las instituciones del mismo? En estos procesos de desnazificación se trataba de “depurar” y probablemente de apartar definitiva-

²¹ Para conocer el significado de estas siglas he utilizado el diccionario de BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch, “Selbstverständliche Begriffe und Schlagwörter aus der Zeit des Nationalsozialismus”, 1988, reimpreso en 2001, pero en él no se encuentra la sigla RKB, por lo que no sé exactamente lo que significaba.

mente no ya sólo de la función pública, sino de una, tan especialmente delicada y relevante para la formación de los juristas en el espíritu del Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales, como es la de catedrático de Derecho penal. Desde luego que a la vista de lo que había hecho y dicho en el período nacionalsocialista no era MEZGER el hombre más idóneo para ello, pero aún menos lo era si cabe dada su estrecha vinculación con las instituciones más representativas del nacionalsocialismo.

Como ya se ha dicho, MEZGER no niega esa vinculación. No puede negarla, porque su ficha obra en los archivos que están en poder de las autoridades norteamericanas (Folios 2, 3, 4 y 5 del expediente). Es más, cuando, por las razones que veremos ahora, parece olvidar o negar que en el Grupo Territorial Nacionalsocialista de Especialistas (*Gaufachgruppe*) ocupara el cargo de Jefe o Administrador (*Walter*), el capitán Bruce B. Simons, oficial americano del grupo especial, inmediatamente comunica al Fiscal que el acusado ha silenciado indicar que era “Gaugruppenwalter”, con las consecuencias que de ello se derivan (Folio 35, comunicación del Gobierno Militar, 2 de enero de 1947).

¿Por qué tanto interés por parte de MEZGER en ocultar este dato y del oficial norteamericano en señalarlo? Porque una de las razones por las que automáticamente se le podía clasificar como “Belastet”, y ésta era originariamente, por tanto, la petición fiscal, era justamente por haber ocupado cargo de dirigente en una organización nacionalsocialista. Ahora expondremos cómo MEZGER intenta discutir esta clasificación. Pero antes veremos que, conforme a lo ya dicho anteriormente, el proceso, a partir de aquí, se convierte realmente en una farsa. Continuamente aparecen escritos de MEZGER en los que explica una y otra vez lo que ganaba, que sólo se dedicaba a sus tareas docentes, que fue obligado a apuntarse a todas esas asociaciones, que lo hizo

para evitar males mayores y para una vez dentro de ellas frenar los excesos nacionalsocialistas y en lo posible reconducirlos y atenuarlos, que lo hacía por el bien de la institución a la que pertenecía, que siempre mantuvo un espíritu liberal y cristiano que transmitía a sus alumnos, a los que siempre les inculcó las reglas jurídicas básicas del Estado de Derecho... De las opiniones que había vertido en sus escritos y publicaciones desde 1933 a 1945 no dice una palabra, todo lo más menciona su Tratado de 1933, pero no el *Grundriss* o el *Leitfaden*, ni la *Kriminalpolitik*, ni sus innumerables artículos sobre la antijuricidad material, el Derecho penal de autor, la esterilización de los asociales, o del expediente de su solicitud para visitar en 1944 el campo de concentración de Dachau. Es más, manifiesta que siempre rechazó los planteamientos biologicistas sobre la delincuencia, lo que pretende acreditar con una cita bastante dudosa que hace de él el psiquiatra Ernst KRETSCHMER, uno de los más destacados representantes de la Psiquiatría biologicista, que como veremos también le firmó un "Persilschein". Todos estos argumentos los expone igualmente en su escrito de 1 de julio de 1946 dirigido al Ministerio Bávaro de Educación y Culto, solicitando su reincorporación a la cátedra, que se recoge igualmente en el expediente del Proceso de desnazificación (folio 15).

De algún modo confía, con razón, en que nadie haya leído o lea, y aún menos el Gobierno Militar Norteamericano, sus publicaciones entre 1933 y 1945, y en que tampoco se conozca su colaboración en la Ley de extraños a la comunidad, cuya documentación se había utilizado y había quedado allí archivada en el Juicio contra los Juristas en Nuremberg. En todo momento pretende dar la imagen del modesto profesor, de un científico, moderado, liberal, cristiano y decente, siempre alejado de cualquier actividad política o de una ideología extremista. Y la verdad es que si no fuera por lo que de él ahora sabemos, no habría por qué dudar de sus afirmaciones. Por no citar no cita

ni siquiera que perteneció a la Comisión del Ministerio de Justicia del Reich para la Reforma del Código penal nazi. Su actitud es algo así como: "señores americanos, yo de nazi nada. Apolítico total, de derechas de toda la vida".

Y para corroborar ese pasado presenta hasta quince "Persilscheine", a cuál más elogioso para su persona, de colegas de la Facultad de Derecho, entre ellos su antiguo colaborador y copartícipe en la Ley de extraños a la comunidad, Franz EXNER, misteriosamente libre de toda sospecha, de los psiquiatras Kurt SCHNEIDER y Ernst KRETSCHMER, de su antiguo discípulo y abogado muniques Dr. GRITSCHNER, de un párroco protestante, de un oficial norteamericano que, por lo visto, fue alumno suyo en los años 30 en Múnich y que, por supuesto, certifica que fue un buen profesor y que nunca le oyó decir nada a favor del nacionalsocialismo. No hace falta que se transcriba ninguno de estos "certificados de limpieza". Todos son favorables a MEZGER, todos niegan que tuviera nada que ver con el nacionalsocialismo o que tuviera ideas afines al mismo; todos parecen calcados unos de otros. Es lógico y humano que digan esto; si hubieran dicho lo contrario, MEZGER no los hubiera presentado. Porque, y eso es lo que más sorprende de este proceso, el Fiscal no hace por su parte ninguna investigación, se limita a darse por enterado y a dar por buenos los certificados que se le presentan, sin añadir ni quitar una coma, ni hacer observaciones o preguntas. Lo cual demuestra el grado de automatismo burocrático que se había impuesto en el procedimiento. Pero en todo momento hay un afán evidente de apoyar a MEZGER, y eso se nota en el informe del Ministerio Bávaro de Educación, en cuya valoración final se dice:

"El Prof. Mezger, que hasta 1933 fue un hombre políticamente moderado, de pensamiento liberal y cristiano, se vio obligado tras la toma del poder por el Nacionalsocialismo a plegarse, por lo menos en su actitud externa, a las exigencias y opiniones del régimen dominante. También ha mantenido esta actitud en sus publicaciones científicas, aunque no ha

rehusado colaborar en la configuración de un Derecho penal nacionalsocialista. Pero ello lo hizo en el convencimiento de que mantenerse en ese puesto podía servir de ayuda a los elementos buenos del nacionalsocialismo. En su fuero interno nunca fue nacionalsocialista” (subrayado mío).

Sin comentarios. A la vista de todo el material que hemos ido exponiendo y recopilando en este libro, huelgan las palabras. Se puede comprender que los amigos y colegas a título personal mientan para ayudar a salir del apuro a un compañero, pero que se haga de una manera tan descarada en el Informe Oficial del Ministerio de Educación indica cómo estaba el patio y cuál era la voluntad depuradora de las instituciones públicas respecto a evitar que los antiguos nazis volvieran a ocupar sus puestos preeminentes en la Administración pública.

Pero todavía quedaba el escollo de su posición como Jefe del Grupo Territorial o Responsable de la Asociación de Juristas nazis. Ya hemos dicho que ello le podía costar caro y ser clasificado en el Grupo II con todo lo que eso suponía. Desde el primer momento, MEZGER discute estos cargos. Sus argumentos son sin embargo, en todo caso, rechazados por la “Spruchkammer”. Pero esto no le supuso la temida clasificación en el Grupo II. Realmente, la Spruchkammer se había convertido ya por aquellas fechas en una “Mitläufertfabrik”; la calificación de Mitläufer era como el lecho de Procusto, en el que había que incluir a todos los antiguos nazis, tuvieran el cargo o la responsabilidad que tuvieran en el régimen nacionalsocialista. Había comenzado una nueva etapa y había que cerrar como fuera la anterior. Borrón y cuenta nueva. Y resuelve el problema del puesto directivo que MEZGER ocupó en alguna de las Asociaciones nazis a las que perteneció de la siguiente manera:

Debe rechazarse la alegación del acusado de que no ocupó cargo, “pero no debe ignorarse que su función en ningún caso consistió en apoyar las tendencias nacionalsocialistas, ni tuvo una militancia ideológica. De las

propias manifestaciones del acusado, así como también de los informantes... puede deducirse que en su actividad evitó siempre cualquier tipo de agitación propagandística para los fines del partido y que su aspiración fue la de mantener alejadas del trabajo científico las influencias políticas...".

