



Bibliografía

ALGUNAS NOTAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE EDMUND MEZGER, SU VIDA Y SU OBRA

Durante muchos años el penalista alemán Edmund Mezger ha sido considerado como uno de los mejores representantes de la Ciencia alemana del Derecho penal, sobre todo en su vertiente u orientación dogmática. Su Tratado de Derecho penal (1.^a ed. 1931, 2.^a ed. 1933), excelentemente traducido al español y anotado por José Arturo Rodríguez Muñoz, ha sido durante cincuenta años el libro de cabecera de miles de estudiantes y profesores de Derecho penal tanto en Alemania, como en España, Portugal y toda Latinoamérica, donde se nota todavía en muchos manuales y obras generales de Derecho penal su enorme influencia. Además, a partir de 1950, Mezger se hizo también famoso por su polémica con el también penalista alemán, Hans Welzel, sobre el concepto de acción y sus consecuencias para la teoría del delito. Frente a la concepción final de la acción patrocinada por Welzel, Mezger mantuvo una concepción causalista, que, en su opinión, obligaba a situar sistemáticamente el dolo, junto con la imprudencia, en la culpabilidad como formas de la misma, y no en la tipicidad como pretendía Welzel. Parece ahora increíble que esta polémica ocupara a los penalistas alemanes (y a los de los países más influenciados por la dogmática jurídico-penal alemana) durante decenios, pero, en todo caso, no cabe duda de que ello aumentó la fama de Mezger y le permitió mantenerse en primera fila de la discusión doctrinal todavía durante muchos años, incluso hasta después de su muerte acaecida en 1963.

A la vista de todo esto, no es extraño que cuando Mezger murió, las páginas de las revistas espe-

cializadas se llenaran de notas necrológicas, generalmente muy elogiosas hacia la vida y obra de Mezger¹. Prácticamente, durante cincuenta años apenas se han hecho vagas alusiones a su obra entre 1933 y 1945 o todo lo más a algunas opiniones aisladas suyas de entonces "marcadas por el signo de la época". Resulta realmente insólito, sin embargo, que un penalista tan prestigioso e influyente, tanto antes, como después de 1945, no hubiese sido contaminado de algún modo, cuando estaba en el cénit de su carrera, por un régimen tan radical y totalitario como el nacionalsocialista, tanto más cuanto su especialidad, el Derecho penal, pero también la Criminología, eran objeto de especial interés por aquel régimen.

Una excepción a este panorama idílico sobre la vida y milagros de Edmund Mezger fue el artículo de Kurt Rehbein, publicado en la *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* en 1987², en el que tras varias citas sacadas de las publicaciones de Mezger en la época nacionalsocialista, terminaba calificándolo como el "Jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista". El artículo quedó sin apenas eco entre los penalistas cultivadores de la dogmática que más citaban a Mezger, pero sonó como una bomba a los oídos de un importante criminólogo-alemán (quizás el más importante en la Criminología académica alemana de los años 70 y 80), Günther Kaiser, quien en su *Tratado de Criminología* contestó un tanto destempladamente a Rehbein (y a Monika FROMMEL que entretanto se había hecho eco de la opinión de Rehbein³), negando que Mezger tuviera especial importancia en la Criminología nacionalsocialista, en la que, según Kaiser, tuvo todo lo más "un papel secundario"⁴. No sé lo que entiende Kaiser por "papel secundario", pero parece

1. Una relación de las mismas se puede ver en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3.^a ed. Valencia, 2002, p. 78, nota 13.

2. Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im nationalsozialistischen Rechtssystem, Eine Wissenschaft begründet die Barbarei, pp. 193 y ss.

3. Cfr. FROMMEL, *La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo*, traducción de Muñoz Conde, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993.

4. Cfr. KAISER, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1996, p. 132, nota 32.

conveniente recordar aquí que la obra criminológica fundamental de Mezger durante el nacionalsocialismo ("Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage", traducida también al español por Rodríguez Muñoz con el título de "Criminología") llegó a alcanzar tres ediciones durante esa época (1934, 1942 y 1944), exactamente el mismo número que ha llegado a alcanzar en estos últimos veinte años el Tratado de Criminología de Kaiser, del que evidentemente no se puede decir que ocupe un "lugar secundario" en la Criminología alemana actual⁵.

Pero a pesar del innegable protagonismo de Mezger en la configuración y desarrollo de la Criminología nacionalsocialista, podría parecer que su obra jurídica sí había permanecido inmune a la influencia nazi, y ello explicaría que prácticamente no hubiera ninguna alusión a su pasado nazi en las obras de Derecho penal publicadas después de 1945. Pero nada más lejos de la realidad. Además del artículo de Rehbein de 1987, en el que se recogen varias citas y opiniones de Mezger de elevado contenido ideológico nacionalsocialista, en los últimos años han aparecido en Alemania algunos trabajos monográficos en los que el pasado nazi de Mezger, también en el ámbito de la Dogmática jurídico-penal, queda claramente demostrado. Una de estas obras es la de Jan Telp⁶, en la que se contiene todo un capítulo dedicado al estudio de la obra de Mezger de 1933 a 1945. Y poco después ha aparecido el libro de Gerit Thulfaut⁷, que estudia la vida y la obra de Edmund Mezger tanto antes de 1933, como de 1933 a 1945 y después de 1945. Tanto en una como en otra obra, se pone de manifiesto con especial claridad el destacado papel que jugó Mezger en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, a todos los niveles, tanto como Profesor de Derecho penal y autor de numerosas publicaciones y obras generales, como miembro desde noviembre de 1933 de la Comisión para la Reforma del Derecho penal.

Esta vez estas investigaciones no han quedado sin comentarios. Y prácticamente desde su apari-

ción han sido objeto de recensiones, que en general son elogiosas y destacan también la importancia y necesidad de este tipo de trabajos, tras el silencio prolongado que se ha mantenido en la Dogmática jurídico-penal alemán durante más de cincuenta años en torno al papel que jugaron ésta y sus principales cultivadores durante el régimen nacionalsocialista. Durante todo este tiempo, las referencias al Derecho penal de dicho régimen, prácticamente se han reducido al "Derecho penal de autor" propugnado por la llamada Escuela de Kiel y a las opiniones y obras de los que entonces eran sus principales inspiradores, Dahm y Schaffstein, pero consideradas como puras opiniones doctrinales inspiradas o influenciadas por la ideología nazi, y sin mayor influencia en la praxis o en la legislación de la época⁸. Ahora, y gracias sobre todo a los libros de Telp y Thulfaut, se ha visto que, por lo menos en relación con Mezger y otros autores menos conocidos, la influencia del nacionalsocialismo en el Derecho penal académico, o de los académicos en el Derecho penal nacionalsocialista, ha sido mayor de lo que se suponía, y que muchos de sus principales representantes jugaron un papel importante en la configuración del Derecho penal de la época, con sus trabajos, libros, publicaciones y con una importante labor de asesoramiento del régimen nacionalsocialista. De ahí que parezca importante e interesante para el penalista de habla española, en cuya Ciencia del Derecho penal tanta influencia tuvieron algunos de los penalistas de aquella época, y especialmente Edmund Mezger, dar a conocer, mediante la correspondiente traducción, las críticas y comentarios a estas obras que en forma de recensiones se han publicado en Alemania.

Pero antes de transcribirlas me gustaría hacer algunas precisiones que me parecerían importantes y necesarias para entender mejor el sentido de esta nota bibliográfica. El hecho de que yo haya publicado también un libro sobre Edmund Mezger⁹ y que éste en sucesivas ediciones haya ido enriqueciéndose y aumentando de volumen a medida que

5. Recientemente, KAISER ha publicado una recensión artículo al libro del americano WETZEL, "Inventing the Criminal, History of the German Criminology 1980-1945, 200", en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002, pp. 451 y ss. Comentando el capítulo que WETZEL dedica a Mezger y Exner, como importantes representantes de la Criminología nacionalsocialista, Kaiser, quizá para no desdecirse de lo que ha dicho sobre Mezger en la 3.ª edición de su *Kriminologie* (cfr. nota anterior), considera que en todo caso Mezger, a diferencia de otros criminólogos nazis, no concedía tanta importancia a la constitución hereditaria, que era la principal característica de la Criminología nacionalsocialista. Cfr., sin embargo, sobre las ideas criminológicas durante el Nacionalsocialismo de Mezger, DÜRKOP, "Zur Funktion der Kriminologie im Nationalsozialismus", en REINER/SONNEN (edit.), *Strafjustiz und Polizei im Dritte Reich*, 1984, pp. 97 y ss.

6. *Ausmerzung und Verrat*, Frankfurt am Main, 1999.

7. *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1983-1962)*, Baden-Baden, 2000.

8. La exposición de las mismas puede verse en cualquiera de los Tratados de Derecho penal alemanes traducidos al español (Maurach, Jescheck, Roxin, etc.).

9. Véase supra nota 1.

mis investigaciones iban avanzando, me permite hacer algunos comentarios adicionales o por lo menos señalar que, aunque una parte de mis investigaciones confirman y coinciden con las realizadas por Telp y Thulfaut, las obras de estos están dirigidas principalmente a comentarios de tipo jurídico teórico y/o dogmático, mientras que dejan sin tratar otros aspectos, quizás incluso más reveladores de la vinculación de Mezger con el Nacionalsocialismo, que en mi libro sí han sido, sin embargo, objeto de especial consideración. Así, por ejemplo, prácticamente Telp y Thulfaut no mencionan el Proyecto de Ley sobre el Tratamiento de Extraños a la Comunidad¹⁰, en el que tan activamente cooperaron Mezger y Exner, y ello resulta aún más sorprendente, porque dicho Proyecto había sido objeto ya de una detenida investigación en su escrito de habilitación por el actual catedrático de Derecho penal de la Universidad Humboldt de Berlín Gerhard WERLE¹¹, quien dejaba claramente establecida, si bien sin mayores comentarios, la participación en el mismo de Mezger y Exner. Tampoco mencionan, y esto es más comprensible porque hasta que yo no lo he descubierto y publicado parece que nadie lo conocía, el expediente por el que se tramita la solicitud de Mezger al General Jefe de la SS encargado de la administración de los campos de concentración para visitar el de Dachau en la primavera de 1944¹².

Con ello no quiero formular ninguna crítica descalificadora de estas dos excelentes obras, sino sólo quiero poner de relieve que a pesar del esfuerzo realizado por estos autores, aún queda mucho por investigar sobre las relaciones, no sólo de Edmund Mezger, sino de otros famosos penalistas y criminólogos alemanes con el régimen nacionalsocialista y que, como demuestra el creciente interés que estas obras están despertando, es de esperar que todavía surjan otras que revelen aspectos inéditos y sorprendentes de las que prometo dar cumplida noticia en la medida en que se vayan produciendo.

Por supuesto, nada de esto es mencionado por unos sujetos que, obsesionados por descalificar mis investigaciones sobre Edmund Mezger y quizás también a mí personalmente, movidos por la animadversión y un odio rayano en lo patológico, han utilizado para ello el tortuoso procedimiento

de publicar en español sendas recensiones de las obras de Telp y Thulfaut, aprovechando las mismas para lanzarme todo tipo de insultos y epítetos que revelan su escaso nivel intelectual y moral. Pero lo más grave no es esto, con ser tan grave, lo más grave a mi juicio es que, manipulando el contenido e interpretando frases descontextualizadas de los libros recensionados, llegan a la esperpéntica e hilarante conclusión de que, después de todo, en ellos la figura de Mezger no sale tan malparada y que la actitud del mismo durante el período nacionalsocialista no fue ni más ni menos que la de cualquier otro "ciudadano alemán medio" que se vio obligado, ante la presión insoportable de aquel régimen, a algunas claudicaciones y desvaríos de menor cuantía o puramente coyunturales, "cosas de chiquillos".

Pero como "la paciencia de la Historia es infinita" y los hechos son muy tozudos, y, como dice el refrán, antes se atrapa a un mentiroso que a un cojo, la sucesiva publicación de mis investigaciones en torno a Mezger (en parte impulsadas por tan "amables" y "sugerentes" críticas), que han sido luego recogidas en las diversas ediciones de mi libro (a cuyo éxito seguro que han contribuido también las citadas críticas), han demostrado con contundencia, aporte de datos, fuentes y documentos, quien era (o por lo menos fue en esa época) el famoso Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, Edmund Mezger; qué hizo y cómo contribuyó a la creación de un Derecho penal y una Criminología típicamente nacionalsocialista. No obstante, y para que se vea hasta qué grado de manipulación han sido capaces de llegar los que llevado por su animadversión hacia mí (no creo que la obra y la persona de Mezger les interese lo más mínimo), han escrito en español las recensiones de las obras de Telp y Thulfaut, me ha parecido conveniente publicar aquí, traducidas por mí, algunas recensiones que esas obras han tenido ya en Alemania, así el lector hispanoparlante podrá ver por sí mismo y comprobar personalmente hasta qué punto las recensiones españolas a las que aludo son tendenciosas y dan una versión completamente diferentes de las que han dado recensionistas mucho más serios, objetivos y fundados que los que aquí campan por sus respetos.

Los autores de las recensiones alemanas que aquí se publican son el catedrático de Derecho pe-

10. Sobre este Proyecto, MUÑOZ CONDE, "El Proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'", en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pp. 42 y ss. (también en *Homenaje a Cerezo*, Madrid, 2002, pp. 487 y ss.). Luego recogido y ampliado en la 3.ª edición de Edmund Mezger y *el Derecho penal de su tiempo*, citado en nota 1, pp. 171 y ss.

11. *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlín, 1989, pp. 621 y ss.

12. MUÑOZ CONDE, "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en la primavera de 1944", en *Revista Penal*, 11, 2002.

nal de la Universidad de Regensburg, Friedrich-Christian Schroeder, quien ha recensionado tanto el libro de Telp, como el de Thulfaut; el catedrático de Derecho penal y filósofo del Derecho de Marburgo Walter Grasnick, que recensiona el libro de Telp, y el historiador de la Universidad de Saabrücken, Rainer Möhler, que ha comentado el libro de Thulfaut. Los lugares de aparición de estas recensiones van desde la sección literaria del prestigioso diario alemán Frankfurter Allgemeine Zeitung, hasta las revistas especializadas Juristen Zeitung y la Revista de Historia del derecho de la Fundación Savigny. Creo que las diferentes orientaciones científicas de los recensionistas y los diversos lugares de aparición de las recensiones permiten hacerse una idea bastante buena y aproximada del contenido de las obras recensionadas.

(Nota: Las recensiones se publican en letra cursiva y respetando literalmente sus textos, en los que hay algunas incorrecciones menores. Cuando me ha parecido conveniente he añadido alguna aclaración como nota del traductor, NT).

A) Recensiones a:

TELP, Jan, *Ausmerzung und Verrat, Zur discussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich, (Eliminación y traición, Sobre la discussion en torno a los fines de la pena y los conceptos de delito en el Tercer Reich)*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1999, (Rechtshistorische Reihe, Bd. 192), 293 páginas.

En la clausura del Congreso "La Ciencia alemana del Derecho penal ante el cambio de milenio, reflexión sobre el pasado y perspectivas de futuro"¹³, celebrado en la Academia Brandeburguesa de Ciencias de Berlín del 3 al 6 de octubre de 1999, el Profesor Albin ESER, uno de los organizadores y responsables de ese Congreso, criticó con cierta dureza la referencia que había en su Ponencia a ese mismo Congreso el Profesor Günther Jakobs a la necesidad de admitir un "Derecho penal del enemigo", cuya realidad es cada vez más patente en algunos Estados preocupados por

preservar a toda costa la "seguridad cognitiva" frente a un "enemigo" que se sitúa fuera del sistema y amenaza con destruirlo. Las características principales de ese "Derecho penal del enemigo" serían un incremento de las penas más allá de lo que permite la idea de proporcionalidad, la ampliación de la intervención del Derecho penal a hechos muy alejados de la lesión de un bien jurídico y la reducción de los derechos y garantías fundamentales del imputado en el proceso penal del Estado de Derecho¹⁴. Además de criticar este planteamiento de Jakobs, Eser aludió a la figura del penalista Edmund Mezger, quien, como el mismo Eser destacó, no tuvo inconveniente, a lo largo de su trayectoria científica, en elaborar conceptos y adaptar su sistema dogmático tanto al régimen nacionalsocialista, como al de la República Federal de Alemania, asumiendo lo mismo un régimen negador del principio de legalidad y de las garantías básicas del Estado de Derecho, como un régimen democrático en el que este principio y el respeto a estas garantías son fundamentales¹⁵.

Posteriormente, y en la publicación del volumen con todas las ponencias y documentos presentados en este Congreso, ESER explicó en nota a pie de página¹⁶ que su referencia a Mezger se debió sobre todo a que ese mismo día durante el almuerzo uno de sus colaboradores le había mostrado la recensión de Walter Grasnick al libro de Jan Telp, *Ausmerzung und Verrat*, publicada en el Frankfurter Allgemeine Zeitung el 4.10.1999 (cfr. infra), y también a que uno de los alumnos en un Seminario preparatorio del Congreso le había advertido ya de la vinculación de Mezger con el Nacionalsocialismo. Ello le llevó también a ESER a mostrar "su extrañeza ante el hecho de 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"¹⁷.

Paradójicamente, el libro de Telp, que ha sido también "recensionado" en España por un ferviente admirador de Mezger, lo ha sido, no sólo con la finalidad evidente de insultarme y de des-

13. Cfr. ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*, Munich, 2000 (hay traducción española en prensa en la editorial Tirant Lo Blanch de Valencia, con el título *La Ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio*, coordinada por Muñoz Conde. La crítica de ESER se encuentra en la p. 445 de la edición alemana. Críticamente frente a la tesis de JAKOBS, se manifestó también la penalista alemana Ingeborg PUPPE en uno de los debates subsiguientes, cfr. pp. 430 y s. de la edición alemana. Los debates no son recogidos en la edición española).

14. Cfr. la ponencia de JAKOBS a ese Congreso en el volumen citado en la nota anterior, pp. 47 y ss. (especialmente por lo que se refiere a sus tesis del "Derecho penal del enemigo", pp. 51 y ss.).

15. ESER, lug. cit. en nota 13.

16. Cfr. ESER, lug. cit., nota 1.

17. Cfr. ESER, lug. cit., p. 439.

calificar una vez más mis investigaciones, sino como la prueba evidente de que después de todo Mezger no estaba tan comprometido con el régimen nazi y la ideología nacionalsocialista y de que todo lo más fue un "ciudadano alemán más" que no pudo hacer otra cosa que plegarse a las exigencias del régimen y colaborar a regañadientes con él para así poder sobrevivir. Cualquiera que lea el libro de Telp puede comprobar claramente que este autor no sólo no dice eso, sino que precisamente, y así ha sido entendido por sus comentaristas alemanes, da datos más que suficientes y transcribe citas que demuestran el alto grado de vinculación que tuvo Mezger con el Nacionalsozialismo y el entusiasmo y fervor con el que le sirvió en su doble papel de académico y de asesor en reformas penales. Pero para comprobar que ello es así y que del libro de Telp no se deduce otra cosa, no se me ocurre nada mejor que, aparte de recomendar su lectura detenida de su totalidad y no sólo de un par de páginas o de frases sacadas de contexto, reproducir aquí literalmente algunas de las reseñas de las que ha sido objeto en Alemania, empezando por la que motivó la referencia a Mezger que hizo Eser en el Congreso de Berlín antes citado.

1. La reseña de Walter GRASNICK¹⁸

"La Justicia penal alemana pronunció en el Tercer Reich decenas de miles de condenas a muerte". Así reza la primera frase del notable trabajo histórico-jurídico del todavía joven autor Jan Telp. Sin embargo, su tema sólo indirectamente se refiere a la Justicia sangrienta del Nacionalsozialismo. Tampoco la legislación penal de aquella época de injusticia ocupa el centro de gravedad de este trabajo. Lo que a Telp le interesa más bien es el papel que jugó en aquellos tiempos la Ciencia del Derecho penal, también llamada Dogmática.