Con ésta y otras afirmaciones semejantes, tomadas a pie juntillas de los informes presentados por los amigos y colegas y de las declaraciones del propio MEZGER, y valorando en su favor que nunca realizó tareas activistas a favor del partido nazi, la Spruchkammer terminó finalmente por resolver el 20 de febrero de 1947 que MEZGER debía ser clasificado en el Grupo IV como "Mitläufner" y condenado a una multa de 2000 marcos, además de al pago de las costas correspondientes.

No cabe duda de que esta decisión y el procedimiento en general para llegar a ella es, en sí misma considerada, desde luego sorprendente y poco ajustada a la entidad de los hechos que hemos expuestos en los capítulos precedentes. Pero, por las razones ya dichas, así es como se llevaron a cabo la mayoría de los "procesos de desnazificación" a través de los cuales fueron rehabilitados y vueltos a colocar en sus puestos la miembros de la "élite" nacionalsocialista, los más importantes profesores, científicos, Jueces, funcionarios, periodistas, etc., que habían colaborado estrechamente con el nazismo. Analizado desde la perspectiva actual, parece que esto fue positivo para la recuperación de la normalidad social, política y económica de la República Federal Alemana, pero, como se ha visto aquí con el "caso Mezger" y otros han puesto de relieve en otros muchos "casos", para el restablecimiento de la verdad histórica supuso un golpe mortal, del que Alemania todavía sigue sin recuperarse. La "Bewältigung der NS-Vergangenheit" (la superación del pasado nazi) sigue siendo, pues, la asignatura pendiente de la más reciente historia alemana.

III. CRÓNICA DE UNA VUELTA ANUNCIADA

Una vez pasado este "purgatorio", la expulsión de su cátedra, las incómodas semanas en la prisión de testigos de Nuremberg

y estar a punto de ser también juzgado en el Proceso contra los Juristas Nazis, y el proceso de desnazificación, Edmund MEZGER, que había recibido en dicho proceso la calificación puramente simbólica, pero muy significativa, de "Mitläufel", fue plenamente rehabilitado. El regreso paulatino a la normalidad, si no triunfante, sí fue por lo menos bastante satisfactorio.

Como no cabía esperar menos de la actitud de sus colegas y del mismo Ministerio de Educación bávaro, que tanto se habían esforzado en sacarlo con bien del proceso de desnazificación, MEZGER pronto fue repuesto en su cátedra de la Universidad de Múnich. Los datos de su "reentrée" académica vienen expuestos en cualquiera de las biografías o notas biográficas que se han escrito sobre él, a los que hemos aludido ya en el capítulo II de esta obra. Por lo demás, son de sobra conocidos por cualquiera que haya seguido la evolución de la Dogmática penal alemana en los años siguientes a la terminación de la guerra. Como indica VON JAN²², no era MEZGER un hombre que se quedara quieto, esperando tranquilamente que le llegara el momento de la jubilación para disfrutar merecidamente de ella después de aquellos años turbulentos. Con más ánimo que nunca reemprendió su actividad como autor de publicaciones científicas. Motivado probablemente por la experiencia adquirida y el éxito obtenido en los años anteriores con su "Leitfaden" y su "Grundriss", pequeños breviarios del Derecho penal nacionalsocialista aparecidos en los años 30 y dirigidos a los estudiantes de Derecho, MEZGER no volvió a tocar su importante "Lehrbuch", cuya 2.^a edición de 1933 reeditó inalterada en 1949 añadiéndole sólo un Prólogo adaptado a las circunstancias, y emprendió la tarea de hacer un resumen del mismo y escribir obras menos ambiciosas destinadas a los estudiantes quienes,

²² Ob. cit.

como es lógico y dada la ausencia de manuales de este tipo conformes con la nueva situación, las acogieron como “agua de mayo”. De este modo publicó ya en 1949 sus conocidos “Studienbücher” o “Libros de Estudio”, un volumen primero dedicado a la Parte General y otro segundo dedicado a la Parte Especial. Como se ve, no había perdido el tiempo en los tres años que había estado separado de su cátedra. Dichas obras, publicadas por la editorial Beck de Múnich, se convirtieron pronto en “best sellers”, llegando todavía en vida de su autor hasta una 10.^a edición, la Parte General, y una 8.^a la Parte Especial. Ya desde el Prólogo a la 1.^a edición de la Parte General destaca cuáles serán las metas que inspirarán su nueva andadura como manualista:

“Todo Derecho penal tiene siempre una doble misión, que a menudo es contradictoria en sí misma: llevar una lucha eficaz y con éxito contra el delito, sin perder, al mismo tiempo, de vista las exigencias irrenunciables y los mandatos de humanismo y humanidad (Menschlichkeit und Humanität, en el original, N. del T.). El estudiante también debe conocer esta misión”²³.

Encomiables palabras que desgraciadamente no había dicho un poco antes, en una época en la que un poco de “Menschlichkeit und Humanität” no le hubiera venido nada mal a la hora de redactar sus informes para la Ley de extraños a la comunidad y escribir aquellas cosas sobre “la eliminación de los elementos extraños a la raza y al pueblo”, la “ceguera jurídica” de los que no se integran en la “comunidad del pueblo”, la “culpa por la conducción de vida” de los asociales, etc., etc. Pero se ve que el lenguaje era entonces otro y que ahora había que adaptarse a las nuevas circunstancias.

²³ Citado apud VON JAN, p. 568.

En 1950 publicó su único ensayo científico tras la guerra: “Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik”²⁴, al que ya hemos hecho alusión repetidas veces a lo largo de esta obra y comentado en el capítulo II, IV. Esta breve monografía supuso una especie de reconciliación con la Dogmática jurídicode penal, que, en realidad, nunca había abandonado (cfr. *infra* IV), pero a la que ahora le daba una dimensión tan abstracta y filosófica que cuesta reconocer en ella al MEZGER pedagógico de los Manuales e incluso del Tratado. Por lo demás, aprovecha esta monografía para desencadenar una agria polémica sobre el concepto ontológico de acción como base de la Teoría del delito y sobre la posición sistemática en ésta del dolo, contra Hans WELZEL, un penalista mucho más joven que él y que ya se había distinguido por algunas publicaciones de carácter filosófico-jurídico y por haber publicado un breve manual en el que exponía la Teoría del delito desde el punto de vista de un concepto ontológico final de acción que, entre otras cosas, le llevaba a situar sistemáticamente el dolo en la tipicidad como parte integrante del tipo subjetivo²⁵. La polémica, como es sabido, dio

²⁴ Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage, Berlin-Múnchen 1950.

²⁵ Para una exposición breve y clara de sus tesis más importantes al respecto véase WELZEL, El nuevo sistema del Derecho penal, traducción y notas de Cerezo Mir, Barcelona 1964 (sobre sus críticas a la teoría de la acción causal patrocinada por MEZGER, véanse pp. 30 ss.). Para una exposición de los puntos de discrepancia entre una y otra teoría de la acción me remito a las obras generales, como los Tratados de JESCHECK y ROXIN, en Alemania, o los de CEREZO MIR, MIR PUIG, LUZÓN PEÑA o MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN en España, con ulterior bibliografía. Sobre estos conceptos de acción desde el punto de vista filosófico y la posibilidad de “un concepto significativo de acción”, véase la interesante obra de VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia 1996, pp. 203 ss., quien, por lo demás,

mucho que hablar a los penalistas alemanes durante muchos años y todavía hoy permanece en numerosos Tratados y Manuales, alemanes y españoles, como la polémica penal del siglo XX. Ahorro, por tanto, al lector referencias específicas a la misma, que vienen en cualquiera de estos Manuales, Tratados u obras generales de Derecho penal de Alemania, España, Portugal y la mayoría de los países latinoamericanos. Sí quisiera, sin embargo, destacar que antes de estas "Modernas orientaciones" de 1950, a MEZGER no le había preocupado ni poco ni mucho el finalismo, ni lo que WELZEL, al que prácticamente nunca había citado hasta entonces, había dicho al respecto. Si, ya a sus ¡67 años!, lo hizo para buscar un tema lo suficientemente abstracto e ideológicamente poco comprometido que pudiera servir para ocultar su reciente pasado nazi, o si lo hizo por estar realmente convencido de la necesidad de plantear el nuevo Derecho sobre estas bases y premisas ontológicas, es algo que no puedo probar, aunque sí tenga mi opinión al respecto, que creo que puede deducirse objetivamente comparando lo que había escrito antes con lo que escribe ahora, pero, en todo caso, no es el objeto

demuestra con convincentes argumentos el escaso fundamento filosófico que, conforme a las teorías filosóficas de la acción dominantes en aquel momento, tenían tanto la teoría causal, como la final de la acción. Ya ROXIN, en un trabajo de 1962 (traducido al español por Luzón Peña, y recogido en Problemas básicos del Derecho penal, Madrid 1976, pp. 84 ss.), había puesto de relieve que desde el punto de vista de su relevancia penal es indiferente la estructura ontológica de la acción humana y que lo que realmente interesa es la estructura de la acción tipificada en la ley penal como delito. Con este trabajo y con su breve ensayo, Política criminal y sistema del Derecho penal, traducción de Muñoz Conde, Barcelona 1972, ROXIN dejó en evidencia el planteamiento puramente sistemático de la Teoría del Delito, basado en pretendidas estructuras lógico-objetivas u ontológicas, y destacó la necesidad de incluir en la misma las finalidades políticocriminales: sobre ello, con más detalles, véase capítulo II, *Excurso*.

principal de este trabajo y, por eso, lo dejo a la discreción del lector, para que él mismo saque sus propias conclusiones. Como tampoco me voy a ocupar ahora de si esta polémica después de todo sirvió para refinar la Dogmática jurídico penal hasta unos niveles realmente altos o, por el contrario, no fue más que una especie de guerra civil “por, entre y para penalistas académicos” sin ninguna incidencia en la praxis y en la realidad del Derecho penal²⁶. En todo caso, sí me gustaría destacar que algunos años después el propio MEZGER, un tanto cínicamente, es verdad, calificaba dicha polémica como “Übungen am Phantom”, es decir, como una especie de “fantasmada” sin ningún interés práctico²⁷.