Esto es sobre todo impactante, porque la generación de juristas de la posguerra en Alemania occidental oyó y leyó repetidas veces lo que es el Derecho penal en estos mismos hombres que durante el pasado régimen nacionalsocialista habían acuñado con gran énfasis la imagen de su ciencia. Pero no sólo lo hicieron los penalistas. Así, por ejemplo, tras 1945 uno de los más respetados y poderosos profesores de Derecho civil y de Metodología jurídica fue Karl Larenz, que en 1935 había propuesto privar a los ciudadanos judíos de capacidad jurídica con la siguiente regulación:

"Sólo es camarada jurídico (Rechtsgenosse) quien es camarada del pueblo (Volksgenosse), y sólo es camarada del pueblo quien es de sangre alemana".

Una influencia y prestigio similares al de Karl Larenz tuvo Edmund Mezger. Las ideas que tenía este autor sobre la Dogmática jurídicopenal antes de 1945 se pueden leer con exactitud en Telp. Mezger es uno de los cinco penalistas que ha elegido este autor para, de la mano de sus trabajos, ofrecer una imagen representativa de la Ciencia alemana del Derecho penal durante el Tercer Reich. Los otros cuatro son: Georg Dahm, Roland Freisler, Karl Klee y Johannes Nagler. Naturalmente, también otros autores podían haber sido elegidos. Esto es indiscutible, pero debe hacerse una observación: Freisler no era un científico, sino, como bien señala Telp, al ser primero Secretario del Ministerio prusiano de Justicia y luego Secretario de Estado, más bien un representante del Ejecutivo que de la Ciencia del Derecho penal. A ello hay que añadir el desagradable papel que desempeñó como Presidente del Tribunal Popular (Volksgerichtshof), puesto en el que destacó por una "jurisprudencia especialmente despiadada". Por otra parte, también tuvo alguna actividad como publicista, aunque a un nivel bastante deficiente. Para Freisler el Derecho penal era, en última instancia, un medio del pueblo al servicio del nacionalsocialismo: "Los de menor valor tenían que ser segregados, liquidados, aniquilados". Éste era, para Freisler, "el principio dominante del Derecho penal".

Pero ¿cuál era la tesis que patrocinaba un verdadero científico? ¿Cómo era la Dogmática de un intelectual de la talla de Edmund Mezger? Un hombre, del que Telp certifica, que tuvo una "asombrosa flexibilidad" para "adaptarse a los sistemas políticos de la República de Weimar, el Nacionalsozialismo y la República Federal Alemana". En 1947, la Cámara de Desnazificación (Spruchkammer) X de Munich lo clasificó como "compañero de correrías" ("Mitläufer"). Pero siempre estuvo en primera fila. En 1933 era Miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, cuya misión consistía en redactar un nuevo Código penal; pero de 1954 a 1959 ocupó también el mismo puesto con análoga misión en la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal del Parlamento Federal alemán.

Hubiese sido no sólo elogiado, sino también interesante que se hubiese comparado, como tercera dimensión, la actividad del Profesor Mezger en la época del Nacionalsozialismo con la del gran

18. Publicada en el diario alemán *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 4 de octubre de 1999, bajo el título: "Eliminación de lo degenerado. Penalistas en el Tercer Reich". La reseña va acompañada de una foto de Mezger que ocupa el centro de la misma.

dogmático en la República Federal Alemana, que el propio Telp también conoce. Sus manuales de Derecho penal, Parte General y Parte Especial, tuvieron en esta época diversas y rápidas ediciones, llegando a ser incluso uno de los editores del "Leipziger Commentar zum Strafgesetzbuch" durante dos ediciones.

El cambio de Edmund Mezger es de por sí suficientemente lamentable. En su Tratado de 1931, que Telp analiza cuidadosamente, había ideas notables, que ya de por sí son evidentes, y precisamente por eso mismo choca aún más su abandono posterior. Originariamente, Mezger opinaba que las penas duras y crueles tenían más bien un efecto criminógeno y activador de la intención criminal en el delincuente potencial, y así escribía literalmente: "Sólo una pena justa y proporcionada al hecho puede en verdad realizar correctamente la función preventiva general que le corresponde". Mezger proponía además entonces, como el mismo Telp señala, "proteger la dignidad del individuo y, por tanto, la dignidad del delincuente".

Pero todo cambió a partir de 1932. Ciertamente no de hoy para mañana, pero sí hasta llegar a un craso desprecio por el ser humano. Esto es, prescindiendo ahora de toda ideología racista, también en este caso la consecuencia de una metodología falsamente entendida; pues fue precisamente ésta la que, en última instancia, sirvió de puerta de entrada a la realización de la idea del exterminio por la vía de la aplicación de la ley. El instrumento, que proveniente del rico arsenal de la teoría de la interpretación jurídica, sirvió tanto entonces, como ahora, para cualquier ideología se llama interpretación teleológica. No es necesario ahora saber en qué consiste. Lo único que hay que saber aquí es que el pensamiento teleológico sirve para saber que es lo que el legislador pretende conseguir con la aplicación de la ley. En 1934 formuló esta finalidad de una forma inequívoca y terriblemente clara como una "finalidad higiénica racial", que pretendía "mantener la integridad racial del pueblo, eliminado de la comunidad a los elementos no aptos". También el párrafo 20, pfo. 2 de la Ley del Tribunal de Menores (NT: que preveía la aplicación de la pena de muerte a menores), servía, en opinión de Mezger, a la higiene racial, "sin consideración a la culpabilidad del delincuente", y esto se conseguía según el mismo Mezger con "la eliminación del degenerado de la comunidad del pueblo". La solución final como fin último del Derecho penal.

De este modo, la obra de Mezger, uno de los grandes de la Ciencia del Derecho penal antes y

después de 1945, confirma, por lo menos en lo que a él se refiere, el impactante título de la obra de Jan Telp. Lo único que diferencia a Freisler, el icono del Estado de la Injusticia, "es más su estilo vulgar que un distinto contenido científico".

WALTER GRASNICK

2. La recensión de Friedrich-Christian SCHROEDER¹⁹

Durante largo tiempo, prescindiendo ahora de algunas tomas de postura en cuestiones concretas, se ha silenciado el comportamiento de la Ciencia del Derecho penal bajo el Nacionalsocialismo. En 1975, Klaus Marxen comenzó la elaboración crítica, aunque situándola en el contexto del antiliberalismo y con ello, por un lado, en la República de Weimar y, por otro, en la República Federal Alemana (*Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*). Ahora presenta Jan Telp en esta tesis doctoral, dirigida por el prestigioso historiador del Derecho Hans Nehlsen, una detenida investigación sobre las concepciones de cinco autores destacados por sus publicaciones de Derecho penal bajo el Nacionalsocialismo. Con detalle y de forma convincente se dan las razones de por qué se eligen esto penalistas entre los que entonces también publicaban trabajos de Derecho penal como Paul Bockelmann, Hans-Jürfgen Bruns, Georg Dahm; Alexander Graf zu Dohna, Karl Engisch, Franz Exner, Roland Freisler, Wilhelm Gallas, Hasn Dieter Freiherr v. Gemmingen, Wenzel Graf v. Gleispach, Heinrich Henkel, Karl Klee, Eduard Kohlrausch, Richard Lange, Hellmuth Mayer, Edmund Mezger, Johannes Nagler, Helmuth Nicolai, Gustav Radbruch, Friedrich Schaffstein, Eberhard Schmidt, Erich Schwinge, Karl Siegerrt, Hans Welzel, Eric Wolf y Leopold Zimmer-. Siguiendo los criterios de su actividad publicista durante todo el Nacionalsocialismo, su resonancia y las diversas tendencias por ellos representadas, Telp elige a Dahm, Freisler, Klee, Mezger y Nagler, aunque Freisler no era un científico y el mismo Klee era Presidente de sala de Audiencia (de ahí que Telp los llame "penalistas").

También respecto al objeto de la investigación procede Telp a una fructífera y bien fundamentada delimitación y selección, investigando las manifestaciones sobre teoría de la pena, elaboración de los conceptos jurídicos, teoría del delito y función de la ley. Respecto a la elaboración de los conceptos jurídicos se poya en el importante tra-

19. Publicada en la revista *Juristen Zeitung*, 2001, p. 35.

bajo de Oliver Lepsius. *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung* (1994), igualmente realizado en Munich.

Las concepciones de estos penalistas y de sus formulaciones, a menudo difuminadas y evanescentes, son analizadas en su sustancia y su dimensión temporal, constituyendo una extraordinaria aportación científica y un verdadero placer intelectual, pero produciendo también por eso una mayor irritación moral. Mientras que la posición de Dahm y Freisler era ya conocida, en el caso de E. Mezger se ofrece una imagen negativa nunca vista hasta ahora con tanta consistencia, que resulta aún más negativa porque deja ver su capacidad de adaptación política. También aquí debe problematizarse ciertamente la famosa cuestión de hasta qué punto el jurista con sus tesis sólo define conceptualmente el Derecho positivo, lo propaga o lo crea. Esto vale sobre todo para el fin de la pena de la "eliminación", que Telp ha elegido para el título de su libro. Telp valora su recepción en la doctrina penal como una profesión de fe, y su no recepción como un no reconocimiento (pp. 248 y ss.). Afortunadamente, las investigaciones sobre las actitudes antes este fin de la pena ofrece una imagen más favorable, en la medida en que la mayoría de las veces sólo fue entendida — excepto por Freisler — en el ámbito de las medidas de seguridad y de las penas privativas de derechos, y no como eliminación física.

Cuando Telp constata finalmente que ninguno de los penalistas por él investigados se opuso al caudillaje nacionalsocialista, ello se deduce forzosamente de la propia selección efectuada. Ciertamente, los opositores contrarios al Derecho penal nacionalsocialista, en la medida en que no salieron del país, formaron el "exilio interior". Y nos queda el consuelo de que también algunos penalistas como Hans v. Dohnanyi y Karl Sack pertenecen al cuadro de honor de la resistencia activa al Nacionalsocialismo".