También en los años 50 hizo junto con otros colegas varias ediciones del prestigioso *Leipziger Kommentar* (6.^a y 7.^a edición juntamente con Nagler y Jagusch; y la 8.^a con Jagusch).

En 1951 se despide oficialmente de la Criminología, dejando su cargo de Presidente de la Sociedad de Biología Criminal, en un Congreso en el que como sucesor fue elegido Württemberger

²⁶ Baste señalar que justamente bajo esta rúbrica “Dogmática penal afortunada y Dogmática penal sin consecuencias” se desarrolló toda una sesión del Congreso celebrado en octubre de 1999 en Berlín, bajo el título genérico de “Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende” en la que el ponente general de esta sesión, el Profesor Burkhardt, sometió a severa crítica muchas de las construcciones dogmáticas alemanas de la segunda mitad del siglo XX. Las ponencias de este Congreso se encuentran recogidas en el volumen aparecido un año más tarde en Múnich con el mismo título, editado por los organizadores de dicho evento ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT. La versión española está publicada en Valencia 2003, con el título *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, coordinada por Muñoz Conde. (La ponencia de Burkhardt está traducida por la Dra. María Gutiérrez Rodríguez).

²⁷ En *Rittler-Festschrift*, 1957, p. 124.

y en el que él dio el discurso de clausura sobre “La Historia de la Criminología en Alemania”. En el mismo año publicó, en el estilo de los “*Studienbücher*” y en la misma editorial Beck, “*Kriminologie*”, una versión expurgada de las connotaciones nazis de su “*Kriminalpolitik*”, pero que no tuvo el menor éxito. La Criminología o la Política criminal, que, según él mismo decía en 1950²⁸, “como hermana más joven y mundana había dejado en la sombra a la Dogmática jurídicopenal”, volvió a replegarse sobre sí misma y, por lo menos en su versión nacionalsocialista, se ocultó prudentemente en el arcano de su memoria.

Pero siguió su marcha triunfal como penalista. En 1954 apareció, editado por sus colegas muniqueses Engisch y Maurach, un Libro-Homenaje en el que los editores en el Prólogo lamentan que saliera con un cierto retraso, entre otras cosas porque uno de ellos había tenido un grave problema familiar (efectivamente, a Maurach se le murió en aquellas fechas un hijo en un accidente alpino) y porque algunos autores invitados a participar en él “rehusaron su colaboración en el último momento”. En ese mismo año fue nombrado Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal creada por el Ministerio de Justicia de la República Federal Alemana, cargo en el que estuvo en activo hasta 1959, dirigiendo, en ausencia del Ministro de Justicia y del Secretario de Estado, muchas sesiones, en las que se discutieron asuntos muy importantes del Proyecto de Código penal de 1959²⁹.

Mientras tanto siguió recibiendo el reconocimiento público de algunos colegas, discípulos y admiradores en forma de doctorados honoris causa, uno en Tübingen, donde paradójicamente, aunque no sin fundamento debido a sus aficiones bio-

²⁸ Modernas orientaciones, p. 15.

²⁹ Cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskomission*, Bonn 1958.

criminológicas, recibió el doctorado h.c. en Medicina (cincuenta años antes en esta Universidad se había doctorado y habilitado con Beling); y otro en Coimbra. Recibió también varias condecoraciones, y en 1957, lo que no dicen sus biógrafos alemanes pero sí atestiguan los españoles, vino a España, invitado por el Profesor Juan Del Rosal, para dar una conferencia en la Universidad de Valladolid, que después también dio en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid.

Asimismo tuvo varios discípulos españoles, entre ellos el que fue mi director de tesis, el Prof. Navarrete Urieta, que siempre me habló de él con respeto y admiración³⁰. En América Latina se convirtió en el penalista más influyente entre los penalistas de Chile, Perú, Colombia, México, Brasil, Uruguay y Argentina,

³⁰ No quiero entrar aquí en valoraciones personales sobre el carácter de MEZGER, cosa que en verdad no me interesa lo más mínimo y que es ya demasiado tarde para averiguar. Es verdad que el Prof. Navarrete Urieta me decía a veces que “Mezger no sólo era un gran penalista, sino una buena persona y sobre todo un hombre muy bondadoso”. Incluso en la nota necrológica que publicó en el Anuario de Derecho penal, 1962, dice en la p. 471 respecto a su obra criminológica: “Aquí, Mezger, se muestra lleno de humanidad, de comprensión e incluso de ternura” (?). La verdad es que esto se compadece mal con el contenido de los Informes a la Ley de extraños a la comunidad (*supra* capítulo III) y demás afirmaciones que hizo, por ejemplo en *Kriminalpolitik*, en la época nazi sobre lo que había que hacer con los asociales y “los elementos dañinos a la raza y al pueblo”. Alguno que presume también de haberlo conocido en su conferencia de Valladolid a mediados de los cincuenta dice que quedó “cautivado (sic), no sólo por la conferencia que pronunció sobre la culpabilidad, sino también por la integridad, humanidad y modesta sencillez que mostraba, incluso hasta en pequeños detalles”. Un buen ejemplo de este tipo de doble personalidad de algunos nazis se describe muy bien en la novela de Deborah CHIEL, *La caja de música*, que sirvió de base a la película que rodó Costa-Gavras, con el mismo título (The music box, en el original inglés), en 1989.

ejerciendo también gran influencia en la obra del penalista español Luis JIMÉNEZ DE ASÚA que, por así decir, lo exportó allí cuando se marchó al exilio después de la Guerra civil española. Tanto en estos países, como en España, la polémica entre causalistas y finalistas, es decir, entre los partidarios del sistema causal de MEZGER y el sistema finalista de WELZEL, fue muy importante en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial y ha perdurado, incluso con virulencia, hasta finales del siglo XX, hasta el punto de que, según me ha contado un colega argentino, una vez un “gorila” torturador durante la dictadura argentina del general Videla llegó a reprocharle que fuera finalista, porque eso, según él (que al parecer lo sabía de buena fuente), “era como ser comunista”. Pero también había otros que se autodenominaban progresistas que destacaban las afinidades entre la teoría final de la acción y la subjetivización del concepto de injusto y el Derecho penal de autor en el nacionalsocialismo, y que, por eso, consideraban que lo democrático era el causalismo y que la concepción causal de la acción y el sistema de la Teoría del delito basado en él, es decir, la teoría de MEZGER, era la única que podía oponer un valladar inexpugnable a los excesos del Derecho penal del Estado totalitario. Probablemente detrás de estas afirmaciones no había más que una cutre y pobre versión tercermundista de cuestiones ideológicas más profundas que estaban detrás de la polémica dogmática que se desarrolló en la Alemania de la posguerra, pero en algún caso pueden reflejar también que, tras la aparente neutralidad ideológica de esta discusión dogmática, había una intencionalidad política que escondía subliminalmente otros mensajes³¹.