Profesor Dr. Dr.h.c. Friedrich-Christian Schroeder,
Universidad Regensburg

B) Recensiones a:

THULFAUT, Gerit, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger 1883-1962. Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung* (Política criminal y teoría del Derecho penal en Edmund Mezger 1883-1962. Una investigación científica y biográfica) (= *Juristische Zeitgeschichte Abteilung 4 Leben und Werk 2*). Nomos, Baden-Baden 2000. XIV, 374 pp.

El libro de Thulfaut constituye sin duda el estudio más completo que ha hecho hasta la fecha

sobre la vida y la obra de Edmund Mezger. Se trata de su tesis doctoral dirigida por el prestigioso penalista e historiador del Derecho penal Thomas Vormbaum, Profesor en la Universidad a Distancia de Hagen y Director del Institut für Juristische Zeitgeschichte, así como del importante Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte, del que se han publicado ya tres tomos, que contienen importantes estudios e investigaciones sobre Historia del Derecho penal alemán, especialmente durante el siglo XX.

La tesis de Thulfaut ha sido ya objeto de varias recensiones y comentarios, que en general la valoran positivamente. A mi juicio, es la mejor y más completa exposición publicada hasta la fecha de la vida y obra de Mezger. No obstante, seguidamente se transcriben, traducidas por mí al español, dos recensiones a esta obra publicadas en Alemania, en las que se hace una valoración diferenciada matizada de algunos aspectos positivos y negativos de la misma. En la primera recensión, el historiador de la Universidad de Saabrücken, Rainer Möhler, señala como puntos débiles de esta obra, que no se destaque suficientemente la estrecha vinculación activa de Mezger con el régimen nacionalsocialista, sobre todo su labor de asesor en asuntos penales y su decisiva participación en Proyectos de Ley típicamente nazis y en la configuración del Derecho penal conforme a los patrones ideológicos del Nacionalsocialismo. También señala algunos otros fallos desde el punto de vista de las fuentes y del análisis del contexto histórico en el que actuó.

Más favorable es la segunda recensión del Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Regensburg, F.CH. Schroeder, aunque también critica la omisión de algunos textos y opiniones de Mezger durante el Nacionalsocialismo o la interpretación, a su juicio, incorrecta de algunos pasajes de su obra.

En lo que sí, tanto Möhler, como Schroeder, están totalmente de acuerdo es en destacar la importancia de Edmund Mezger en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista y en que sus opiniones de aquella época asumió y pretendió llevar al Derecho penal la parte más terrible y repugnante de la ideología nacionalsocialista: el racismo y el exterminio de los elementos perjudiciales al pueblo y a la raza.

Esta otra cara de Edmund Mezger, la más oscura y realmente censurable, es ignorada completamente, de forma intencionada y sesgada, por un recensionista español de la obra de Thulfaut, que se limita a "recostarse" en ella (expresión que como me recuerda alguien gustaba utilizar el Profesor Rodríguez Devesa para designar este tipo de actividades), exponiendo sin ton ni son, de forma

arbitraria y gratuita, párrafos y más párrafos de dicha obra, en un vano intento, por lo demás ridículo y absolutamente desenfocado, de desprestigiarme personalmente y rebajar la importancia de mis trabajos sobre el pasado nazi de Edmund Mezger. Sobre la opinión que me merecen éste y otros intentos similares, puede consultarse ya el Apéndice a la 2.^a edición de mi libro sobre Mezger antes citada, también recogido en la 3.^a edición de la misma obra (Valencia 2002, pp. 136 y ss.), y publicado como artículo en algunas revistas y libros homenajes, y del que hay versión alemana aparecida en *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, 2001/2002, bajo el título "Die andere Seite des Edmund Mezger" (traducción de Thulfaut); así como mi trabajo antes citado sobre "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau". Por lo demás, el lector puede comparar las reseñas a la obra de Thulfaut que seguidamente se transcriben con la que hace dicho sujeto y sacar sus propias conclusiones.

1. La reseña de Rainer MÖHLER²⁰

"En la Ciencia histórica viene cuestionándose fuertemente o, por lo menos, relativizándose la importancia que tienen para la Historia en general las fechas políticas de "1933" y "1944". Este cambio de actitud comenzó a señalarse de forma clara con la obra conjunta "Vom Stalingrad zum Währungsreform" que en 1988 publicó el Institut für Zeitgeschichte de Munich, bajo la dirección de su entonces director Martín Broszat. Hasta entonces tanto en la Política, como en la Sociedad, como en la Cultura, como también en la Ciencia, había predominado la idea, extremadamente popular y cómoda, de la "hora cero" exculpatoria, que sólo fue perturbada dos veces: una, por las medidas de desnazificación puestas en marcha por los aliados inmediatamente después de la guerra; y otra, por las incómodas preguntas de la generación de estudiantes de finales de los años 60. Las cuestiones que se planteaban en torno a "esta historia reciente inmediata" cuando se escribían determinadas biografías, se limitaban a llegar hasta 1933 o, todo lo más, se manipulaba de forma muy selectiva el período nacionalsocialista.

Así, por ejemplo, consiguió el penalista y criminólogo que constituye el objeto central de este estudio, Edmund Mezger, reeditar su Tratado de Derecho penal de la época de la República de Weimar (1.^a edición, 1931; 2.^a edición, 1933) en

1949, en una 3.^a edición inalterada, mientras que en el "Kürschners Deutscher Gelehrten-Kalender" de 1954 su nombre aparecía sin mencionar para nada su actividad o sus publicaciones de la época nazi. Gerrit (NT: el nombre correcto se escribe con una sola "r") Thulfaut emprende en esta tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de Hagen y dirigida por Thomas Vormbaum la tarea de presentar en toda su extensión biográfica las ideas jurídicopenales y políticocriminales de Edmund Mezger (1883-1962).

*Mezger se convirtió durante los años 50 y 60 del pasado siglo en el punto de referencia obligado para generaciones de estudiantes de Derecho, sobre todo a través de su "Manual ('Kurz-Lehrbuch') de Derecho penal" (varias ediciones desde 1948/49) y su curso de "Criminología" (1951); ejerció desde su puesto de Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal (1954-1960) una gran influencia en el primer Proyecto de Reforma del Derecho penal de la República Federal Alemana, que, sin embargo, no pudo imponerse políticamente después, como consecuencia del importante cambio social y cultural que se produjo en los años 60. Para el Catedrático de Derecho penal de Munich, que se había jubilado en 1952 de su cátedra, de la que había tomado posesión en 1932 (*NT: En las actas de su proceso de desnazificación figura el 1.1.1933), ello supuso el segundo punto culminante de su carrera profesoral. El primero había sido bajo el signo político de la dictadura nacional socialista, en la que fue miembro de la Comisión Oficial para la reforma del Derecho penal y de la Akademie für Deutsches Recht, asesor jurídico del Gobierno de Hitler y su representante oficial tanto nacional, como internacionalmente.*

Sus actividades y exitosos Tratados y Manuales: "Deutsches Strafrecht, ein Grundriss" (1938, 3.^a ed. 1943); "Kriminalpolitik" (1934, 3.^a ed. 1944), le convirtieron en el jurista más importante del Estado nazi; junto con su colega de Munich Franz Exner (1881-1947), estableció en aquellos años las bases para la institucionalización universitaria de la Criminología alemana.

Pero Thulfaut se ha aproximado al tema de una manera básica, que para el observador interesado en la Historia puede resultar algo unilateral. Su tesis de casi 400 páginas se trata casi exclusivamente de una exposición resumida estructurada cronológicamente y de un análisis de los libros y más importantes artículos publicados por Mezger. El

20. Publicada en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 120 (2003).
Internet: homepage.uibk.ac.at/homepage/c303/30310/ZRGInternetrezensionen/ThulfautGerrit-Kriminalpolitik.htm

período nacionalsocialista que va de 1933 a 1945 se estructura entre una parte dedicada a la teoría del Derecho penal y otra a la Criminología. El trasfondo histórico queda difuminado; las cuestiones que propiamente interesan y que actualmente más se discuten sobre lo que tiene de específico el pensamiento jurídico nacionalsocialista más allá incluso de 1945 son todo lo más mencionadas, pero no explicadas; no se encuentra el estado actual sobre la Historia del Derecho nazi, que es ya bastante respetable.

Otros puntos criticables: La parte biográfica es demasiado corta (algo más de 20 páginas); e incluso hay lagunas en la bibliografía de Mezger. Pero el principal defecto es, a juicio de este recensionista, que el autor no se haya esforzado en investigar más detenidamente la vida jurídica de Mezger, más allá de sus publicaciones; de los Archivos sólo se ha utilizado el Acta Personal de Mezger (¿No hay ningún archivo privado del mismo?). A diferencia de otros juristas, Mezger ocupó generalmente durante el período nazi un plano destacado; abandonó inmediatamente después del acceso al poder de Hitler su supuesto "apoliticismo" que había mantenido durante la República de Weimar; y no sólo en la cátedra, sino ante los especialistas tanto dentro como fuera de Alemania representó ofensivamente hasta el final del Estado nazi la nueva reforma penal y la política criminal nacionalsocialista. Todavía en la primavera y verano de 1944 estuvo prestando servicios al Ministerio de Justicia como intérprete de la ya madura para entrar inmediatamente en vigor "Ley de Extraños a la Comunidad", que debía constituir el punto final de la política de eliminación de todos los "no camaradas del pueblo" y servir de eficaz apoyo jurídico a la política criminal del Ministerio de Justicia bajo la dirección del Ministro Thierack ("Exterminio por el trabajo") (véase el documento en Norbert Frei, *Der Führerstaat*, 5.^a ed., 1997; NT: La versión española del texto completo de esta Ley se encuentra recogida en mi artículo sobre la misma publicado en el n.º 9 de esta Revista; y en las páginas 206 a 215 de la 3.^a edición de mi libro "Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo", Valencia 2002).

Tampoco faltan en las publicaciones de Mezger en la época nacionalsocialista expresiones inequívocas, como cuando habla de "parasitismo social"; ve con buenos ojos "la idea de exterminio de las partes de la población que sean perjudiciales para el pueblo y la raza" y exige "la conformación

racial del pueblo (al respecto véase ya el artículo de Klaus Rehbein, en *Monatschrift für Kriminologie* 1987). Por eso, es tanto más urgente plantear la cuestión de cómo consiguió salvar sin apenas ser molestado su carrera y su prestigio después de 1945 y tener incluso la oportunidad en los años 50 de volver — ahora bajo el signo democrático— a dirigir la reforma del Derecho penal. Cuestiones éstas que ya habían sido planteadas por Thomas Vormbaum en 1992 (*Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*), pero que desgraciadamente no se responden en este trabajo".

Saarbrücken/Rainer Möhler

1. La recensión de Friedrich-Christian SCHROEDER²¹

"El catedrático de Derecho penal de Munich, Mezger, publicó en 1949 su Tratado de Derecho penal de 1932 sin modificaciones, y publicó además Manuales de Derecho penal y Criminología de gran tirada que llegaron a alcanzar varias ediciones. Generaciones de juristas alemanes aprendieron de sus libros. Fue también coeditor de los Comentarios más importantes al Código penal y Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal.

Los Tratados, conferencias y artículos publicados entre 1933 y 1945 fueron considerados meras concesiones usuales al espíritu de la época. En 1945, por orden del Gobierno militar americano, Mezger fue privado de su cátedra y en febrero de 1947 la Cámara de Depuración lo clasificó como "compañero de correrías" (*Mitläufer*). Tras reiteradas peticiones de la Facultad de Derecho fue reemplazado en su función en octubre de 1948.

La siempre intensa relación de Mezger con el Nacionalsocialismo ha dejado al descubierto no sólo manchas oscuras, sino que también lo ha colocado en el centro de la crítica. Ya en 1987 Klaus Rehbein lo calificó como el "jefe ideológico de la criminología nacionalsocialista". Jan Telp ha presentado recientemente a Mezger como uno de los más destacados portavoces de la Ciencia del Derecho penal y de la Criminología bajo el Nacionalsocialismo (*Ausmerzung und Verrat*, 1999). Si en la recensión de este libro aparecida en este diario el 4 de octubre de 1999 se echaba de menos que no tratara de las actividades y teorías de Mezger tras la caída del Nacionalsocialismo, este libro ofrece ahora una exposición completa.

21. Publicada en el diario *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 25 enero 2001, bajo el título: "Penalistas al servicio de la política racista. Edmund Mezger en el Tercer Reich": Tras 1945 fue el maestro de generaciones de juristas.

Dividida en seis partes, Thulfaut investiga las manifestaciones de Mezger sobre Derecho penal y Criminología antes de 1933, de 1933 a 1945 y después de 1945. Es horrible que Mezger tras 1933 abandonara poco a poco sus concepciones liberales y no sólo aceptara los preceptos nacionalsocialistas, sino incluso que los interpretara extensivamente, aumentando todavía más su dureza. Así, por ejemplo, al interpretar el precepto que permitía la analogía, Mezger prescindió prácticamente del requisito de que el merecimiento de pena tuviera que derivarse de la "idea fundamental de la ley penal" y pretendió elevar a la categoría de fuente autónoma del Derecho "el sano sentimiento del pueblo". En la determinación de la antijuricidad cita Thulfaut la referencia de Mezger a la "determinación del pueblo alemán por la sangre y el suelo, la raza y el territorio", y destaca la siguiente afirmación aun más inequívoca: "Actuar antijurídicamente desde el punto de vista material es actuar contra la ideología nacionalsocialista alemana". Thulfaut menciona también que el concepto mezgeriano de "culpabilidad por la conducción de vida" no representa, en contra de la doctrina dominante, un intento de basar la pena basada en la culpabilidad, sino una forma de fundamentar la pena puramente asegurativa, más allá e independientemente de la culpabilidad. Una cierta sutileza hay en la referencia a que Mezger no acuñó personalmente este concepto tan discutido, sino que lo tomó del criminólogo de Graz Adolph Lenz. Más tranquilizadora es la afirmación de Thulfaut de que científicos tan honestos como Paul Bockelman y Karl Engisch llegaron incluso a entender aún más ampliamente este concepto. Mezger también quiso vincular la teoría criminológica de los tipos de autor y se opuso expresamente a la distinción entre tipo de autor "criminológico" y "normativo".

"Conformación" y "eliminación"

Expresiones especialmente repugnantes se encuentran en el libro de Mezger "Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage", publicado por primera vez en 1934, y que tuvo dos ediciones más, en 1942 y 1944. Ya en el Prólogo afirma Mezger que la Política criminal tiene como misión la "conformación racial del pueblo como un todo", y que la meta de la Administración de Justicia en el futuro sería "la segregación de la comunidad del pueblo de los elementos dañinos al pueblo y a la raza". Pero Thulfaut podía haber añadido algunas afirmaciones de Mezger aún más contundentes. Así, por ejemplo, opinaba que "las leyes de guerra deben eliminar al parásito "degenerado", sobre todo cuando lo es en virtud de su disposición in-

nata". E interpretaba el párrafo 20, apartado 2 de la Ley del Tribunal de menores, que permitía la condena a muerte de un menor, como la plasmación de "la eliminación del degenerado de la comunidad del pueblo, independientemente de si y hasta qué punto era responsable por su forma de ser, sirviendo así a la idea de conformación racial del pueblo". Probablemente Mezger, cuando hablaba de "eliminación", se refería también a los pertenecientes a la propia "raza", por lo que quizás sea exagerada la conclusión de Thulfaut ("de aquí salían los trenes para Auschwitz y Treblinka"), pero aún así las expresiones son suficientemente inhumanas.

En el Prólogo a su Manual de Derecho penal de 1948, Mezger explicaba lacónicamente que el pasado reciente había significado "tiempos de graves abusos". Pero inmediatamente advertía de que también a la hora de la necesaria reedificación no había que perder de vista lo que del pasado merecía mantenerse.

Al final de su trabajo se pregunta Thulfaut por las razones que hicieron que Mezger se comportara conforme al "Tercer Reich". Ya en 1937, Mezger había respondido a un doctorando, el luego conocido abogado Otto Grittschneider, que no creía que fuera a ver el final del "Tercer Reich" y que colaboraba con él en la medida en que era inevitable. Pero para Thulfaut la conducta de Mezger era más que simple oportunismo. En todo caso, en 1944 había desarrollado un celo ideológico misionero. Mezger y otros criminólogos de los años 30 y 40 habían prestado también "servicio en la rampa" (NT: Se refiere a la "rampa" de acceso a las cámaras de gas).

En relación con esto, llama la atención que una serie de formulaciones de Mezger anteriores a 1933 se entiendan de manera errónea e incluso expresamente fatalistas. Así, por ejemplo, explicaba en 1928: "Hay delincuentes que en virtud de su constitución hereditariamente condicionada no son ciertamente enfermos o perturbados mentales, pero sí son permanentemente incapaces para participar en condiciones de igualdad en una convivencia humana social normal. Se trata, por tanto, de "incorregibles" y deben ser "excluidos de la sociedad humana", o, si se quiere decir de forma menos contundente, requieren un tratamiento especial, que puede ir desde una simple vigilancia de protección temporal hasta un internamiento en custodia de seguridad a perpetuidad".

Aunque Thulfaut no lo hace, también se pueda entender que la "segregación de la sociedad humana" y el "tratamiento especial" no significaban la eliminación física, sino sólo la custodia; pero de todos modos hay que reconocer que Mezger suministraba con estas expresiones por lo menos el

vocabulario para el "Diccionario de lo Inhumano". En 1930 se quejaba de que sólo algunos pocos delincuentes puedan ser "inocuidados por su separación definitiva". Y contra la ejecución pública de la pena de muerte alegaba que "hoy una refinada técnica química posibilita de forma callada y sin testigos la eliminación de vidas desprovistas de valor vital". Parece, pues, que en Mezger el empleo de la técnica como forma de eliminar las raíces de la criminalidad se vinculó de forma fatal con un repentino desprecio por la vida humana".

FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER

**RECENSIÓN A FILIPPO GRISPIGNI
Y EDMONDO MEZGER, LA RIFORMA
PENALE NAZIONALSOCIALISTA.
Milano Dott. A. Giuffrè - Editore, 1942 -
XX, 106 páginas.**

En el año 2001, cuando estaba preparando un Apéndice para la 2.^a edición de mi libro "Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo" (1.^a ed. Valencia 2000), la becaria del Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y comparado de Friburgo en Brisgovia, la Profesora María José Pifarré de Moner, me comunicó que en la biblioteca del citado Instituto había un libro de Filippo Grispigni y Edmund Mezger, *Il diritto penale nazionalsocialista*, que podría serme de utilidad para el tema en que estaba trabajando. Le pedí entonces que hiciera una fotocopia y me la mandara, lo que hizo al poco tiempo. En aquel momento, inundado por el material que continuamente iba descubriendo sobre la vida y milagros de Edmund Mezger en el período nacionalsocialista, no tuve mucho tiempo para leerlo y estudiarlo en profundidad, y me limité a dar cuenta del mismo y a señalar que "naturalmente también hubo estrechas relaciones entre Mezger y los más conspicuos representantes de la Italia fascista... y que sería interesante investigar también las relaciones que, mas allá del estricto plano de la Dogmática jurídico-penal, hubo entre Mezger y algunos penalistas españoles de aquella época" (véase "Edmund Mezger" cit., 2.^a edición, Valencia, 2001, p. 110, nota 22; también la 3.^a ed. de la misma obra, Valencia, 2002, p. 147, nota 113). En realidad, no había nada de particular, ni de tendencioso en la citada referencia, ya que parecía lógico que habiendo en aquella época (1942), tanto en Italia, como en España, regímenes políticos tan afines y bien relacionados con el régimen nacionalsocialista alemán, hubiera también relaciones

estrechas entre los penalistas vinculados a dichos regímenes, como lo demostraba la existencia de esta monografía y la traducción de algunas de las más características obras de Mezger en aquel período tanto al italiano, como al español. De todas maneras, el tema en aquel momento sólo me interesaba (y me interesa) tangencialmente, y no creí necesario entonces ir más allá de esta somera referencia en una nota a pie de página.