³¹ Cfr. las interesantes e irónicas consideraciones sobre la recepción que tuvieron algunas construcciones dogmáticas alemanas entre los jóvenes

Mientras tanto, al margen de estas grotescas y esperpéticas polémicas que él mismo había desencadenado y a las que había contribuido con duras críticas al sistema de WELZEL, la vida de MEZGER, como la de cualquier otro mortal, iba languideciendo en la Residencia a la que se había retirado tras haber quedado viudo en 1960 y haber sufrido un ataque de apoplejía. Allí murió, dejando parte de sus bienes a una Orden religiosa protestante³². No consta que en ningún momento se arrepintiera o pidiera públicamente perdón, o diera algún tipo de explicación por su colaboración con el régimen nacionalsocialista, por sus opiniones doctrinales afines al mismo, por sus informes sobre la Ley de extraños a la comunidad o por su deseo de observar a

penalistas argentinos, incluso en la época más brutal de la dictadura, que realiza MALAMUD GOTI, *¿Por qué resulta tan difícil tolerar a un penalista?*, Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires 2002, pp. VI s. Ello se debió en parte a la desinformación que existía respecto a los orígenes ideológicos de algunas de esas construcciones. Pero esta desinformación también se pudo deber a algunas actitudes interesadas en utilizar la dogmática como forma de evasión ante las brutalidades de algunos regímenes dictatoriales que abusaban del Derecho penal para acabar con la oposición política; véase al respecto la recensión a la 3^a ed. de esta obra realizada por BERGALLI/ ANITUA, *Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro*, Nueva Doctrina Penal 2003. No obstante, también hubo quien observó en la teoría de MEZGER de la «culpa por la conducción de vida» su fuerte vinculación a la ideología nazi; véanse la recensión a la 3^a ed. de esta obra de ZAFFARONI, Nueva Doctrina Penal 2003; El MISMO, Derecho penal, pp. 69 y 662 ss. De todos modos, a la recepción acrítica de una imagen liberal y humanista de MEZGER en la doctrina argentina pudo contribuir también alguna nota como la que publicó LANGÉ a su muerte en la ZStW, traducida por Conrado Finzi y publicada en el Cuaderno XII del Instituto de Derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) en 1963.

³² Los datos de esta última parte de su biografía se encuentran recogidos, de donde los tomo, en las obras de VON JAN y THULFAUT.

éstos y demás “tipos de sujetos” recluidos en los campos de concentración nazis. Si tuvo sentimientos de culpa o se lamentó alguna vez de ello, sólo sus más allegados podrían decirlo. Pero de lo que no cabe duda es de que su colaboración con el régimen nazi se mantuvo hasta hace poco tiempo en el más absoluto secreto, lo que, en todo caso, es una prueba de que, en el fondo, no sólo él, sino otras muchas personas que podían haberlo revelado lo consideraban como algo horrible de lo que no se debía ni podía hablar. Esa es, creo, la mejor prueba de que realmente fue así.

IV. EL OCASO DE LOS DIOSES

Y con esto termino la exposición de algunos aspectos de la vida y la obra del que fue famoso e importante penalista y criminólogo alemán antes, durante y después del Nacionalocialismo, Edmund MEZGER. Tengo que reconocer que a veces, mientras iba escribiendo esta obra en sus distintas versiones, desde el verano de 2000 hasta el verano de 2003, he tenido algunas dudas respecto a si debía publicar el material, los documentos y los datos que iba encontrando en archivos y bibliotecas sobre las publicaciones y actividades de MEZGER como asesor del régimen nacionalsocialista. No me apetecía sacar a la luz hechos que sin duda cuestionaban el buen nombre y la fama de uno de los mejores cultivadores de la Dogmática jurídicol penal alemana en la primera mitad del siglo XX; entre otras cosas porque, como tantos otros de mi generación, había hecho mi primer aprendizaje del Derecho penal en su magnífico Tratado, y porque una vez hecho este primer aprendizaje y todavía con unas muy escasas nociones del idioma alemán, siguiendo los consejos del maestro que me inició en mi carrera de penalista universitario, el Profesor José María NAVARRETE URIETA,

discípulo directo de MEZGER en los años 50 en la Universidad de Múnich, a finales de los años 60 me marché también a Múnich, a estudiar primero con MAURACH y luego con ROXIN, y desde entonces hasta hoy me vinculé a la Ciencia alemana del Derecho penal, a la que tanto debo en mi formación humana, intelectual y profesional.

Pero siempre que me asaltaban estas dudas y recuerdos, pensaba también en tantos intelectuales, artistas, científicos, profesores universitarios y juristas de aquel país que tanto han influido en mi forma de pensar y de entender la vida. En el poeta y dramaturgo Bertoldt BRECHT; en el crítico teatral y periodista Kurt TUCHOLSKY, que se suicidó nada más abandonar Alemania, tras la ascensión de Hitler al poder; en los músicos Kurt WEILL, Paul HINDEMITH o Arnold SCHÖNBERG; en el escritor y poeta austriaco Franz WERFEL y su esposa Alma MAHLER; en los cineastas Willy WILDER o Max OPHÜLS; en los MANN: Heinrich, que escribió *El ángel azul* o *El súbdito*; su hermano Thomas, Premio Nobel de Literatura, con su *Montaña Mágica*; o el hijo de éste, Klaus, con su impresionante *Mefisto*, que aún sigue sin poder publicarse en Alemania; en filósofos como WITTGENSTEIN, BENJAMIN o ADORNO; en físicos como EINSTEIN; en psicólogos como S. FREUD; en juristas como KELSEN o HELLER; y en tantos y tantos otros, cimientos de la cultura y de la ciencia en el siglo XX, que tuvieron que salir de su país huyendo del nazismo y que no regresaron nunca más o sólo al final de sus vidas para morir, si no habían muerto ya en el exilio. Y pensaba también en otros actores de esa tragedia, anónimos o menos conocidos, a los que les ocurrió lo mismo; y en tantos miles y miles, millones, de seres humanos que ni siquiera tuvieron la suerte de poder escapar, que murieron gaseados, fusilados, ahorcados, decapitados, o enfermos, de inanición o después de haber sido utilizados como “cobayas humanos” en los campos de concentración, en donde

habían sido internados por su raza, por sus ideas políticas, por su forma de vida o, incluso, por haber cometido delitos comunes que en ningún caso merecían un castigo tan severo. A todos ellos va también dedicado este libro.

Y todo esto es lo que finalmente disipó mis dudas, e incluso me ha obligado moralmente a publicar este libro y el material que acompaña a esta nueva edición, para que por lo menos sirva como enseñanza a las generaciones jóvenes de penalistas a los que se les ha ocultado siempre esta oscura historia; para demostrarles que en la historia de la Dogmática jurídico penal alemana en el siglo XX también hubo una época en la que uno de los más importantes dogmáticos dejó de interesarse por las cosas que él mismo había defendido pocos años antes y se dedicó con evidente entusiasmo a legitimar y fortalecer, con sus elucubraciones y construcciones teóricas, un modelo de Derecho penal al servicio de los fines racistas y genocidas del nacionalsocialismo. Quizás a alguno esto le ayude a comprender mejor que en el Derecho penal nada hay que sea ideológicamente neutro y que detrás de cada idea, de cada valoración, de cada condena o de cada absolución, siempre hay un mundo de valores que puede estar inspirado en ideales de Justicia, de Libertad y de Igualdad, pero también en sentimientos abyectos de superioridad de unas razas sobre otras y de negación a algunos seres humanos de los derechos más elementales.

Pero se equivocaría y mucho quien creyera que Edmund MEZGER llegó a asumir e incluso a planificar estos excesos, porque durante aquella época (1933-1945) abandonó la estricta Dogmática jurídico penal, que tan bien había cultivado antes de 1933 y menos bien después de 1945. MEZGER, también entre 1933 y 1945, hizo Dogmática, es decir, sistematizó y racionalizó para su interpretación y aplicación el Derecho penal positivo, pero esforzándose en todo momento en adaptarla y siguiendo los postulados ideológicos nacionalsocialistas. Así, por ejemplo, por

la vía de la interpretación teleológica admitió sin problemas la analogía como fuente de creación del Derecho penal “conforme al sano sentimiento del pueblo alemán”, cuya interpretación correspondía, en última instancia, al Führer. Del mismo modo, fundamentó el concepto de antijuricidad material, entendiendo que el delito era ante todo un acto dañino al pueblo y a la raza alemana, pero también una traición al pacto que existía entre el Führer y la “comunidad del pueblo”. Desarrolló su teoría de la “ceguera jurídica” para fundamentar la aplicación de la pena del delito doloso en caso de desconocimiento de la antijuricidad del hecho, por la forma culpable en que el sujeto había conducido su vida, en delitos como el “ultraje a la raza”. Con la nebulosa denominación de “delincuente por tendencia” justificaba la reclusión por tiempo indeterminado o el internamiento en campos de concentración de los “incurables”; y con la de “inútiles” fundamentó también el castigo de los asociales, prostitutas, alcohólicos, mendigos, “extraños a la comunidad”. Y, finalmente, una muy peculiar concepción de la teoría de los fines de la pena le llevó a decir que entre ellos estaba también “la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza”. Todo esto ha quedado demostrado en los capítulos anteriores, a los que me remito.

En definitiva, de 1933 a 1945 MEZGER no sólo no abandonó la Dogmática jurídico penal para dedicarse a la que él mismo denominó después en 1950, en un acto de cinismo realmente impresionante, “su más joven y mundana hermana, la Política criminal”³³, sino que siguió en ella para darle también por esa vía cobertura a la “renovación” (*Erneuerung*) jurídica que proponían los más destacados juristas nazis, FRANCK y FREISLER.