Sorprendentemente ello motivó una airada reacción de alguien, que, tras dedicarme los consabidos epítetos, insultos y descalificaciones burdas que desde el primer momento viene dirigiendo contra mi trabajo de investigación sobre el pasado nazi de Mezger, dice expresamente que "en modo alguno, puede afirmarse o deducirse que hubiese tenido afinidades políticas o estrechas relaciones con el pensamiento nacionalsocialista Filippo Grispigni, que no era ni conspicuo representante, ni nunca lo fue, de la Italia fascista". Aduciendo como prueba de su afirmación varias notas necrológicas y alabanzas del citado autor contenidas principalmente en el volumen que dedicó "encomiásticamente" la revista "Scuola Positiva" (1956) "a la memoria, labor científica y magisterio de Grispigni, siempre leal a su posición neopositivista y que nunca hizo suyas las veleidades (sic) de los Derechos penales totalitarios".

Evidentemente, dicha afirmación tendría que haberse apoyado en citas extraídas del libro que yo mencionaba, y no sustituirlas por las indudables alabanzas que un grupo de compañeros pudieran hacer con motivo de su muerte, ya que, como es lógico en este tipo de obras, nada hay en ellas que pueda deteriorar la imagen del homenajeado recientemente fallecido y mucho menos reflejar la mayor o menor concomitancia que pudiera tener con el régimen nazi o fascista, no sólo porque eso en aquella época (y afortunadamente, todavía hoy) se consideraba como algo vergonzoso que había que ocultar, sino también quizás porque algunos de los que colaboraban en aquel homenaje habían tenido en el pasado buenas relaciones con el fascismo italiano que tampoco convenía mencionar en aquel momento. En todo caso, yo me refería sólo a la obra sobre el Derecho penal nacionalsocialista que bajo autoría de Grispigni y Mezger había sido publicada en 1942, y era de ella de donde deducía las citadas conexiones ideológicas, por lo demás evidentes casi desde la primera página, sin plantearme entonces la necesidad de mayores referencias para demostrar algo que a mi juicio era claro, como el agua. Pero una vez más la brutal y torpe reacción de quien presume de conocer tan bien la obra de ambos autores y niega reiteradamente sus evidentes conexiones y concomitancias ideológicas con los regímenes na-

zis y fascista, me obliga a dar una información más detallada del contenido de la mencionada monografía. Y lo hago no sólo porque estoy en mi derecho de defenderme contra todo injusto ataque, todavía más si es injurioso, que se haga contra mi persona y/o obra científica, sino porque considero también que este es un tema ante el que no se puede permanecer indiferente y mucho menos permitir que se manipule impunemente la verdad histórica ocultando pasados oprobiosos de ilustres personalidades y maestros que precisamente por serlos tuvieron mayor responsabilidad que otros en contribuir a aquellos regímenes de horror, sangre y lagrimas, que fueron los regímenes totalitarios, nazi y fascista. Si alguien se siente molesto por ello e incluso llega a decir "que es una auténtica afrenta, cuando no una verdadera ofensa para la Ciencia penal italiana" "vincular a Grispigni, uno de los más sobresalientes penalistas italianos del siglo XX a concepciones políticas dictatoriales", que lea detenidamente esta monografía (quien me reprocha esto no creo que haya pasado del Índice que transcribe), o por lo menos las páginas que siguen, que están basadas, éstas sí, en una detenida lectura y estudio que confirma plenamente lo que cualquiera que tenga acceso a la monografía puede comprobar también con sus propios ojos. El que haya alguno que no vea más allá de sus narices, o lo que es peor que ni siquiera lea o entienda lo que dice que ha leído, es algo que desgraciadamente suele ser frecuente en algún tipo de personas a las que sus propios odios y prejuicios puede llevarlas a caer en el precipicio de la falsedad, la mentira y la infamia, que es por lo visto el último recurso que les queda cuando ya han agotado los pocos y pobres recursos que tenían para intentar seguir ocultando la verdad. Allá ellos. Por mi parte, me limitaré a hacer un breve resumen general de la obra que aquí se recensiona, y después algunas consideraciones sobre el contenido de cada uno de sus apartados o capítulos, transcribiendo literalmente algunos párrafos ilustrativos de las opiniones y tendencias de sus autores, principalmente del que el citado crítico califica como "uno de los más sobresalientes penalistas italianos del siglo XX"... "que nunca hizo suyas las veleidades (sic) de los Derechos penales totalitarios". Y que luego cada uno saque sus propias conclusiones.

1. El libro comienza con una *Avvertenza*, que puede haber sido redactada por el director de la editorial o, como es lógico y suele ser más común en estos casos, por el propio Grispigni, quien probablemente es también el traductor de los artículos de Mezger. En la *Avvertenza* se dice que se trata de una "recopilación de algunos estudios que en su mayor parte han visto ya la luz en revistas italianas y alemanas, en la que los autores discuten en cortés polémica en torno a los principios fundamentales que inspiran la nueva legislación penal nacionalsocialista". Si a un libro que recoge varios artículos de dos autores que discuten entre sí sobre varios temas, se le puede llamar "libro conjunto" o "en coautoría", o, de un modo más musical, como "duo o duetto", no me parece una cuestión especialmente importante. Lo importante es que se publica con la aquiescencia de los dos y como resultado de un debate o polémica que previamente se ha venido desarrollando en diversos trabajos publicados en revistas especializadas y sobre algunos temas fundamentales del Derecho penal. En ellos, Grispigni describe la decidida aceptación en los textos jurídicos penales nacionalsocialistas de sanciones tales como la esterilización de enfermos con enfermedades hereditarias, asociales, alcohólicos, etc.; la castración de delincuentes sexuales peligrosos; y la aplicación a menores de edad peligrosos de penas previstas para delincuentes adultos, incluso de la pena de muerte. Y describe y entiende estas reformas como la consecuencia de una concepción del Derecho penal basada en la idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social. En sus artículos, Grispigni no sólo muestra de un modo general su identificación con esta idea, sino que además continuamente alaba al Reichsrechtsführer Hans Frank²² artífice y principal inspirador de este programa político criminal nacionalsocialista, que, en su opinión, "se presenta límpido, preciso, rectilíneo, orgánico y completo". En él se apoya Grispigni para reprochar a Mezger su falta de coherencia con dicho programa, al admitir todavía en sus últimas publicaciones sobre el tema algún resquicio del Derecho penal de la culpabilidad y concebir estas sanciones como una especie de pena retribucionista de la culpabilidad, en vez de admitir clara y llanamente que no son más que

22. Hans FRANK (1900-1946) fue sin duda uno de los juristas de mayor importancia en el régimen nacionalsocialista, como lo demuestra su cargo de Reichrechtsführer (algo así como caudillo de la Justicia del Reich) y Presidente de la Akademie für deutsches Recht. Fue también uno de los principales propulsores de la fundamentación racista del Derecho penal y uno de los principales responsables del Derecho penal especial para Polonia. Durante los años de la guerra fue nombrado Gobernador General de Polonia, donde fue responsable de las masacres que allí se cometieron, entre otras la deportación y muerte de centenares de miles de polacos y de la muerte de tres millones de judíos. Fue juzgado en el Juicio Principal de Nuremberg, junto con los principales responsables y jefes nazis, condenado a muerte y ejecutado por ahorcamiento en 1946.

sanciones basadas en la peligrosidad y sin otra misión que la defensa de la comunidad popular.

Por su parte, Mezger le contesta de forma moderada, matizando algunas cuestiones conceptuales, aunque admite incluso que algunas de las críticas que le dirige Grispigni están justificadas. Y, a modo de disculpa, alega que ya en sus últimas publicaciones ha corregido algunas de sus afirmaciones originales en favor de un Derecho penal de la culpabilidad, concibiendo ahora ésta como una especie de "culpabilidad por la conducción de vida" que también puede servir para cumplir las tareas preventivas de defensa social que propone Grispigni y con las que él se muestra completamente de acuerdo.

Pero veamos con más detenimiento esta polémica a través de los distintos trabajos que se recogen en los cinco epígrafes o capítulos en los que se divide este libro. No se olvide, sin embargo, que la polémica se desarrolla entre 1940 y 1941 y que el libro se publica en 1942, es decir, en la Segunda Guerra Mundial, en pleno apogeo y esplendor victorioso de los ejércitos nacionalsocialistas y fascistas que ocupaban triunfantes toda Europa, de Norte a Sur, de Este a Oeste, con una fe ciega en el triunfo final de las Potencias del Eje, y cuando aún no se habían producido la derrota alemana de Stalingrado (3 febrero 1943), ni la caída del régimen mussoliniano, que todavía sobrevivió algún tiempo en la minúscula y esperpéntica República de Saló, hasta la brutal ejecución de Mussolini en abril de 1945. Por tanto, ambos autores se muestran bastante seguros respecto al triunfo de las ideas nazis y fascistas que ya se ha producido en sus respectivos países y terminará por imponerse en todo el mundo, y quizás por eso, Grispigni, sobre todo, no se recata en decir claramente lo que piensa, aunque Mezger se muestre más prudente al respecto. Mientras tanto los campos de concentración, en los que se internaba a muchos de los sujetos a los que se aplicaban las medidas por ellos propuestas, estaban saturados; las cámaras de gas instaladas allí para exterminar con mayor economía y rapidez a los "extraños a la comunidad" y a las personas de "raza inferior" funcionaban ya a pleno rendimiento con rutinaria normalidad y los miles de cadáveres que producían se iban convirtiendo sin prisa, pero sin pausa, en cenizas y en volutas de humo negro que iban saliendo de las chimeneas de los hornos crematorios. Si conocían esto los penalistas que preconizaban como sanciones criminales medidas de depuración racial y biológica de algunos sujetos, nunca podremos asegurarlo de un modo general con absoluta certeza, aunque en otro lugar hemos ofrecido pruebas documentales suficientes que atestiguan que por lo menos Mezger sí debería te-

ner idea de lo que en ellos sucedía, dada su estrecha colaboración con las autoridades encargadas de los campos de concentración y la constancia de la solicitud que presentó ante ellas en 1944 para visitarlos (véase mi artículo "Las visitas de Edmundo Mezger al campo de concentración de Dachau en la primavera de 1944", en *Revista Penal*, 11, 2003). Pero en todo caso lo que importa destacar es que sus teorías expuestas a veces, sobre todo en este libro en el caso de Mezger de forma puramente abstracta y conceptual, casi como una discusión filosófica de gran altura, estaban directamente relacionadas con esta realidad, cuando no justificaban, aunque fuera indirectamente, la masacre, el llamado Holocausto, que en aquellos momentos se estaba produciendo. Sin olvidar, pues, este telón de fondo, pasamos ahora a exponer las cuestiones principales que se tratan en este libro.

2. El primer capítulo contiene un artículo de Grispigni, "Espiacione e difesa nel nuovo Codice penale germanico", previamente publicado en *Rivista penale*, 1940; en la *Monatschrift für Kriminalbiologie*, 1940, y en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1940. En él, lo primero que destaca Grispigni es que las medidas de esterilización y castración previstas en las leyes nazis no tienen nada que ver con la expiación entendida en un sentido retribucionista clásico. Y para demostrarlo pone el siguiente ejemplo: "Si entre los caracteres psíquicos de una raza está la tendencia al fraude, cuando una persona perteneciente a esa raza comete una estafa, ¿qué es lo que debe expiar con la pena, los "caracteres raciales consolidados y transmitidos a través de los siglos?" (p. 14). Y sigue: "Si alguno ha tenido el infortunio de ser engendrado por alguien que no ha sido esterilizado a tiempo, ¿qué es lo que puede expiarse y compensarse por medio de la pena?" (p. 15). En cambio, en la *castración del delincuente sexual* peligroso sí puede verse, dice, una especie de justicia talional de "ojo por ojo y diente por diente"; pero también puede considerarse como una medida de seguridad de prevención de la peligrosidad, porque con ella se reduce "el impulso psíquico criminal" (p. 16).

Pero para Grispigni, el fundamento último de estas sanciones, tanto si se las considera como verdaderas penas, como si las considera medidas de seguridad, no puede ser la retribución de una culpabilidad moral o jurídica inexistente, pues, dice, "¿cómo se puede querer expiar un hecho que depende... del funcionamiento de las hormonas?" (p. 17). La razón de las mismas no puede ser, a su juicio, otra que la defensa social frente a la peligrosidad de estos sujetos derivada de defectos biológicos que tienen que ser eliminados, bien

para evitar su transmisión hereditaria, bien para evitar que puedan cometer más delitos en el futuro. Y apoya este fundamento biológico en citas de importantes penalistas del aparato oficial nazi como Freisler y Hans Frank. De este último alaba su concepción de la criminalidad como "consecuencia de la degeneración racial" (p. 23), citando también como ejemplo de esta nueva orientación biologicista, el cambio del título de la Revista "Monatschrift für Kriminalpsychologie", que ahora dirigida por el "nazista" (*sic*) Exner ha pasado a denominarse "Monatschrift für KRIMINALBIOLOGIE" (p. 17, nota 4).

Y tras mostrar su coincidencia con esta concepción polícticriminal, termina este artículo invitando a los colegas alemanes para que le iluminen con su opinión, y con una larga nota 7 en la que informa de su intercambio de ideas con Mezger, al que formula algunas críticas por pretender conciliar todavía la retribución con la defensa. Y también menciona la opinión de otros penalistas, como Klug o Klee, que sostienen que sobre las bases que acaba de exponer la distinción entre penas y medidas de seguridad carece de sentido. Ninguna objeción, ni expresa ni tácita, formula en ningún momento contra el hecho mismo de la esterilización o la castración de los delincuentes o asociales como sanción criminal.

3. En el capítulo II, "Retribuzione e difesa nel nuovo diritto penale germanico", publicado antes en la Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 1940, fasc.4-5, Mezger procura responder expresamente a la demanda que en el anterior artículo Grispigni dirige a la ciencia penal germánica, es decir, a la cuestión de "cómo son conciliables en el nuevo derecho penal alemán *expiación y retribución* con los opuestos puntos de vista que en eso encuentran expresión, de la raza, de la *tendencia* hereditaria, de la *esterilización*, etc." (p. 32, versalitas en el original). Para ello trae a colación una serie de pedantes y confusas consideraciones (de "nebulosas" las califica Grispigni, por oposición a la claridad que encuentra en las tesis de su admirado Hans Frank), sobre el determinismo y la libertad en Kant (pp. 32-34). Con citas de Nicolai Hartmann expone Mezger dos formas de explicar la conducta humana, una causal y otra final (pp. 34-36), para concluir que se puede también hablar de culpabilidad si no por el hecho, sí "al menos por la conducción de vida" (p. 36). Y a continuación recuerda los postulados del Derecho penal nacionalsocialista que expuso ya en su Kriminalpolitik de 1934, p. 203:

"La restauración de la responsabilidad del sujeto singular frente a la comunidad popular, y la separación de ésta de las partes dañinas al pueblo y a la raza".

De aquí deduce las siguientes misiones del Derecho penal:

La pura defensa que se lleva a cabo a través de medidas de seguridad que caen sobre la determinante puramente causal del ser humano;

La pena que recae sobre el factor personal, que en tanto se trate de un sujeto libre será una pena por la culpabilidad. Pero Mezger concibe también la culpabilidad, y en eso coincide, como el mismo se encarga de recalcar, con Grispigni, como una culpabilidad social, porque el reproche ético proviene de un mandato social externo (pp. 38-39).

Y aquí termina la respuesta. Hábilmente, evita responder a las preguntas directas que le formulaba Grispigni en el trabajo anterior, y de cuestiones tan incómodas y desagradables como la esterilización y la castración de los delincuentes ni una palabra. De eso ya se encargarían los prácticos, los verdugos; él, como teórico, sólo se ocupaba de los grandes temas, de la libertad de la voluntad y del determinismo, de Kant y de Hartmann.

4. Pero volvamos a Grispigni. En el capítulo III recoge su trabajo, "I principii fondamentali del nuovo diritto penale germanico", publicado previamente en la Scuola Positiva, 1941, y en la Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1941. En él, después de hacer un resumen de sus tesis sobre el Código penal nacionalsocialista, recogidas en sus artículos anteriores recogidos en el primer capítulo, y agradecer a Mezger su respuesta a las mismas, vuelve a exponerlas, pero esta vez con mayor contundencia y agresividad, sin duda un tanto decepcionado por la respuesta evasiva de Mezger a su anterior trabajo. En el fondo, dice, su tesis coincide más con la del *Rechtsführer* Hans Frank y con el programa político-criminal nacionalsocialista que la del propio Mezger (p. 47). Buen comienzo para alguien que "*nunca hizo suyas las veleidades (sic) de los Derechos penales totalitarios*". Para Grispigni, igual que para Frank, la culpabilidad no es ni puede ser una culpabilidad moral, sino una responsabilidad social, en la que la libertad de voluntad no desempeña ningún papel y, por tanto, es irrelevante para legitimar la actividad punitiva del Estado. Prácticamente, le viene a reprochar a Mezger que no sea todo lo coherente que hay que ser con el "limpido e coraggioso (*sic*) pensamiento del Frank", el famoso Caudillo de la Justicia del Reich, posteriormente condenado y ejecutado en Nuremberg como "criminal de guerra" (véase lo dicho en nota 1). Luego, haciendo acopio de citas del propio Mezger recogidas de su Grundriss, Grispigni considera que también Mezger concibe la pena, y en esto en nada se diferencia de la medida de seguridad, como una sanción puramente defensiva dirigida al "mantenimiento de la comunidad popular". La responsa-

bilidad moral de la que habla Mezger no es, pues, en opinión de Grispigni otra cosa que una moral externa, "la constatación objetiva de la contrariedad de la conducta del agente, dejando sin pre-juzgar el problema de la libertad de voluntad, así que también es objetivamente contraria a la moral la acción del delincuente nato y del amoral como consecuencia de encefalitis epidémica" (pp. 51-52).

No obstante, después de señalar esta coincidencia fundamental entre su opinión y la de Mezger, Grispigni le reprocha a éste que su pensamiento sea "un poco complicado, nebuloso ed anche in parte insostenibile", a diferencia del de su admirado Hans Frank que "se presenta como organico, semplice e lineare" (p. 52). Y después de esta andanada a la precaria línea de flotación conceptual de Mezger, Grispigni apoyándose una vez más en el infalible Pope del Derecho penal nacionalsocialista, Hans Frank, relativiza la distinción conceptual entre pena y medida de seguridad que Mezger todavía mantiene para, por un lado, restaurar la responsabilidad del individuo ante la sociedad (pena) y por otro, eliminar de ésta a los elementos dañinos al pueblo y a la raza (medida). Grispigni no está de acuerdo con la distinción, no porque le parezca que estas funciones no tienen que ser buscadas, sino porque incluso le parece que la medida de seguridad con su indeterminación representa para el condenado "un sufrimiento aún mayor" que la hace aún más intimidatoria que la pena misma (p. 55).

También critica Grispigni, de forma cada más agresiva contra Mezger, la distinción que éste hace entre el componente causal y el componente personal del ser humano, ya que en el fondo dice también este último viene determinado por lo anterior. Y finalmente rechaza que la pena tenga una doble función, retribucionista y defensorista, porque no admite división.

"La solución —dice Grispigni— no puede ser otra que la indicada por Frank, es decir: sin negar la libertad, prescindir de ella". Y tras esta invocación a su valedor ideológico, termina con una invocación al mismo que muestra algo más que una simple simpatía por el Derecho penal nacionalsocialista, véase si no lo que dice para terminar este capítulo:

"El programa delineado por Frank se presenta límpido, preciso, rectilíneo, orgánico y completo. El Reichrechtsführer, en efecto, dejando a un lado toda nebulosidad metafísica, ha afrontado y resuelto el problema penal con una intuición finísima de realismo y con una adhesión perfecta al espíritu del nazismo, que es una doctrina esencialmente biológica. Todo hace suponer que el nuevo Código Penal germánico ha sido elaborado

en aplicación de tales principios, porque no se puede olvidar que Frank ha expuesto la voluntad del NSDAP, el cual, según la doctrina nazi, señala las directrices que deben ser actuadas por el Estado, y especialmente hay que tener en cuenta que Frank ha expresado la voluntad del Führer, que es el supremo intérprete de la Comunidad popular" (p. 66).