³³ Cfr. MEZGER, Modernas orientaciones, p. 15.

Que todo esto no se haya dicho antes y que se haya ocultado tan celosamente durante tantos años es un fallo (o un escándalo) del que más de uno debe ser responsable. Pero en todo caso, en la Ciencia alemana del Derecho penal, igual que en otras muchas disciplinas científicas, jurídicas o no jurídicas, ese fallo hace ya tiempo que viene siendo corregido. Y por lo que a nuestro tema respecta, ahí están las excelentes monografías de WERLE o de THULFAUT, o los trabajos que sobre el Derecho penal nacionalsocialista aparecen continuamente en el extraordinario *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, que edita el Profesor Thomas VORMBAUM en la FernUniversität en Hagen. Y todavía más: en mayo de 2003 uno de los temas principales de la reunión de los penalistas alemanes celebrada en Bayreuth, ha sido *La influencia del Nacionalsocialismo en el Derecho penal alemán*, del que ha sido ponente principal el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Tübingen, Joachim VOGEL³⁴.

Como se ve, a nadie le asusta ya allí que se aireen, por fin, el pasado nazi de algún importante penalista o las repercusiones que el nacionalsocialismo pueda haber tenido en la evolución posterior del Derecho penal alemán. No me cabe la menor duda de que lo mismo deberíamos hacer también aquí, en España, en donde tuvimos que soportar durante cuarenta años un régimen dictatorial que hundía sus raíces ideológicas en el más puro estilo nazi y fascista. Y tampoco me cabe duda de que también aquí se pueden encontrar todavía muchos vestigios de ese pasado en actitudes y en opiniones jurídicas disfrazadas bajo el lenguaje de la dogmática jurídica, y, por supuesto, muchas “perlas” entre las cosas que hicieron y dijeron los penalistas y profesores de Derecho penal más poderosos de aquella época, algu-

³⁴ Cfr. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, en *ZStW* 2004 (en prensa); también de próxima publicación como monografía ampliada, Hagen 2004 (agradezco esta información al propio Prof. Vogel).

nos con apellidos sonoros, creadores de verdaderas sagas de penalistas; en las traducciones que hicieron, en los autores a los que tradujeron, en los asesoramientos en la elaboración de las leyes más represivas de la dictadura, o, simplemente, en las injusticias que contemplaron impasibles, sin decir esta boca es mía. A lo mejor algún día escribo también algo sobre eso. Seguramente encontraré más dificultades que las que he tenido para escribir este libro. Dificultades que, por supuesto, nunca tuve en Alemania, donde, al contrario, sólo he encontrado facilidades y la siempre generosa ayuda de la Fundación Alexander von Humboldt.

Pero si, por las razones que fueran, yo ya no pudiera escribir ese libro, desde aquí invito a las nuevas generaciones de penalistas españoles a que lo hagan; sin miedo, sin complejos de ningún tipo. Con el sistema de titularidades hay muchos jóvenes profesores que tienen ya su futuro asegurado, que no tienen, por tanto, que temer actos de represalias ni de prepotencia de los poderosos, que además ya no lo son tanto. Vivimos en una democracia y, aunque haya por ahí más de uno que no se haya enterado todavía, no hay, para los intelectuales y profesores universitarios, tarea más sana y noble que ejercer la libertad de investigación y la de expresión para comunicar lo investigado. Lo más que puede suceder es que lo insulten a uno; pero los insultos se vuelven, antes o después, contra los que los profieren. Y si en la primera edición comenzaba con una cita de Bertoldt BRECHT, que sirve también ahora de frontispicio a toda la obra, ésta la quiero terminar con una no menos contundente y pertinente de nuestro gran QUEVEDO:

*No he de callar, por más que con el dedo,
ya tocando la boca o ya la frente,
silencio avises o amenaces miedo.*

¿No ha de haber un espíritu valiente?

¿Siempre se ha de sentir lo que se dice?

¿Nunca se ha de decir lo que se siente?

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ACHENBACH, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin 1974.
- ACHENBACH, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?, JR 1975.
- ALY/ ROTH, Die restlose Erfassung, Volkszählten, Identifizieren, Aussondern im Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 2000.
- ÁLVAREZ PELÁEZ, Determinismo biológico, eugenésis y alteración mental, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 1997.
- ANTÓN ONECA, Derecho penal, 2.^a ed., Madrid 1986 (1.^a ed. de 1949).
- ARENDT, Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil, New York 1963.
- ARENDT, Los orígenes del totalitarismo, versión española de Guillermo Solana, Madrid 1974 (reimpresión, 1998).
- ASCHMANN, «Treue Freunde...?», Westdeutschland und Spanien 1945-1963, Stuttgart 1999.
- AYASS, Introducción a Materialien aus dem Bundesarchiv, Heft 5, "Gemeinschaftsfremde", Quellen zur Verfolgung von "Asozialen" 1933-1945, bearbeitet von Wolfgang AYASS, Koblenz 1998.
- AYASS, Das Arbeitshaus Brütenau, Kassel 1992.
- AYASS, Asozialen im Nationalsozialismus, Stuttgart 1995.
- BARATTA, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav RADBRUCHS, ArchRSPh 1959.
- BARATTA, Positivismo e scienza del diritto penale, Milán 1966.
- BASTIAN, Homosexuelle im Dritten Reich, München 2001.
- BAUMANN/ WEBER/ MITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10.^a ed., 1995.
- BERGALLI/ ANITUA, Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro, Nueva Doctrina Penal 2003 (en prensa).
- BERISTAIN, Victimología. Nueve palabras claves, Valencia 2000.
- BINDING, Grundriss des Strafrechts, AT, 1906.
- BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, tomo II, reimpresión de la 2.^a edición de Leipzig 1916.
- BINDING/ HOCHE, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwertes Lebens, Leipzig 1920.
- BLACK, IBM y el Holocausto, traducción de R. Costa Picazo, 2001.
- BLEI, Edmund Mezger, Juristische Rundschau 1962.
- BOCK, Zwangssterilisation im Nationalsozialismus, Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik, 1986.
- BORJA JIMÉNEZ, Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal, Granada 1999.
- BRACKMANN/ BIRKENHAUER, NS-Deutsch, Selbsverständliche Begriffe und Schlagwörter aus der Zeit des Nationalsozialismus, 1988, reimpreso en 2001.

- BROWNING, Aquellos hombres grises. El Batallón 101 y la solución final en Polonia, Madrid 2002.
- BUCHNEIT, Freisler, Richter in roter Robe, 1968.
- BURLEIGH/ WIPPERMANN, The Racial State, Germany 1933-45, Cambridge 1991.
- CASSIDY, Heisenberg, 1996.
- CUELLO CALÓN, Derecho penal, Parte General, 18.^a ed., Barcelona 1980.
- DAHM/ SCHAFFSTEIN, Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1933.
- DEICHMANN, Biologen unter Hitler, Porträt einer Wissenschaft im NS-Staat, 1995.
- DIESTELKAMP, Die strafrechtliche Ahndung von NS-Unrecht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 21.Jahrgang 1999 Nr.3/4.
- DILTHEY, Ideen über eine beschreibende und ergliedernde Psychologie, Gesammelte Schriften, tomo V: "Die geistige Welt", 2.^a ed., 1957.
- DISTEL, Voz "Asoziale Und Berufsverbrecher", en Legenden Lügen Vorurteil, Wolfgang Benz (edit.), 3.^a ed., 1993.
- DÜRKOP, Zur Funktion der Kriminologie im Nazionalsozialismus, en Reiner/ Sonnen (edit.), Stafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984.
- DUTBISCHER, Asozialität und Unfruchtbarmachung, Mitteilungen der kriminalbiologischen Gessellschaft, tomo V, 1937.
- ENGISCH, Zum 70. Geburtstag von Edmund Mezger, Juristen Zeitung 1953.
- ENGISCH/ MAURACH (edit), Festchrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953, München-Berlin 1954.
- Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), (Proyecto Radbruch) publicado en 1952 con un prólogo de Thomas DEHLER y una introducción de Eberhard SCHMIDT.
- ESER, Schlusswörte, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT.
- ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT (edit.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesserung und Ausblick, München 2000 (versión española publicada en la Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003, con el título de El Derecho penal ante el nuevo milenio, coordinada por Francisco Muñoz Conde).
- ESTEBAN ARNÁIZ, Introducción a KRAEPELIN, Cien años de psiquiatría, Madrid 1999.
- EVANS, Rituale der Vergeltung, die Todesstrafe in der deutschen Geschichte, Berlin 2001 (versión alemana de Ritual of Retribution, Capital Punishment in Germany 1600-1987, Oxford University Press 1996).
- EXNER, Die Reichskriminalistik von 1934 und die Entwicklung der Kriminalität seit der Nationalen Revolution, Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 1938.
- EXNER, Biología Criminal, traducción de Juan del Rosal, Barcelona 1947.
- FLETCHER, Conceptos básicos de Derecho penal, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia 1997.
- FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegehrisses, Giessen 1907.
- FREI, Der Führerstaat, Nazionalsozialistische Herrschaft 1935 bis 1945, nueva edición ampliada, 2001.

- FREI (edit.), *Karrieren in Zwielicht*, Frankfurt 2001.
- FREUDENTAHL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen 1922.
- FROMMEL, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des Pargf. 211 StGB, im Jahre 1941, *Juristen Zeitung* 1980.
- FROMMEL, Von der Strafrechtsreform zur Rechtserneuerung, en ROTHLEUNER, *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983.
- FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechtsdiskussion*, Berlin 1987.
- FROMMEL, Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción, traducción de Muñoz Conde, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1989 (la versión original alemana se encuentra en *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, Reifner/Sonnen —edit.—, 1984).
- FROMMEL, La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo, traducción de Muñoz Conde, *Estudios Penales y Criminológicos* XVI, 1993 (la versión original alemana está publicada en *Recht und Rechtslehre im Dritten Reich*, Kiel 1990. También, ligeramente modificada, en *Festschrift für Sten Gagnér*, München 1991).
- GALTON, *Herencia y eugenesia*, Madrid 1988.
- GARBE, Erich Schwinge, *Ein deutsches Juristenleben*, Hamburg 1989.
- GEERLING, Protecting the National Community from Juvenile Delinquency, en *Eras*, Melbourne 1999 (publicado en Internet).
- GELLATELY, Backing Hitler, 2001 (publicado en España con el título: No sólo Hitler, La Alemania nazi entre la coacción y el consenso, Barcelona 2002).
- GÖBBELS, *Die Asozialen*, Hamburg 1947.
- GODAU-SCHÜTTKE, Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland, en <http://www.rewi.hu-Berlin.de>.
- GOLDHAGEN, *German willing executioners, Ordinary German and the Holocaust*, New York 1997 (hay traducción española).
- GOLDHAGEN, Der alltägliche Abgrund, Recensión al libro de FRIEDLÄNDER; Das Dritte Reich und die Juden, en *Der Spiegel*, 17.8.1998.
- GOÑI, La auténtica Odessa: la fuga nazi a la Argentina de Perón, Barcelona 2002 (hay también versión inglesa, Londres 2002).
- GRENVILLE, Kurt Tucholsky, München 1983.
- GROSSMANN, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Hamburg 1928.
- GRUCHMANN, Justiz im Dritten Reich, 1988.
- HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974.
- HASSEMER, Fundamentos del Derecho penal, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona 1984.
- HASSEMER, La Ciencia jurídico penal en la República Federal de Alemania, traducción de Hormazábal Malarée, ADP 1993.
- HASSEMER, Persona, mundo, responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación, traducción de Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia 1999 (también publicada con el mismo título en Bogotá 2000).
- HASSEMER, *Das Selbsverständnis der Strafrechswissenschaft*, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT.

- HASSEMER, Prólogo a M. E. MAYER, Normas jurídicas y normas de cultura, traducción de Guzmán Dálbora, Buenos Aires 2000 (la versión alemana del trabajo de HASSEMER se encuentra en DIESTELKAMP/ STOLLEIS, Juristen der Universität Frankfurt am Main 1989).
- HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia 1990.
- HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Valencia 1995.
- HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, Valencia 2001.
- HEIBER, Die Republik von Weimar, 1966.
- HELLMER, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, Kiel 1961.
- HENKEL, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, en Mezger-Festschrift, 1954.
- HERBEIT/ ORTH/ DIECKMANN (edit.), Die nationalsozialistischen Konzentrationslager, 2 tomos, Frankfurt am Main 2002
- HESS, KZ-Dachau, eine Welt ohne Gott, 1985.
- HIRSCH/ MAJER/ MEINCK (edit.), Recht und Justiz im Nationalsozialismus, Köln 1984.
- HIRSCHBERG, Schuldbegriff und adäquate Kausalität, Breslau 1928.
- HUERTAS/ ORTIZ, Ciencia y fascismo, Aranjuez 1998 (citado por ESTEBAN ARNÁIZ).
- JAHNTZ/ KÄHNE, Der Volksgerichtshof, 1.^a ed. 1986 (2.^a ed., 1987).
- JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 1983 (traducido al español por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1996).
- JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 97 (1985) (también recogida en la versión española de sus Estudios).
- JAKOBS, Untaten des Staates-Unrecht im Staat, Goltdammer's Archiv 1995 (hay versión española con el título Crímenes del Estado. Ilegalidad del Estado, traducida por Pilar Giménez Alcover, DOXA 1995).
- JAKOBS, Estudios de Derecho penal, traducción de Suárez González, Peñaranda Ramos y Cancio Meliá, Madrid 1998.
- JAKOBS, La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente, traducción de Teresa Manso, Cuadernos de Derecho Judicial 2000. Este trabajo fue la Ponencia al Congreso de Berlín celebrado en octubre de 1999, y publicado luego en el año 2000 en el libro que contiene dichas Ponencias, en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT.
- JELOWICK, Zur Geschichte der Strafrechtsreform in der Weimarer Republik, Halle 1983.
- JELLONEK, Homosexuelle unter dem Haken Kreuz, 1990.
- JENS, Eine deutsche Universität. 500 Jahre Tübinger Gelehrtenrepublik, Tübinga 1977.

- JESCHECK, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, Tubinga 1957 (publicado también en JESCHECK, Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, Berlín 1980).
- JESCHECK, Tratado de Derecho penal, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1982.
- JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, 4.^a ed., 1988.
- JESCHECK/ WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allg.Teil, 5.^a ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Teoría jurídica del delito, 1931.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, La Ley de Vagos y maleantes, un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito, Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1933.
- JUST-DAHLMAN/ JUST, Die Gehilfen, Frankfurt am Main 1988.
- KAISER, Kriminologie, 2.^a ed., 1988 y 3.^a ed., 1996.
- KAPP, Zur Unfruchtbarmachung bei angeborenen Schwachsinnig und über ihre Bedeutung gegen Kriminalität und Asozialität, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 39 (1939).
- CASTNER, Der Nürnberg Juristenprozess, en <http://www.justiz.bayern.de/olgn>.
- KERSCHAW, Hitler, 1936-1945, traducción de Álvarez Flores, vol. 2, 2000.
- KLARSFELD, Die Geschichte de PG 2633030 KIESINGER, Dokumentation mit einem Vorwort von Heinrich Böll, Darmstadt 1969.
- KLEE, Deutsche Medizin im Dritten Reich, Karriere vor und nach 1945, Frankfurt 2001.
- KLEMPERER, LTI (Lingua Tertium Imperii), 19.^a ed., Leipzig 1999 (hay traducción española).
- KNOPP, Hitler's Helfer, 1999.
- KÖGLER, Die zeitliche Unbestimmtheit der freiheitsentziehenden Sanktionen des Strafrechts, Frankfurt am Main 1988.
- KOGON, Der SS-Statt. Das System der deutschen Konzentrationslager, Múnich 1946. Hay también varias reediciones alemanas posteriores.
- KÖHLER, Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.
- KOLBE, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, 1975.
- KOPP, Die Unfruchtbarmachung der Asozialen, en Der Erbarzt, 1939.
- KRANZ/ KOLLER, Die Gemeinschaftsunfähige, Ein Beitrag zur wissenschaftlichen und praktischen Lösung des sog. "Asozialenproblems" Teil I, II y III, Giessen 1939/1941 (citado apud ALY/ ROTH).
- KRETSCHMER, Körperbau und Charakter, 3.^a ed., 1926.
- KUHLEN, Die Unterscheidung von vorsatzausschliessenden und nichtvorsatzausschliessenden Irrtum, 1987.
- KÜHNL, La República de Weimar, Valencia 1991.
- LANGE, Die Unfruchtbarmachung bei Schwachsinnige unter besonderer Brücksichtigung der Hilfsschüler, en Der Erbarzt, 1935.
- LANGE, E., Edmund Mezger zum 70. Geburstag, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 65 (1955). Hay una versión en español de Conrado Finzi en Cuadernos del Instituto de Derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba XII (1963).

- LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción de Gimbernat Ordeig, Barcelona 1965.
- LEEBS, Der Nürmberger Lernprozess, Frankfurt am Main 2001.
- LEITER, Zur Vererbung von asozialen Charaktereigenschaften, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 39 (1939).
- LOMBROSO, L'uomo delinquente, 1876 (5.^a ed., 1897).
- LUCAS VERDÚ, La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, Madrid 1989.
- MAJER, "Fremdvölkische" im Dritten Reich, 1981.
- MALAMUD GOTI, ¿Por qué resulta tan difícil tolerar a un penalista?, Nueva Doctrina Penal 2002.
- MARXEN, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975.
- MARXEN/ WERLE, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht, Berlín 1999.
- MAUNZ, Gestalt und Recht der Polizei, Hamburg 1943.
- MAURACH, Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Córdoba Roda, Barcelona 1962.
- MAYER, H., Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962.
- MAYER, M. E., Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2.^a ed., 1923.
- MEHRING, Carl Schmitt zur Einführung, Hamburg 2001.
- MELENDO PARDOS, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, Madrid 2002.
- MERKEL, Derecho penal, traducción del alemán de P. Dorado, Madrid s/f.
- MERKEL, R., Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus, Frankfurt am Main 1998.
- MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, Gerechtssaal, 89 (1924).
- MEZGER, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, en Festschrift für Träger, 1926.
- MEZGER, Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht, Deutschen Juristen Zeitschrift 1934.
- MEZGER, Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlagen, 1934 (hay traducción española de esta edición realizada por José Arturo Rodríguez Muñoz, con el título de Criminología, 1942, así como 3.^a edición alemana de 1944).
- MEZGER, Der Asoziale im nationalsozialistischen Staat, en 50. Jahrbuch der Gefängnissgesellschaft für die Provinz Sachsen und Ahnlat, 1934.
- MEZGER, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 55 (1936).
- MEZGER, Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, dos volúmenes, Madrid 1935 (hay también 3.^a ed. 1957).
- MEZGER, Deutsches Strafrecht, ein Leitfaden, 1936.
- MEZGER, Inwieweit werden durch sterilisierende Massnahmen Asozialen erfasst?, Mitteilungen der kriminalbiologischen Gesellschaft, tomo V, 1937 (traducción al español en Apéndice Documental del capítulo IV de este libro).
- MEZGER, Die Straftat als Ganzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 57 (1938).

- MEZGER, Kriegsstrafrecht und Kriegsverfahrensrecht, Akademie des Deutschen Rechts, vol. 7, 1940.
- MEZGER, Deutsches Strafrecht, ein Grundriss, 1943.
- MEZGER, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, en Festschrift für Kohlrausch, 1944.
- MEZGER, Der junge Schwerverbrecher, en Freisler, R. (edit.), Deutsches Jugendrecht, Zum neuen deutschen Strafrecht, Berlín 1944.
- MEZGER, Strafrecht, ein Studienbuch, un volumen dedicado a la Parte General y otro a la Parte Especial, que alcanzaron varias ediciones en vida del autor desde su aparición en 1948. La obra fue continuada por Hernan BLEI, que a partir de los años 70 la reelabora y publica como propia. De la 6.^a edición de la Parte General existe una traducción argentina de Conrado Finzi publicada en 1957 y reimpressión en 1989; también hay una reimpresión en México en 1985 y 1990.
- MEZGER, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3.Auflage, Berlín-München 1950 (hay traducción española de Muñoz Conde, Modernas orientaciones de la Dogmática jurídicopenal, Valencia 2000).
- MEZGER, Kriminologie, ein Studienbuch, München 1951.
- MEZGER, Modernos aspectos de la imputabilidad, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1956.
- MEZGER, Die Handlung im Strafrecht, en Rittler-Festchrift, 1957.
- MEZGER/ GRISPIGNI, La riforma penale nazionalsocialista, Milán 1942.
- MITSCHERLICH/ MIELKE (edit.), Medizin ohne Menschlichkeit, 1997.
- MORA MOLINA, Derecho a la vida y permiso para destruir "vidas sin valor", Sevilla 2002.
- MÜLLER, Furchtbare Juristen, 1987.
- MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumar el delito, Barcelona 1972.
- MUÑOZ CONDE, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en Strafrecht und Strafrechtsreform, Köln 1975 (hay versión española de esta obra publicada en Argentina en Revista Penal 1973).
- MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho penal, Barcelona 1975 (2.^a ed., Montevideo 2001).
- MUÑOZ CONDE, Hacia una ciencia crítica del Derecho penal, Doctrina Penal 1978 (Buenos Aires. Hay versión portuguesa con el título Para una Ciencia crítica do Direito Penal, publicada en la Revista de Direito Penal, Río de Janeiro, vol. 24, 1977).
- MUÑOZ CONDE, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, Cuadernos de Política Criminal 1979 (recogido, con algunas matizaciones ya hechas en posteriores trabajos sobre el tema, en Derecho penal y control social, Jerez 1985).
- MUÑOZ CONDE, Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht, Goltdammers Archiv 1984.
- MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, Jerez 1985 (reimpresión, Bogotá 2000).

- MUÑOZ CONDE, Vorschlag eines neuen Massregelsystems, en Hassemer (edit.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt am Main 1988.
- MUÑOZ CONDE, El error en Derecho penal, Valencia 1989.
- MUÑOZ CONDE, Las medidas de seguridad, eficacia y ámbito de aplicación, La Ley 1991.
- MUÑOZ CONDE, La esterilización de los deficientes psíquicos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 14 de julio de 1994, *Revista de Derecho y Genoma humano* 1995.
- MUÑOZ CONDE, El delincuente por convicción en Derecho penal, Homenaje a Roxin, Barcelona 1997.
- MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 1.^a ed., 2000, 2.^a ed., 2001 (incorporada con modificaciones como capítulo II de la 3.^a y la 4.^a ed.).
- MUÑOZ CONDE, Presente y futuro de la Dogmática jurídicode penal, *Revista Penal* 2000 (hay versión alemana con el título *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?*, publicada en *Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, volumen especial dedicado a Winfried Hassemer en su 60 cumpleaños, 2000; así como en ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT).
- MUÑOZ CONDE, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, *Revista Penal* 2002 (hay una versión resumida en alemán publicada en *Festschrift für Roxin*, 2001).
- MUÑOZ CONDE, El proyecto nacionalsocialista sobre tratamiento de los Extraños a la comunidad, en *Revista Penal* 9, 2002 (también publicado en Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2002).
- MUÑOZ CONDE, La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo, introducción y comentario al artículo de MEZGER, ¿Hasta qué punto están incluidos los asociales en las medidas de esterilización?, en *Revista Penal* 10, 2002 (también en la Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Granada)
- MUÑOZ CONDE, Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944, en *Revista Penal* 11, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Algunas notas bibliográficas sobre Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, en *Revista Penal* 12, 2003.
- MUÑOZ CONDE, ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?, *El País*, 15 de enero de 2003.
- MUÑOZ CONDE, Recensión a MEZGER/ GRISPIGNI, *La riforma penale nacionalsocialista*, Milán 1942, en *Revista Penal* 12, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Die andere Seite des Edmund Mezger, trad. de I. Thulfaut, en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, tomo 3 (2001/2002), edit. por Thomas Vormbaum, FernUniversität Hagen, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Die Besuche des Edmund Mezger im KZ Dachau im Jahr 1944, en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, tomo 4 (2002/2003), edit. por Thomas Vormbaum, FernUniversität Hagen, 2003.

- MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal, Parte General, Valencia 1993 (o la edición que se indique; hay también 5.^a ed., 2002).
- MUÑOZ CONDE/ MUÑOZ AUNIÓN, *¡Vencedores o vencidos?*, comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer "El proceso de Nuremberg, Valencia 2003.
- NAUCKE, Strafrecht, Eine Einführung, 9.^a ed., 2000.
- NAVARRETE URIETA, La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1956.
- NAVARRETE URIETA, Nota necrológica sobre Mezger, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1962.
- NIETHAMMER, Dir Mitläufefabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns, Bonn 1982.
- OETKER, Die deutsche strafrechtliche Gesellschaft, en Der Gerichtsaal, tomo 91, 1925.
- ORTH, Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager, Hamburg, 1997,
- ORTNER, Der Hinrichter, 1993.
- OSTENDORF/ TER VEEN, Das "Nürnberg Juristenurteil", eine kommentierte Dokumentation, Frankfurt am Main 1982.
- PAECHTER, Nazi-Deutsch, A Glossary of Comtemporary German Usage, New York 1944.
- PAREDES CASTAÑÓN/ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia 1995.
- PESCHEL-GUTZEIT (edit.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947, 1996.
- PEUKERT, Rassismus und "Endlösungs"-Utopie, Thesen zur Entwicklung und Struktur der nationalsozialistischen Vernichtungspolitik, en Christoph Klessman (edit.), Nicht nur Hitler Krieg: der zweite Weltkrieg und die Deutschen, Düsseldorf 1969.
- PEUKERT, Arbeitslager und Jugend-KZ: Die Behandlunggemeinschaftsfremder im Dritten Reich, en Peukert/ Reulecke (edit.), Die Reihen fast geschlossen, Wuppertal 1981.
- PEUKERT, Inside Nazi Germany, London 1987 (versión inglesa de la obra original alemana, Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde, Köln 1982).
- PEUKERT, Die Genesis der "Endlösung" aus dem Geist der Wissenschaft, en Forum für Philosophie Bad Homburg (edit.), Zerstörung des moralischen Selbstbewusstseins: Chance oder Gefährdung, Frakfurt am Main 1988.
- PROCTOR, Adolph Butenandt (1903-1995), Nobelpreisträger, Nationalsozialist und MPG-Präsident, ein erster Blick in den Nachlass (en Internet).
- PROCTOR, Racial Higiene, Medizin under the Nazis, Cambridge 1988.
- QUARITSCH (edit.), Carl Schmitt Antworten in Nürnberg, Berlín 2000.
- QUINTERO OLIVARES, Franz von Liszt y la Ciencia penal española, en Homenaje a Torío, Granada 1999.
- RADBRUCH, Filosofía del Derecho, traducción de Medina Echevarría, Madrid 1933.
- RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen Zeitung 1946 (versión española de José María Paniagua, en RADBRUCH/ WELZEL/ SCHIMDT, Derecho injusto y Derecho nulo, Madrid 1974).

- RADBRUCH, Introducción a la Filosofía del Derecho, traducción de Wenceslao Roces, 4.^a ed., México 1974.
- REHBEIN, Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im nationalsozialistischen Rechtssystem, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1987.
- REICHEL, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland, Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute, München 2001.
- RICHTER, Katholizismus und Eugenik in der Weimarer Republik und im Dritten Reich, Wien 2001.
- RICKERT, Ciencia cultural y ciencia natural, traducción de García Morente y prólogo de Ortega y Gasset, 2.^a ed., 1945.
- RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte General, 1.^a ed., 1969 (hay 16.^a ed. de 1993 luego puesta al dfa, hasta 1995, por Serrano Gómez).
- ROELLECKE, Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers, Kritische Justiz 1994.
- ROSEMAN, The Villa, the Lake, the Meeting, 2001 (traducción española con el título: La Villa, el Lago, la Reunión, La conferencia de Wannsee y la "solución final", Barcelona 2002).
- ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 1962 (7.^a ed., 1999; hay traducción española de la 6.^a edición de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1998).
- ROXIN, Sistema del Derecho penal y Política criminal, traducción e introducción de Muñoz Conde, Barcelona 1972 (2.^a edición Buenos Aires 2000).
- ROXIN, Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en Problemas básicos del Derecho penal, traducción de Luzón Peña, Madrid 1976.
- ROXIN, Franz Von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo, en Problemas básicos del Derecho penal, traducción de Luzón Peña, Madrid 1976 (publicado originariamente en el número dedicado a VON LISZT en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 81).
- ROXIN, Culpabilidad y Prevención, traducción e introducción de Muñoz Conde, Madrid 1980.
- ROXIN, Strafrecht, vol. I, 1992, (hay 3.^a edición de 1996. De la 2.^a edición alemana hay traducción de Luzón Peña, Díaz y García de Collado, y De Vicente Remesal, Madrid 1997).
- ROXIN, La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal en la República Federal Alemana, traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, prólogo de Muñoz Conde, Valencia 2000.
- SACHSE/ MASSEN, Biowissenschaftliche Forschung an Kaiser-Wihlhel. Instituten und die Verbrechen des NS-Regimes, 2000 (www.mpiwg-Berlin.mpg.de).
- SAINZ CANTERO, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Granada 1965.
- SCHAFFSTEIN, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafrechtssystem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 57 (1937).
- SCHERER, "Asozial" im Dritten Reich, Die vergessenen Verfolgten, 1990.
- SCHIMMLER, Recht ohne Gerechtigkeit, Berlín 1984.
- SCHLINK, Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht, Frankfurt am Main 2002.

- SCHLINK, El lector; Barcelona 2002 (el título de la versión original en alemán es “Der Vorleser”).
- SCHMIDHÄUSER, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins, en Fesschrift für Hellmuth Mayer, 1966.
- SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, AT, 1.^a ed., 1972.
- SCHMIDHÄUSER, Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz, Juristen Zeitung 1975.
- SCHMIDHÄUSER, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, Juristen Zeitung 1979.
- SCHMIDT, E., Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtfspflege, 3.^a ed.
- SCHMIDT, R., Prólogo a NEDELMANN/ THOS/ BACIA/ AMMANN, Kritik der Strafrechtsreform, 2.^a ed., 1969.
- SCHMITT, Die Hüter der Verfassung, 1931.
- SCHNEIDER, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 3.^a ed., Wien 1929.
- SCHUMACHER, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927.
- SCHÜNEMANN (comp.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Silva Sánchez, 1984.
- SCHWARZ, Die nationalsozialistischen Lager, Frankfurt am Main 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, La esterilización de disminuidos psíquicos, Barcelona 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, El regreso de la inocuización, en Homenaje a Barbero Santos, Toledo 2001.
- SIMON, Kriminalbiologie -theoretische Konzepte und praktische Durchführung eines Ansatzes zur Erfassung von Kriminalität, Juristische Zeitgeschichte, Nordrhein-Westfalen Band 6: Kriminalbiologie, 1997.
- SOFSKY, Die Ordnung des Terrors: Das Konzentrationslager, Frankfurt am Main 1997, 3.^a ed., 1999.
- SOSA WAGNER, Maestros alemanes del Derecho público (I), Madrid 2002.
- SPENDEL, Recensión a «Moderne Wege» de MEZGER, Archiv für Social- und Rechtsphilosophie, 38 (1950).
- STAEMLER, Das Problem der erbkranken und der asozialen Familien und ihrer Behandlung, en Volk und Rasse 13 (1938).
- STAFF, Justiz im Dritten Reich, 1964.
- STILLER, Wäre Blutrichter nach dem Krieg Beamter geworden?, Süddeutsche Zeitung, 13.2.1985.
- STOLLEIS, Unrecht im NS-Staat, 1994.
- STOLLEIS, Recht und Unrecht, Studien der Rechtsgeschichte des Nazionalsozialismus, 1999.
- STRATENWERTH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., 2000.
- STRENG, Von der “Kriminalbiologie” zur “Biokriminologie”? , Juristische Zeitgeschichte, Nordrhein-Westfalen Band 6: Kriminalbiologie, 1997.
- STUMPFEL, Kriminelle Psychopathen. Ein kritischer Beitrag zur Frage des “moralischen Schwachsins”, Der Erbartz 1936.
- TELP, Ausmerzung und Verrat, Zur Diskusion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, Frankfurt am Main 1999.

- THULFAUT, Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1983-1962), Baden-Baden 2000.
- VARIOS, La eugenésia hoy, Romeo Casabona (edit.), Bilbao-Granada 1999.
- VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, Valencia 1996.
- VOGEL, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004 (en prensa).
- VON JAN, Edmund Mezger, en Juristen im Portrait, Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten, Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, München 1988.
- VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, publicado originariamente en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, III, 1882 (recogido luego en sus Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, tomo I, Berlín 1905, pp. 126 ss., reimpresión de 1970, que es por donde se cita. 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).
- VON LISZT, Tratado de Derecho penal, traducción de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, tres volúmenes, Madrid 1921.
- VORMBAUM, Aktuelle Bezüge nazionalsozialistischer Strafgesetzgebung, en Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, editado por Ostendorf, 1992.
- WAGNER, Das Gesetz über die Behandlung Gemeinschaftsfremder, en Feinderklärung und Prävention, Berlín 1988.
- WAGNER, Volksgemeinschaft ohne Verbrecher. Konzeptionen und Praxis der Kriminalpolizei in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, Hamburg 1996.
- WAGNER, Hitler's Kriminalisten, Die deutsche Kriminalpolizei und der Nationalsozialismus, Múnich 2002.
- WELZEL, Un nuevo sistema del Derecho penal, traducción y notas de Cerezo Mir, Barcelona 1966.
- WELZEL, Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 11.^a ed., 1969.
- WELZEL, Zur Dogmatik im Strafrecht, en Festschrift für R. Maurach, 1972.
- WERLE, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlín 1989.
- WERLE/ WANDRES, Auschwitz vor Gericht, München 1995.
- WESSEL, Juristische Weltkunde, 7.^a ed., Frankfurt am Main 1997.
- WETZEL, Inventing the Criminal, a History of German Criminology, 1880-1945, 2000.
- WILDT, Generation des Unbedingten, Das Führungskorps des Reichssicherheitshauptamtes, Hamburgo 2002.
- WOLF, Befreiung des Strafrechts vom nazionalsozialistischen Denken?, Juristische Schulung 1996, Heft 3.
- WÜRTEMBERGER, Edmund Mezger zum Gedenken, Monatschrift für Kriminobiologie und Strafrechtsreform, 1963.

- ZAFFARONI, Recensión a Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Nueva Doctrina Penal 2003 (en prensa).
- ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR, Derecho penal, Parte General, 2.^a ed., Buenos Aires 2002.
- ZAMECNIK, Das war Dachau, editado por el Comité Internacional de Dachau, Luxemburg 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, Poder Judicial 1989.