Y tras esta declaración de amor, de admiración, o de fidelidad al Reichsrechtsführer Frank y al Führer por excelencia, es decir, a Adolph Hitler, qué otra cosa le queda por decir. Ha superado a Mezger en su propio terreno. Ni en sus momentos de máxima adhesión al nacionalsocialismo, que, como he demostrado en mi libro sobre él, fueron muchos y muy graves, había llegado Mezger a hacer una declaración de adhesión, de amor, de admiración a la doctrina penal del nacionalsocialismo como la que hace Grispigni en este artículo. Y como muestra, todavía un par de ejemplos más. El párrafo anteriormente transcrito termina con una nota a pie de página (9), en la que señala que "aquellos, por tanto, que hayan esperado encontrar en la legislación y en la doctrina nazi el renacimiento de la escuela clásica, pueden tener una nueva desilusión. La concepción nazi es quizás el golpe más fuerte contra las viejas ideas. La doctrina racista, la castración, etc., son *la afirmación más revolucionaria* (en versalitas en el original) en la historia del Derecho penal. Y efectivamente con ella la intervención quirúrgica es asumida como un medio de prevención de la criminalidad!...". Qué obsesión. Y encima en la misma nota recuerda que, sin embargo, el Decreto de la Suprema Sacra Congregatio Sancti Officii condena la esterilización, temporal o perpetua, del hombre y de la mujer, o hecha con fin eugenésico, y que es deber de todo católico no someterse a estas prácticas. Parece que con ello quiere desautorizar la doctrina de la Iglesia Católica al respecto. Y efectivamente acto seguido y ya en el texto principal termina en el capítulo con la siguiente advertencia (p. 67):

"Toda reconstrucción por tanto que diverja del programa por él (Frank o Hitler) delineado no parece que pueda tener fortuna".

Pero no queda ahí la cosa. Todavía hay más. ¿Más todavía? Pues sí. Algunos de esos que cuando le interesa parece que leen con lupa para cazar alguna pequeña errata como el perro ratero cazando ratones en medio del campo, podrá todavía decir que Grispigni sólo dice eso para mostrar la incoherencia, por lo menos parcial, de Mezger con el programa político criminal nazi. Pero que él mismo no lo suscribe o por lo menos no lo propone para su Italia fascista. ¿Cómo que no? Siga leyendo el sufrido lector la nota 10 de la p. 67 que seguidamente se transcribe:

“(10) En otro trabajo demostraremos que las doctrinas penales del fascismo italiano son del todo análogas (se refiere a las ideas nazis, FMC). Cfr. de próxima publicación: *La funzione della pena secondo Benito Mussolini*”.

Caramba, ahora nos enteramos de que Grispigni tenía también un trabajo en prensa o en preparación sobre las ideas penales del Duce, del otro gran dictador (había otro, naturalmente, pero ése era español y murió tranquilamente en su cama treinta años después). ¿Sería para criticarlo? Qué valiente. El año 1942 en Italia los fascistas no repartían precisamente rosas por las calles, ni estaban muy por la labor de admitir críticas al Duce y mucho menos a su política criminal, en todos los sentidos de la palabra. Ahora bien, si era para decir que su pensamiento era “limpido, preciso, retilíneo, organico e completo”, para eso no había inconveniente y hasta podía ser rentable. ¿Qué diría Grispigni en esa monografía que el mismo anuncia y de la que no hemos podido encontrar el menor rastro? ¿La llegaría a publicar? ¿Dónde se encuentra? ¿Haría alguna dura crítica al Derecho penal fascista? A lo mejor los que conocen tan bien su obra podrían decirnoslo. Desde aquí les invito a que lo hagan; pero, por favor, que digan también, si conocían esta obra, por qué no la han mencionado. ¿Se les habrá olvidado? Ellos que presumen de cazar la menor errata, ¿cómo es que no han cogido este gazapo monumental del que nunca “hizo suyas las veleidades de los derechos penales totalitarios”? ¿O es que no han llegado a la p. 66, nota 10 de libro? Pues que lean ahora lo que continúa diciendo Grispigni en dicha nota:

“Aquellos que consideran que la pena pueda tener en la concepción nazi, una función diversa de la defendida, son invitados a reflexionar sobre los que escribía recientemente el prof. Hedemann, *Vom Bürger zum Volksgenossen, en Jahrbuch für deutsches Recht, 1939-1940*, p. 31: “Se ha convertido en palabra corriente la máxima anunciada por el Dr. Hans FRANK, presidente de la Academia de derecho alemán: “Alles was dem Volk nützt, ist Recht; alles was ihm schadet, ist Unrecht” (“Todo lo que es útil para el pueblo, es Derecho; todo lo que le perjudica, ilícito”).

Y a ello añade Grispigni:

“Sustitúyase al pueblo por el Estado (que no es otra cosa que el pueblo organizado jurídicamente) y se tendrá la máxima de Benito MUSSOLINI ‘Niente contro lo Stato: niente fuori dello Stato; tutto per lo Stato’”.

5. Y ahora veamos el capítulo IV en el que Grispigni analiza “Il significato delle nuove disposizioni nel diritto penale della gioventù in Germania”. Tras recordar que la nueva regulación se apoya en algunos textos anteriores de la República de Wei-

mar y de la etapa imperial, lo que a su juicio es una prueba de que “puede haber coincidencias técnicas jurídicas, aunque no las haya políticas sociales” en regímenes tan diferentes, menciona otros textos jurídicos nazis que, a su juicio, desatierran definitivamente del Derecho penal el concepto de culpabilidad y el de libertad de voluntad. Así, por ejemplo, el que la habitualidad en el delito pueda fundamentar según el Derecho penal una agravación de la pena y, al mismo tiempo, la aplicación de una medida de seguridad, demuestra que el fundamento de ambas es el mismo, la peligrosidad del delincuente, y su finalidad idéntica: defensa social. Lo mismo sucede con la atenuación facultativa de la pena en caso de “semiimpuntabilidad” por enfermedad mental, porque aún dándose esta situación si el condenado es peligroso, el Juez puede dejar de aplicar la atenuación e incluso aplicar la pena de muerte (¡) a un enfermo mental con capacidad “grandemente disminuida”.

Analiza después Grispigni la Ordenanza alemana de 4 octubre de 1939 para la defensa contra los jóvenes graves delincuentes. En esta Ordenanza se disponía que el joven menor de 18 años podía ser condenado con la pena prevista para un delincuente adulto cuando “muestra un carácter (Gesinnung) criminal especialmente reprobable, o cuando la defensa del pueblo así lo requiera”. A juicio de Grispigni, esta Ordenanza refleja claramente un tipo psicológico de autor y la pena es, por tanto, una “pena de autor” o del “carácter”. Lo importante es, pues, el carácter, el modo de ser. Se trata de jóvenes “primitivos inmodificables” o “pervertidos en su origen”, aunque ellos no tengan ninguna culpa por su perversión. Y aprovecha para criticar una vez más la teoría de Mezger, también sostenida por Welzel, que por entonces aún no habían comenzado su famosa polémica sobre el concepto de acción, de la “culpabilidad por la conducción de vida”. Respecto a ella dice Grispigni, “¿qué forma de conducción de vida o conducta precedente se le puede imputar a un menor de 16-18 años?” Una vez más, para Grispigni, la única razón que justifica este tratamiento penal tan duro del menor delincuente es la defensa social, las exigencias de prevención general, y la mejor prueba de que ello es así, es que, como él mismo comenta, en aplicación de esta norma “¡han sido condenados ya a muerte diversos menores de 18 años!” (p. 83).

6. Así las cosas, poco puede decir ya Mezger en la breve respuesta final, con la que termina el libro: “Una replica come conclusione”. Sin duda le molesta la agresividad y la arrogancia que muestra el penalista italiano, pero, al mismo tiempo, no quiere pasar por un penalista que no está a la altura de lo que de él se espera como máximo re-

presentante, por lo menos a nivel académico teórico, del Derecho penal nacionalista que sirve de título a esta obra. Por eso, se limita a decir que ya en las segundas ediciones de su Grundriss y su Kriminalpolitik, ha corregido algunos de sus puntos de vista anteriores, haciéndolos coincidir con los de Frank y con los del mismo Grispigni. Lo ético y lo jurídico son para el nacionalsocialismo una misma cosa. En todo caso, la ética en el sentido de Hartmann sólo es necesaria para una determinada especie de Derecho penal, el que se basa en la expiación; pero en el ámbito de las medidas contra el delincuente peligroso ya no es necesaria. Pero en ambos casos la finalidad es la defensa de la comunidad popular (pp. 105-106).

Y punto final. Parece que Mezger no quiere seguir hablando o discutiendo más del tema; que incluso le molesta que Grispigni ponga en duda su identificación con la doctrina oficial del nacionalsocialismo. También él está de acuerdo en todo con esta doctrina, solamente deja un resquicio a la

idea de "expiación" para el delincuente no peligroso, pero para el peligroso sigue manteniendo la necesidad de la medida de seguridad fundamentada causalmente. En todo momento, procura evitar, mejor dicho ni siquiera las menciona, referencias a la esterilización o a la castración de los delincuentes, con las que empezó Grispigni su polémica, y que el mismo Mezger había preconizado en algunos de sus trabajos anteriores y que después tuvo ocasión de introducir en la Ley de Tratamiento de Extranjeros a la Comunidad, de la que junto con su colega muniqués Franz Exner, fue uno de sus inspiradores principales (para más detalles véase la 3.^a edición de "Edmund Mezger" cit., pp. 215 y ss., y 270 y ss.). De eso, pensaría, no se habla públicamente; simplemente se practica. O, como diría Wittgenstein, "de lo que no se puede hablar, más vale callarse". Vaya par de demócratas.

Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde,
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla