

48

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

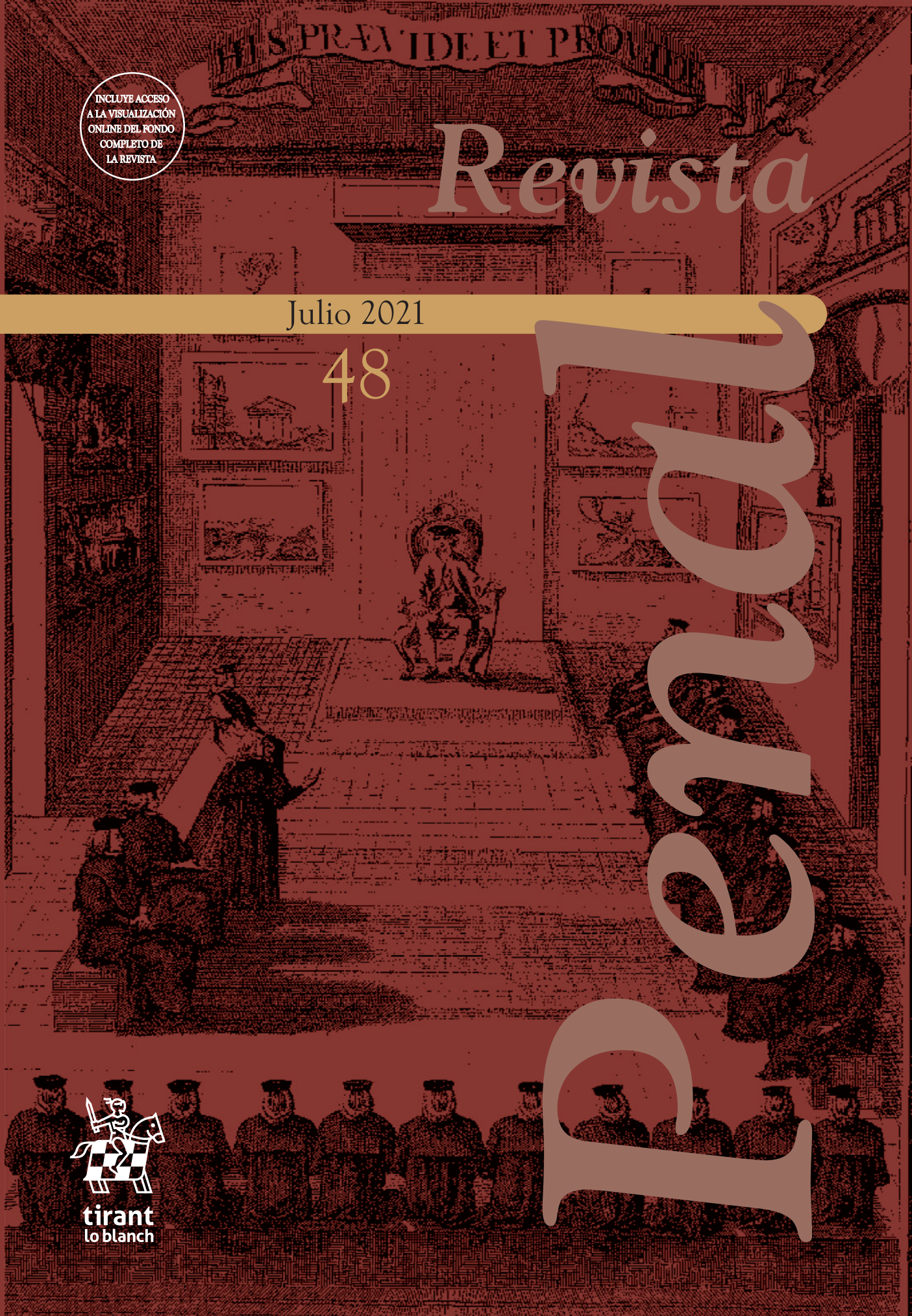
Penal

Julio 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 48

Sumario

Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez y Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde y Tania Ixchel Atilano* 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer y Dors Lorenz* 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* 205

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

Fe de erratas 287

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Abogados y profesores en los juicios de Núremberg

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal

Código ORCID: 000-0003-4442-0739

Title: Defense attorneys and professors at the Nuremberg trials

Resumen: El artículo analiza el papel que los abogados defensores Alfred Seidl y Rudolf Aschenauer y los catedráticos de Derecho penal Edmund Mezger, Reinhart Maurach y Franz Exner desarrollaron durante los juicios de Núremberg.

Palabras clave: Juicios de Núremberg, Alfred Seidl, Rudolf Aschenauer, Edmund Mezger, Reinhart Maurach, Franz Exner

Abstract: This paper deals with the role played by defence attorneys Alfred Seidl and Rudolf Aschenauer and Criminal law professors Edmund Mezger, Reinhart Maurach and Franz Exner during the Nuremberg trials.

Key words: Nuremberg trials, Alfred Seidl, Rudolf Aschenauer, Edmund Mezger, Reinhart Maurach, Franz Exner

Rec: 01/02/2021 **Fav:** 01/03/2021

*A mi querido amigo y compañero,
Luis Arroyo Zapatero*

I. De los Juicios llevados a cabo en la ciudad alemana de Núremberg contra los principales dirigentes del régimen nacionalsocialista, jefes militares, médicos, jueces, altos dirigentes ministeriales, empresarios, miembros de las SS y de los *Einsatzgruppen*, etc. se ha escrito y se ha dicho tanto, desde todos los puntos de vista, laudatorios y críticos, a lo largo de los últimos 70/75 años, que ya poco más se puede añadir.

En la ingente bibliografía aparecida recientemente en Alemania sobre este tema destaca el libro, originalmente tesis doctoral, de Hubert Seliger sobre los abogados defensores en los Juicios de Núremberg¹. En este li-

bro a través de más de 600 páginas, Seliger hace un estudio de los abogados defensores en dichos juicios, describiendo sus orígenes familiares y sociales, sus estudios, las actividades profesionales que ejercían antes de los Juicios o cargos que ocuparon durante el régimen nacionalsocialista, sus orientaciones ideológicas, las relaciones que tuvieron con los acusados; sus destinos militares o civiles durante la guerra, etc. También menciona Seliger algunos profesores de Derecho que bien directamente como abogados defensores o como asesores y autores de dictámenes para los abogados defensores intervinieron en estos Juicios.

¹ Herbert SELIGER, *Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse* (¿Abogados políticos? Los defensores en los Procesos de Núremberg), Baden Baden (Nomos), 2016, 621 páginas.

En un capítulo dedicado a los “¿abogados políticos?”, (sic, con signo de interrogación en el título del libro), Seliger se refiere específicamente a dos abogados jóvenes prácticamente desconocidos hasta entonces que, asesorados por dos prestigiosos profesores de Derecho penal, adquirieron especial resonancia con sus intervenciones. Este grupo que podría denominarse como “grupo de Múnich”, estaba integrado por los abogados Alfred Seidl y Rudolf Aschenauer², y por sus asesores los catedráticos de Derecho penal de la Universidad de Múnich, Edmundo Mezger y Reinhart Maurach. También hay que mencionar como miembro de este grupo al otro catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich, que ejerció de forma independiente la defensa del General Jodl (véase *infra* II).

Alfred Seidl (1911-1993), había estudiado Derecho y Economía como becario, o beneficiario de una *Hörgeldbefreiung* (algo así como una exención del pago de las tasas universitarias), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich. Después de aprobar el Examen de Estado con la calificación de “*befriedigend*” (satisfactorio), trabajó como asistente de los catedráticos Exner y Mezger, realizando bajo la dirección de este último la tesis doctoral sobre *Der Beginn des Versuchs* (El comienzo de la tentativa), calificada con “*Gut*” (bueno o notable). En ella defendía las ideas más características del Derecho penal nacionalsocialista, como el Derecho penal de autor, o el fundamento subjetivo de la punibilidad de la tentativa basado en la voluntad³. Seidl también había colaborado con Mezger en el artículo en el que éste proponía la esterilización de los asociales, reelaborando nada menos que 5.856 decisiones de los Tribunales bávaros de Salud hereditaria, que habían puesto a su disposición las autoridades correspondientes⁴. En 1937 Seidl ingresó en el Partido nazi y en 1940 en la Wehrmacht. Cuando en 1945 regresó a la vida civil, comenzó a trabajar como abogado en Múnich y fue reclutado como abogado defensor del lugarteniente de Hitler, Rudolf Hess, que había rechazado a su anterior abogado. Seidl se reveló pronto como un abogado es-

pecialmente combativo y brillante⁵. La defensa de Hess la basó principalmente en que éste era solo lugarteniente de Hitler en su relación con el Partido nazi, y en que, por tanto, no tenía competencias en materia militar, por lo que no podía considerarse que fuera responsable de la guerra de agresión contra la Unión soviética, con la que no estaba de acuerdo. Un dato a favor de esta tesis era aquel extraño vuelo que hizo Hess en mayo de 1941 a Inglaterra para negociar la paz por separado, poco antes de que comenzara la operación Barbarossa. A pesar de ello, Hess fue condenado a prisión perpetua, que purgó hasta el final de sus días en la prisión de Spandau suicidándose en 1987, ahorcándose en su celda.

Tampoco tuvo suerte Seidl con su otro defendido en el Proceso principal, Hans Frank, Presidente de la Academia del Derecho alemán, defensor y amigo personal de Hitler y finalmente Gobernador general de la Polonia ocupada, cargo en el que estuvo hasta el final de la guerra. Frank estaba acusado de ser el principal responsable de la muerte de millones de judíos asesinados en los Guetos de Varsovia y Cracovia, y en los Campos de Exterminio de Auschwitz o Treblinka, que estaban dentro de su jurisdicción territorial. Parecía, por tanto, poco creíble el argumento expuesto por Seidl de que la competencia en el interior de esos centros de exterminio correspondía a las SS y no a su defendido, y que era Himmler, jefe de las SS, el verdadero responsable de lo que sucedía en los mismos. De todos modos, Seidl lo tenía muy difícil, desde el momento en que Frank reconoció su responsabilidad como integrante del sistema nazi e incluso la de todo el pueblo alemán (“desacreditado por el régimen nacionalsocialista para los siguientes mil años”, dijo literalmente, algo que disgustó a los demás acusados). Pero aunque siempre negó su responsabilidad individual, dio muestras de arrepentimiento, se convirtió al catolicismo e incluso el Papa Pio XII pidió que lo indultaran, fue sentenciado a muerte y ejecutado, junto con los otros condenados a muerte en el Proceso principal, el 16 de octubre de 1946⁶.

2 SELIGER, *ob. cit.* capítulo 3,5, los llama “Apologetas del estado de necesidad” (“*Apologeten des Staatsnotstandes: Alfred Seidl und Rudolf Aschenauer*”).

3 Los datos biográficos sobre Seidl se pueden ver además de en la obra de Seliger, en la completa biografía que hay de él en la Wikipedia alemana, [de.wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Alfred_Seidl).

4 Véase la cita a Seidl en MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal nacionalsocialista*, 4ª ed., Valencia 2003, p. 289.

5 Parece que fue el modelo de referencia del abogado Hans Rolfe que en la película de Kramer, *Das Urteil von Nürnberg* (¿*Vencedores o Vencidos?* en español), interpreta el actor alemán Maximilian Scheel, por lo que recibió el Premio Oscar al mejor actor el año 1961; así lo apunta Sascha ZIEMANN en su recensión al libro de Seliger, citando el comentario a esa película de MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓN, *Das Urteil von Nürnberg*, Berlin 2007 (véase Sascha ZIEMANN, en *Strafverteidiger*, volumen 37, Issue 8, 2017, p. 560 notas 1 y 2).

6 Sobre Hans Frank, además de sus datos bibliográficos en la Wikipedia alemana, [de.wikipedia.org](https://de.wikipedia.org/wiki/Hans_Frank)., existe abundante bibliografía; una amplia exposición de la misma, con abundante información de los argumentos esgrimidos para su defensa por Seidl se encuentra en la obra de SANDS, *La calle Este-Oeste*, 2017, que le dedica a Frank todo el capítulo VI, p. 287-355, con referencias también a la defensa que de él hizo Seidl (p. 412-414, 453-454).

A pesar de esto fracasos, Seidl se convirtió pronto en el “abogado estrella” de todos los demás Juicios. A la vista de la mala experiencia tenida con sus anteriores clientes, Seidl cambió de táctica y planteó un argumento defensivo hasta entonces poco conocido en la Dogmática penal alemana de aquel tiempo: el “estado de necesidad del Estado” (*Staatsnotstand*).

Para ello tuvo que recurrir a algunas decisiones de los tribunales de justicia alemanes que en los años 20, en plena República de Weimar, se tuvieron que enfrentar con los llamados “*Fememorde*”⁷, asesinatos políticos llevados a cabo por algunos elementos paramilitares de extrema derecha, alegando que sus víctimas, entre las que se encontraba también el entonces Ministro de Economía Walter Rathenau, eran unos traidores que constituían una amenaza para la seguridad del Estado alemán. El argumento que esgrimían era: “Un asesinato no es un asesinato cuando se realiza por un motivo nacional o patriota”. El argumento no fue aceptado como causa de justificación en la jurisprudencia, pero algunos tribunales trataron con benevolencia a los acusados de estos hechos, imponiéndoles penas no muy graves, como sucedió, por ejemplo, con los participantes en el golpe de estado que intentó dar Hitler en el Feldenhalle de Múnich en 1923⁸.

Seliger considera que Seidl utilizó este argumento probablemente inspirado por su maestro Edmund Mezger, pero la cita en la que éste hace referencia al estado de necesidad del Estado en la 2ª edición alemana de su Tratado de Derecho penal (1933), más bien parece que se muestra contrario al mismo y ni siquiera se refiere a los “*Fememorde*”⁹. Desde luego, no parece que un argumento utilizado para casos concretos pueda ser invocado para justificar actuaciones como las de los *Einsatzgruppen*, verdaderos Escuadrones de la Muerte, que en nombre del Estado y siguiendo las órdenes de sus Jefes y dirigentes políticos, fría y sistemáticamente,

se dedicaban a la “limpieza étnica” asesinando a miles y miles de ciudadanos, principalmente judíos, en los países del Este de Europa.

No obstante su escaso apoyo dogmático y jurisprudencial, Aschenauer utilizó este argumento en el Proceso 9 contra los *Einsatzgruppen*, siguiendo al pie de la letra la versión que del mismo realizó Reinhart Maurach en un dictamen.

Rudolf Aschenauer (1913-1983), era un joven abogado que, igual que su colega Seidl, había estudiado Derecho como becario (“*Hörgeldbefreiung*”) en la Universidad de Múnich en los años 30, durante los cuales se integró en grupos católicos mariológicos ultraconservadores. Después de aprobar el examen de Estado en 1938 con la calificación de “*ausreichend*” (suficiente o aprobado), ingresó en el Partido nazi y durante la guerra estuvo en una unidad de artillería¹⁰. Tras su desnazificación se encargó de la defensa del principal acusado en el Proceso 9 contra los *Einsatzgruppen*, el General de las SS Otto Ohlendorf, Jefe de la Sección D que fue la encargada de llevar a cabo las operaciones de la llamada “limpieza étnica” en el Sur de Ucrania y Crimea, la patria natal de Maurach. Desde su primera intervención ante el Tribunal encargado de juzgar este caso, Aschenauer se reveló un abogado bien preparado y combativo, igual que en otros procesos su colega Seidl. Sin embargo, los que escucharon sus intervenciones en este juicio se dieron inmediatamente cuenta de que detrás de ese abogado joven desconocido estaba un penalista de categoría que no era otro que el catedrático de Derecho penal Reinhart Maurach, a quien Aschenauer o su cliente Ohlendorf habían solicitado el dictamen. Efectivamente, Aschenauer siguió al pie de la letra en todas sus actuaciones dicho dictamen que claramente revelaba quién era el verdadero defensor del General Otto Ohlendorf¹¹.

7 Véase Ulrike Claudia HOFMANN, “*Verräter verfallen der Femme*”, *Fememorde in Bayern in den zwanziger Jahren*, Böhlau, Köln 2000.

8 En la Dogmática jurídica penal sólo marginalmente el “estado de necesidad” es referido en letra pequeña, en relación con el derecho de resistencia reconocido en el apartado 4 del art.20 de la Ley Fundamental de Bonn que dice: “Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia” (el del Estado federal, democrático y social”, como se define en el apartado 1 del mismo artículo). La doctrina actual discute si se trata de un derecho a la resistencia meramente pasivo o también activo, y en este último caso cuáles serían sus límites; parece, desde luego, que a título individual no debería incluir provocar la muerte selectiva de alguien o de un grupo de personas que se considere una amenaza para el modelo de Estado previsto en el párrafo 1 de ese artículo; el Estado social y democrático de Derecho.; para más detalles véase Claus ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 4ª ed., 2006, p. 778/786.

9 En la versión española de la misma edición ese Tratado realizada por José Rodríguez Muñoz, la opinión de Mezger parece más bien contraria a darle relevancia justificante a esta clase de estado de necesidad, cuando dice claramente que “el fin no justifica los medios” y rechaza que una valoración subjetiva sea determinante para justificar los hechos (véase E.MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1955 (la primera edición española es de 1935), tomo I, p. 467).

10 Los datos biográficos de Aschenauer, antes y después de los Juicios de Núremberg pueden verse en la voz correspondiente de la Wikipedia alemana, de.m.wikipedia.org.

11 Todos los que se han ocupado del proceso contra los *Einsatzgruppen* coinciden en que Maurach era el verdadero defensor de Ohlendorf (véase, por ejemplo, Viktor NEHRICH, *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung*, 2015, p. 403 ss.)

Maurach comprendió, desde el primer momento, que era difícil que un Tribunal se tragase el argumento, rechazable incluso desde el punto de vista del Derecho internacional de guerra, de que era lícito matar a miles de seres inocentes con el pretexto de salvar un Estado. Los asesinatos que los propios acusados reconocían haber cometido y de los que había pruebas suficientes, eran realmente brutales. Los *Einsatzgruppen* obligaban a los que iban a ser fusilados a que cavaran antes sus propias fosas; habían incendiado casas y sinagogas con familias enteras dentro; asesinaron a centenares de personas gaseándolas en la parte trasera de camiones preparados para eso; y disparaban intencionadamente contra las mujeres mientras mantenían a sus hijos en brazos¹².

Desde luego era difícil que se pudieran justificar este tipo de hechos. En la tradicional distinción que desde Hugo Grotius se hace en el Derecho internacional de guerra entre el *ius ad bellum* (derecho a la guerra justa) y el *ius in bello* (respeto a los derechos de la población civil y a los soldados vencidos), el *ius in bello* se considera siempre de obligado cumplimiento, sea cual sea la naturaleza de la guerra; ese es precisamente el fundamento del Derecho humanitario¹³. Sin embargo, Maurach matiza esta distinción. Por un lado, intenta relativizar, no negar, la gravedad de estos hechos. La culpa de todo la tenía la guerra. Los hechos de los que Ohlendorf y los demás Jefes de los *Einsatzgruppen* eran acusados no eran más, en su opinión, que la consecuencia no deseada, pero inevitable de una guerra (*das Wesen des Krieges*). Después de todo, también en los bombardeos aéreos de los Aliados en Dresde y otras ciudades alemanas o en los de los americanos en Tokyo y con la bomba atómica en Hiroshima y Nagasaki habían muerto miles de civiles no participantes en la guerra, incluyendo mujeres y niños.

Pero Maurach añadía también otro argumento vinculado a lo que en aquel momento estaba sucediendo en las relaciones cada vez más conflictivas entre los Estados Unidos y la Unión soviética. Aprovechando

que en los Procesos siguientes al Proceso principal los Tribunales solo estaban integrados por Jueces americanos, procuró hacer hincapié en el grave peligro que representaba no sólo para Alemania, sino para todo el mundo occidental, el régimen bolchevique de la Unión soviética. Como reconocido especialista en el Derecho del Este de Europa y en el Derecho soviético, Maurach alegaba que en la Unión soviética se podía internar a la gente sin previo juicio en campos de concentración, o simplemente se eliminaba físicamente al adversario político. También negaba que se pudiera considerar como robo el apoderamiento de los bienes de los campesinos, porque conforme al Derecho de la Unión soviética, los bienes eran propiedad del Estado, no de los particulares, desde el momento en que aquel territorio estaba prohibido el derecho a la propiedad privada. La invasión de la Unión soviética no había sido, por tanto, según Maurach, una guerra de agresión, sino una *defensa preventiva* del Estado alemán frente a la amenaza inminente de una agresión por parte de la Unión soviética.

El argumento no era gratuito. Maurach sabía perfectamente que, en la época en la que tenían lugar los Procesos 9 y 12 en los que se presentaba su dictamen (1947/1948) ya se estaban produciendo los primeros enfrentamientos entre Estados Unidos y la Unión soviética por el tema del bloqueo de Berlín, y que la actitud de los Jueces americanos frente a los acusados no era ya tan negativa como en el Juicio principal, en cuyo Tribunal había dos Jueces rusos, y en la acusación Fiscales de la delegación rusa soviética. Ahora los Juicios siguientes se celebraban sólo ante los Tribunales norteamericanos, y ya algunos de los Jueces que los integraban habían mostrado su inquietud ante el peligro que representaba la Unión soviética para los Estados Unidos, hasta el punto de que el Presidente de un Tribunal, al comenzar el juicio, llegó a decir: “Vamos a iniciar un juicio con las tropas rusas delante de la puerta, no sé si llegaremos a terminarlo”.

A pesar de todo, Maurach no podía negar que antes de la Operación Barbarossa, la Unión soviética era

Pero no tengo datos de que antes de este Proceso Aschenauer tuviera alguna relación personal, académica o profesional con Maurach. Probablemente fue Seidl que ya conocía a Aschenauer desde sus tiempos de estudiante en Múnich, el que, por mediación de Mezger, lo recomendó a Maurach para que éste pudiera dirigir, aunque fuera indirectamente, la defensa de Ohlendorf.

¹² “A *Crime of such unprecedented brutality and of such inconceivable savery that the mind rebels against its own thought image*”, se dice literalmente en la sentencia. El Fiscal del juicio, Benajmin FERENCZ, relata lo siguiente: “Entre los acusados estaban los Generales SS de mayor rasgo. Su jefe era el general Otto Ohlendorf, padre de cinco hijos, inteligente y bien parecido. Lleno de orgullo declaró que nunca le había permitido a los hombres de su unidad que actuaran como se hacía en otras unidades de los *Einsatzgruppen*, arrojando niños al aire y disparando sobre ellos como si fueran globos, o estrellando sus cabezas contra el tronco de los árboles. Les dijo, que había que permitirles a las madres que tuvieran a sus hijos en brazos, porque si no, comenzaban a gritar y se producían escenas desagradables. Lo mejor era tenerlos en el mismo punto de mira y matar a la madre y al niño juntos, porque con ello se ahorra munición, además de que era una forma más humana de matarlos” (FERENCZ, en Herbert Reginbogin/Christoph Safferling (edit.) *The Einsatzgruppen Trial/der Einsatzgruppen-Prozess* en: *The Nuremberg International Criminal Law since 1945*, a. cit., p. 163.

¹³ Sobre esta distinción, tradicional en el Derecho de guerra, véase George P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, volume two: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2020, p. 130/131; también MUÑOZ CONDE, *Guerra, terrorismo y Derecho humanitario*, en Homenaje a Ignacio Muñagorri, 2021.

oficialmente una aliada de Alemania, con la que había firmado un año antes un Pacto, el Pacto Molotov-Ribbentrop. por el que ambos países se repartían el territorio polaco. El argumento de la *defensa preventiva*¹⁴ caía, por tanto, por su base, y no era suficiente para que los Jueces se inclinaran a favor de los acusados. Los hechos cometidos por los *Einsatzgruppen* y también por el Ejército alemán contra la población civil de los países del Este de Europa que habían invadido, y sobre todo contra la población judía, eran terribles y el castigo para sus principales responsables tenía que ser terrible también, es decir, la pena de muerte. El único modo de evitarla era recurrir a un elemento subjetivo; es decir, a algún motivo o razón subjetiva que anidada en la mente de los acusados pudiera servirles, si no para justificar, sí al menos hacer comprensible su actuación. Objetivamente, no se podía decir que no actuaron anti-jurídicamente, pero, utilizando el principio reconocido en el Derecho penal del Common Law, que es también el de los Estados Unidos, “*actus reus non facit reum nisi mens sit rea*”, es decir, el “acto no hace el delito, si no va acompañado de una mente criminal”, y el otro principio también formulado en latín, pero de origen más bien maquiavélico, “*necessitas non habet legem*”¹⁵ (en alemán: *Not kennt kein Gebot*), Maurach alegaba que su defendido Ohlendorf, e indirectamente todos los acusados en el Proceso 9 actuaban en “estado de necesidad putativo del Estado, o en defensa putativa del Estado alemán por razones ideológicas”.

Lo que Maurach venía a decir al final de su dictamen, después de reconocer la gravedad y el horror de los hechos de los que eran acusados Ohlendorf y los demás Jefes, era, pues, que éstos estaban convencidos de que lo hacían para defender a Alemania del peligro bolchevique vinculado al judaísmo, ya que la mayoría de los dirigentes bolcheviques eran también judíos. Según Maurach, los hombres de los *Einsatzgruppen*, unos

3.000 voluntarios divididos en cuatro batallones (A,B,C,D) a lo largo de todo el frente del Este de Europa, desde los Países bálticos hasta el Mar Negro, a los que Heydrich y Himmler habían encomendado la “limpieza étnica”¹⁶, eran una especie de “delincuentes por convicción o por conciencia”, que actuaban sin duda con una conciencia equivocada, un “*irrendes Gewissen*”, pero que no merecían que se les condenara a la pena de muerte. Porque, en definitiva, era de eso de lo que se trataba, ya que una vez comenzada la “guerra fría”, era muy probable que, aunque los acusados fueran condenados a prisión perpetua, al poco tiempo pudieran salir en libertad, como efectivamente sucedió en muchos casos. Una vez que comenzaron los enfrentamientos con la Unión soviética, con motivo del bloqueo de Berlín, a los Estados Unidos ya no les importaban que los dirigentes alemanes que aún quedaban por desnazificar, juzgar y condenar hubieran sido nazis, incluso nazis muy importantes y criminales de guerra; lo que les interesaba sobre todo era que fueran anticomunistas, furibundo anticomunistas, dispuestos a luchar contra el comunismo amenazante que venía de la Unión soviética y de los países del Este de Europa, que habían caído en la esfera de su influencia de la Unión soviética.

Lo que no decía Maurach, era que él, antes que anticomunista, había sido un fervoroso antisemita, y que en sus numerosas publicaciones sobre el tema siempre había defendido la tesis de la estrecha relación existente entre judaísmo y bolchevismo, que era precisamente la misma en la que ahora se apoyaba para defender a Ohlendorf. Afortunadamente para él, los Tribunales de Núremberg no tuvieron noticia de esta vertiente antisemita de Maurach. Sus publicaciones antisemitas habían quedado en Königsberg, en la zona de ocupación soviética, y tampoco fueron conocidas en el proceso de desnazificación, en el que quedó libre, sin cargo alguno (“*unbelasted*”)¹⁷.

14 Este argumento fue utilizado también por el Presidente USA George W. Bush para justificar la invasión de Irak, apoyándose en el argumento de que Sadam Hussein tenía en su poder armas de destrucción masiva que después se demostró que realmente no existían; críticamente al respecto FLETCHER, *ob. cit.*, p. 166.

15 Véase MUÑOZ CONDE, *Estado de necesidad y tortura, Necesitas non habet legem?* en Homenaje a Santiago Mir, 2017.

16 Sobre los *Einsatzgruppen* su organización y actuación en el frente del Este de Europa, véase el libro de Helmut KRAUSNICK, *Hitlers Einsatzgruppen, Die Truppen des Weltanschauungsgrieges 1938-1942*, Fischer Taaschenbuch, 1989.

17 Véase las referencias al mismo en la amplia y bien documentada biografía sobre Maurach de NEHRICH, *ob. cit.*, p. 389-307. La tesis de Maurach era, por lo demás, un ejemplo típico de antisemitismo, aunque disfrazado con la etiqueta del antibolchevismo, llevado hasta sus últimas consecuencias. Durante su etapa de Profesor de Derecho penal y Derecho del Este de Europa en las Universidades de Breslau y Königsberg, no sólo había publicado veintisiete artículos de contenido antisemita, sino también una voluminosa monografía, “*Judenpolitik in Russland*” (1938). En ellos defendía la tesis de la identificación de judaísmo con bolchevismo que luego plasmaría como argumento central de sus dictámenes. También durante su estancia en Riga, Letonia, donde se había refugiado tras haber conseguido escapar de Rusia, y concretamente de Simferopol (Crimea), donde había nacido y vivido hasta los 17 años, había estado vinculado a través de sus primos los hermanos Seraphim, con grupos antisemitas encabezados por Rosenberg, el principal ideólogo del antisemitismo dentro del Gobierno nacionalsocialista. Por tanto no era extraño que, aunque fuera de forma indirecta, su antisemitismo surgiera con toda claridad en el argumento de que, cuando los miembros de los *Einsatzgruppen* en sus campañas de “limpieza étnica” en los territorios del Este de Europa, mataban a familias judías enteras, mujeres y niños incluidos, actuaban en “legítima defensa putativa del Estado alemán por razones ideológicas”. Tal alegación se basaba principalmente en la tesis de que judaísmo y bolchevismo eran una verdadera amenaza

El dictamen de Maurach cayó mal incluso entre otros abogados defensores, y al que desde luego no le gustó nada fue al joven Fiscal norteamericano Benjamin Ferencz, que había sido el encargado de mantener la acusación en el Juicio contra los *Einsatzgruppen*, y, por tanto, había tenido que emplearse a fondo para rebatir sus argumentos. Por eso, cuando se enteró de que Maurach había sido propuesto para ocupar la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Múnich, vacante por la muerte de su anterior titular Franz Exner, Ferencz, que vive actualmente, enero del 2021, en Florida a sus 101 años, y que en las fechas del Juicio contra los *Einsatzgruppen* tenía poco más de 25 años, denunció a Maurach ante el Alto Comisionado americano en Alemania, diciendo que tenía el “espíritu de Rosenberg y la catadura moral de Himmler”, y que “era un verdadero peligro para la democracia”^{18/19}.

No obstante, el 1 de diciembre de 1948, Maurach tomó posesión de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Múnich. La propuesta contaba lógicamente con el beneplácito del otro catedrático de Derecho penal, Edmund Mezger, quien, tras haber estado suspendido de su cargo durante su proceso de desnazificación, y haber pasado algún tiempo en la cárcel por su estrecha vinculación con el régimen nazi, volvió a ser, si es que alguna vez dejó de serlo, una persona de gran influencia en la Facultad de Derecho en la que había desarrollado la mayor parte de su carrera académica.

La relación entre Maurach y Mezger debió establecerse durante la preparación de las defensas en los Juicios de Núremberg. En el Juicio principal Mezger ejerció como defensor auxiliar en la defensa de Konstantin von Neurath, anterior Ministro de Asuntos Exteriores y luego responsable del Protectorado de Bohemia. Von Neurath, un verdadero *gentleman*, perteneciente a una

familia noble de Wurtemberg, había sido Embajador en Londres, Santa Sede y Estambul. Su abogado, von Lüdingen, también de noble linaje, era uno de los abogados más distinguidos dentro del grupo de los abogados de Núremberg. Según dice Seliger, fue Alfred Seidl, el que convenció a Mezger para que se integrara en el equipo de defensores. Al principio, le ofreció la defensa de Alfredo Rosenberg, el más destacado teórico del antisemitismo y antibolchevismo, que fue Ministro de Asuntos del Este europeos en el Gobierno de Hitler, pero Mezger rechazó su defensa en un informe de 10 de noviembre 1945, dirigido a la Comisión encargada de seleccionar a los defensores, manifestando que “no quería verse implicado con nombres con los que no puedo implicarme”. Acto seguido decía en el mismo informe que no le importaría encargarse de la defensa de otros menos vinculados al régimen nazi, como el banquero Schacht o el empresario Krupp²⁰. Sin embargo, poco tiempo después de haber comenzado el Juicio principal y de su incorporación a la defensa de von Neurath, por razones que nunca han sido aclaradas, Mezger fue detenido a principios de febrero 1946 y pasó varias semanas en prisión, hasta finales de marzo.

Ello pudo deberse a que alguien que conocía bien su estrecha colaboración con el régimen nazi, lo denunció a los Fiscales que inmediatamente decretaron su entrada en prisión. Tampoco se sabe por qué fue puesto en libertad algunas semanas después. Seliger, citando mi monografía sobre Mezger, tanto en la versión alemana (*Das Urteil von Nürnberg*), como en la versión española (*Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*)²¹, alude a la posibilidad, que yo sugiero, de que, dada la importancia de Mezger dentro del grupo de juristas que más había colaborado con el régimen nacionalsocialista, hubiera sido utilizado como fuente de información en los interrogatorios y luego puesto en libertad. Desde

para la existencia del Estado alemán, por lo que había que erradicarlos preventivamente, antes de que se convirtiera en una realidad. Sobre este y otros dictámenes que escribió en favor de otros acusados en los el Proceso de la IG-Farbe (Proceso 6), el de los Generales del Frente Sudeste (Proceso 7), el del Alto Comisionado militar (Proceso 12), además del más conocido de todos, el de los *Einsatzgruppen* (Proceso 9) hay abundante información en todas las referencias bibliográficas y documentales, además de en las Actas de dichos procesos; véase también las referencias en NEHRICH, *ob. cit.*, p. 403-412 (recensión de MUÑOZ CONDE, *Reinhardt Maurach, El penalista que vino del frío*, en Revista Penal, 2017); también MUÑOZ CONDE, *Reinhardt Maurach, Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX*, en Revista Penal 2021). Recientemente, también se ha publicado en su versión original en italiano y en una traducción al inglés, una extensa monografía de Carlo MATOGNO, *The Einsatzgruppen in the occupied Eastern territories, Genesis, missions and actions*, traducción al inglés de la versión original en italiano, 2018, en la que, en una línea “revisionista” negadora del Holocausto, analiza pormenorizadamente el Juicio de Núremberg contra los *Einsatzgruppen*, y en las páginas 121 a 125 el Dictamen que Maurach escribió para la defensa de Ohlendorf.

18 Tanto NEHRICH, *ob. cit.*, p. 403, como SELIGER, *ob. cit.*, p. 349, refieren los pormenores de esta denuncia que finalmente quedó en nada.

19 Después de este Juicio, Ferencz permaneció en Alemania con su esposa Gertrude, muerta en 2019. Algunos años después de los Juicios de Núremberg, negoció con el Gobierno de Adenauer el reconocimiento de indemnizaciones a las víctimas del Holocausto. Actualmente, es uno de los principales defensores de la Justicia penal internacional y del Tribunal Penal Internacional. Sobre la vida y obra de Benjamin Ferencz, hay abundante información en Wikipedia, y entrevistas y documentales en otros lugares de Internet, Google, etc.

20 Citado por SELIGER, *ob. cit.*, nota 449.

21 Véase SELIGER, *ob. cit.*, p. 108 nota 261.

luego, no es extraño que conociendo, como se conoce ahora²², su importante colaboración con el régimen nazi, de la que quedó constancia en el proceso desnazificación al que poco tiempo después de su liberación de la cárcel fue sometido, y en el que al principio fue clasificado como “*belasted*” (es decir, como persona muy vinculada con el régimen nazi), hubiera razones más que fundadas para detenerlo e incluso acusarlo en alguno de los Juicios que aquel momento se estaban preparando contra otros importantes responsables del régimen nazi. Pero no parece que fuera esta la razón su detención. Como ya antes se ha expuesto, la Comisión encargada de investigar a los candidatos a abogados defensores no fue demasiado escrupulosa en este punto. Tuvo que ser, por tanto, algo más relevante lo que hizo que Mezger fuera detenido y que después de su liberación tuviera que dejar su puesto en la defensa de von Neurath²³. En todo caso, inmediatamente después tuvo que pasar por un duro y largo proceso de desnazificación en el que, a pesar de los muchos cargos que había contra él, gracias a los apoyos que recibió de importantes personalidades como su colega Exner, o los psiquiatras Kretschmer o Kraepelin, fue calificado finalmente como “*Mitläufer*” (literalmente, “compañero de correrías”), lo que no impidió que pudiera regresar a la cátedra de Múnich, que ocupaba desde 1933²⁴.

Más problemas tuvo, en cambio, Maurach. La denuncia presentada por el Fiscal Ferencz, acusándole de ser un nazi peor que Rosenberg y que Himmler, y de constituir un verdadero peligro para la democracia, motivó que el Alto Comisionado americano de Ale-

mania en Baviera, instara a la Universidad de Múnich para que anulara su nombramiento como catedrático de Derecho penal. La Universidad inició entonces un procedimiento pidiendo a la Facultad de Derecho que emitiera un informe sobre Maurach. La Facultad encargó dicho informe a un grupo de profesores, entre los que se encontraba Mezger. En su informe los profesores mostraron claramente su disconformidad con el contenido del dictamen de Maurach, pero consideraron que entraba dentro de la libertad científica que podía tener un experto a la hora de valorar unos hechos, y que eso no era incompatible con su puesto como profesor. Tras algunos tiras y aflojas durante todo el primer semestre de 1949 entre la Facultad, la Universidad, el Ministerio de Justicia bávaro y el Alto Comisariado americano, que solicitó incluso la revisión de su proceso de desnazificación, Maurach, que durante el mes de agosto estuvo suspendido de licencia docente, terminó conservando su cátedra a partir de septiembre de 1949, sin que volviera a tener más problemas hasta su jubilación en 1970.

II. Interesante es también la relación con el “grupo de Múnich” que tuvo Franz Exner, el otro catedrático de Derecho penal de la capital bávara, que se encargó de la defensa del General Jodl, Jefe del Estado mayor de la Wehrmacht, en el Juicio principal. En principio, no parecía que fuera el abogado más indicado para llevar a cabo esa defensa, pues más que jurista, Exner era especialista en Criminología, materia a la que dedicó varios trabajos y un importante Tratado traducido al español y

22 Véase Gerit THULFAUT, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund MEZger (1981.1963)*, Baden-Baden, 2000; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed. a. cit..

23 Resulta, desde luego, sorprendente que en el proceso de desnazificación no se tuviera en cuenta un hecho que demostraba más que ningún otro la fuerte vinculación que tenía Mezger con la sección IV de las SS, encargada de la administración de los campos de concentración y de exterminio, como lo demuestra el hecho de que, tras la aprobación del Proyecto que en colaboración con su colega muniqués Franz Exner redactó sobre “el tratamiento de los extraños a la comunidad”, en una Sesión de la Academia de derecho alemán (Akademie für Deutsches Recht) que tuvo lugar en Bad Salzungen el 28 de febrero de 1944, Mezger solicitó y se le concedió autorización para poder visitar los Campos de concentración y pudiera observar directamente en ellos los sujetos (“ciertos tipos de personas”, decía literalmente la autorización) a los que se refería dicha ley. Después fue nombrado director de unas Jornadas que sobre dicho Proyecto iban a tener lugar a finales de julio de aquel mismo año en Berlín, que fueron suspendidas tras el atentado contra Hitler el 20 de junio (sobre ello puede verse el capítulo V (“Bajada a los Infiernos”) de la 4ª edición de mi monografía sobre Edmund Mezger, a. cit., p. 306-337, y el Apéndice documental con fotocopias del Expediente de solicitud y la autorización que le da la referida Sesión IV de las SS para que pudiera visitar especialmente el Campo de concentración de Dachau, cercano a Múnich. A la mayoría de los que se han ocupado de la vida y obra de Mezger, no parece que les interese mucho este oscuro capítulo de su vida, que, a mi juicio, demuestra con toda claridad la estrecha relación que tenía Mezger con la institución más temida y característica del régimen nacionalsocialista, las SS. No entiendo, por tanto, que Kai AMBOS califique de “extrañas” estas visitas, remitiendo sin más comentario al capítulo, con anexo documental, que le dedico en mi libro, tanto en su versión alemana, como en español (véase Kai AMBOS, *Criminología nacionalsocialista, continuidad y radicalización*, en *Indret Criminología, Revista para el Análisis del Derecho*, num.4, 2020, p. 378; también hay una versión en inglés, *Nazi criminology: Continuity and radicalisation*, publicada en *Israel Law Review*, volume 53 Issue 2, 2020, “*bizarre visits to Dachau concentration camp*”, 167). A mi juicio, que Mezger solicitara visitar un Campo de Concentración y que fuera además uno tan característico y conocido como el de Dachau, no sólo no es “extraño” (“*bizarre*”, en inglés), sino perfectamente coherente con el interés que había puesto en la redacción del Proyecto de Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad, en la defensa que del mismo hizo ante la sesión de la Academia para Derecho alemán, donde fue aprobado, y en el posterior curso que iba a dirigir para los encargados de su ejecución en julio de 1944, que fue suspendido debido a la situación creada por el golpe de estado, Operación Walkiria, contra Hitler, el 20 de junio de 1944.

24 Para más detalles sobre su proceso de desnazificación, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger* a. cit., p. 370-376.

al italiano. Parece que Exner, aquejado ya de una grave enfermedad, se vio obligado a asumir esta defensa en parte por sentirse vinculado al espíritu militar, después de haber servido como oficial del ejército austriaco en la Primera Guerra Mundial, pero también por tener algún tipo de relación familiar con la esposa de Jodl, Louise. En todo caso, su actuación como defensor al lado del internacionalista Jahreiss, antiguo colega suyo en Leipzig, no parece que fuera muy afortunada. Seliger dice que sorprendió incluso por su espíritu “hitleriano” y su apasionada defensa de Jodl, con cuyo ideario militarista parecía sentirse plenamente identificado²⁵. Debió ser, por tanto, terrible para él, que, a pesar de sus esfuerzos, su defendido fuera condenado a la pena de muerte, que fue ejecutada junto con la de los demás condenados a la misma pena en el Juicio principal, el 16 de octubre 1946. Su biografía, cada vez más estudiada por los historiadores de la Criminología alemana²⁶, muestra también las situaciones contradictorias en las que podían encontrarse personas vinculadas con el régimen nazi y su ideología, y que, al mismo tiempo, podían tener algún problema en su vida personal y en el ejercicio de su profesión por causa de las estrictas exigencias racistas de dicho régimen.

En principio, desde este punto de vista, no parecía que Exner fuera a tener ningún problema. Discípulo del famoso penalista, también de origen austriaco, Franz von Liszt, con quien estuvo una temporada en Berlín, tras habilitarse en Viena con un trabajo sobre “La esencia de la imprudencia” (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*), se dedicó fundamentalmente a la Criminología. Primero, con una orientación sociológica que lo llevó a ponerse en contacto y a visitar a algunos criminólogos americanos, como Sutherland; pero posteriormente, se dedicó a la “Kriminalbiologie”, más acorde con la ideología biológico racista del régimen nazi. Sus primeros puestos docentes los tuvo en las Universidades de Chernovitz y Praga, pero tras la desaparición del

Imperio austrohúngaro en la Primera Guerra Mundial, en la que luchó como Oficial del ejército austriaco, se trasladó a las Universidades de Tübingen y Leipzig. Ya desde los años 20 mantuvo una amplia y amistosa correspondencia con Mezger²⁷, y en abril de 1933, poco tiempo después de que Mezger obtuviera la cátedra de Derecho penal de Múnich, Exner fue nombrado también catedrático en la misma Universidad, lo que hace suponer que ambos siguieron manteniendo una magnífica relación no solo personal y académica, sino también ideológica y científica sobre todo en los planteamientos biológico-racistas en los que se basaban sus respectivos manuales de Criminología²⁸. Esta relación llegó hasta el punto de que cuando el Ministro de Justicia, Thierack, tras la derrota de las tropas alemanas en Stalingrado, en febrero de 1943 encargó a Mezger la realización de un Proyecto para el tratamiento de los asociales, como una forma de ampliar los poderes policiales ante el derrumbamiento social que empezaba a extenderse por Alemania, éste inmediatamente propusiera a Exner como coautor de dicho Proyecto²⁹.

De todos modos, en la relación que tuvieron Mezger y Exner durante la etapa en la que coincidieron en Múnich, Exner ocupó un lugar secundario, siempre bajo la sombra de Mezger. Y esto que podía explicarse, en parte, por el menor rango académico que tenía la Criminología en relación con el Derecho penal en los planes de estudio de la Facultad de Derecho de Múnich; se debía también a que en aquel tiempo Mezger era el penalista de mayor prestigio entre los catedráticos de Derecho penal. Pero este papel secundario de Exner pudo deberse también a un “pecado original” que a Exner le costó mucho trabajo purgar y que pesó siempre sobre él como una sombra en la última etapa del régimen nacionalsocialista.

Como informan Scheerer y Lorenz³⁰ en su documentada biografía sobre Exner, en 1939 la Oficina encargada de comprobar la pureza racial aria de los funciona-

25 SELIGER, ob.cir, p.245-247.

26 Véase Sebastian SCHEERER/Doris LARENZ, *Zum 125 Geburtstag von Franz Exner (1881.1947)*, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 89 Jahrgang, Heft 6, 2006; Andrea Elisabeth SEBALD, *Der Kriminalbiologe Franz Exner*, Frankfurt am Main 2008, Walter FUCHS, *Franz Exner und das Gemeinschaftsfremdengesetz*, Berlin 2006; Thorsten KRUIWANNUS, *Das enge und das weite Verständnis der Kriminalsoziologie bei Franz Exner*, Berlin 2009. No deja de ser curioso que en los últimos años se le haya dedicado a Exner en Alemania varios trabajos monográficos tanto en su papel como criminólogo, como también en su relación con Mezger en la elaboración del Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad, lo que prácticamente salvo en el libro de Gerhard WERLE, *Justiz, Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung*, Berlin 1989, y posteriormente en el mío sobre Mezger, apenas había despertado antes la atención de los especialistas.

27 Agradezco a la Profesora Doris Larenz que haya puesto a mi disposición fotocopias de la correspondencia mantenida entre Exner y Mezger de 1924 a 1945.

28 El de MEZGER, *Kriminalpolitik aus kriminologischer Grundlage*, 1934, 3ª edición alemana, 1944 (hay traducción española de la 2ª edición alemana realizada sin más comentarios por Rodríguez Muñoz, 1942).

29 Sobre ello remito a los materiales incluidos en el capítulo III de la 4ª edición de mi libro Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, p. 169 a 250, y a la extensa bibliografía aparecida después sobre este Proyecto y la intervención de Exner en él, anteriormente citada.

30 En Monatschrift für Kriminologie a. cit., p. 445-446

rios detectó que en los antecedentes familiares de Exner aparecía una abuela, que al parecer era hija de un judío converso, lo que conforme a la ley de Depuración de elementos judíos de la función pública promulgada ya en abril de 1933, y a las posteriores Leyes de Núremberg de 1935, era motivo suficiente para inhabilitarlo y expulsarlo de la función pública y, por tanto, para ser catedrático, además de poder ser acusado de falsedad documental por haber omitido este extremo en la declaración jurada que había presentado en 1933. Como es lógico, Exner hizo todo lo posible por desmentir estos antecedentes, presentando todo tipo de documentos que demostraban la pureza de sus antecedentes familiares: una familia vienesa de muy alto nivel (su padre fue Profesor de Filosofía de la Universidad de Viena, un tío fue uno de los precursores de la Física moderna). Y para demostrar que nada tenía que ver con los judíos, llegó incluso en su Biología criminal a hacer alusiones bastante despectivas hacia ellos, calificándolos como una raza proclive a la estafa, a los fraudes, a la usura, al falso testimonio y a los delitos contra la moral³¹.

Finalmente, en 1940, Exner consiguió quedar exonerado de esta acusación, pero la sospecha quedó ahí, y quizás por esto aceptó la oportunidad que le brindaba Mezger de demostrar su afinidad con los postulados racistas de la Criminología nazi, colaborando en el Proyecto que Mezger estaba preparando por encargo del Ministerio de Justicia para el tratamiento de los asociados, a los que luego llamó “extraños a la comunidad”³².

III. Una vez terminados los Juicios de Núremberg, una buena parte de las personas que ocuparon los cargos más importantes en las instituciones jurídicas, académicas, políticas y financieras en la recién creada República Federal Alemana, habían sido miembros o dirigentes de las instituciones del régimen nacionalsocialista. Los que fueron condenados a penas de prisión, incluso de prisión perpetua, salvo en el caso de Rudolf Hess que se suicidó ahorcándose en su celda de la prisión de Spandau cuarenta años después de su condena, quedaron en libertad después de haber cumplido sólo una parte de las penas que se les impusieron, y se reintegraron con normalidad en la vida social, profesional e incluso política de la nueva República, en la que su primer Canciller Konrad Adenauer procuró siempre dar una imagen de ruptura con el anterior régimen, asu-

miendo, sin embargo, la continuidad en sus instituciones de destacados miembros del mismo.

En todo caso, y por lo que se refiere a los miembros del grupo o cuarteto de Múnich a los que me he referido en este trabajo, su participación en los Juicios de Núremberg no tuvo ninguna repercusión negativa en sus vidas profesionales, más bien les facilitó o favoreció el triunfo social, profesional o político³³.

Alfred Seidl se convirtió en un importante miembro del Partido Demócrata Cristiano bávaro, la CSU, y en Presidente de su grupo parlamentario. Fue Ministro de Justicia y de Interior en el Gobierno bávaro, y fue condecorado con la Gran Medalla al Mérito de la República Federal, y con la Orden del Mérito bávara. Continuó defendiendo en diferentes procesos a criminales nazis, y a la IG-Farbe en los procesos civiles que tuvo esta empresa por la explotación de los trabajadores forzosos. En los años 70 se pronunció a favor de la reintroducción en el Código penal de la pena de muerte contra los terroristas del Ejército Rojo de Liberación. Después de su muerte (1993) se supo que junto con el catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Múnich, también Ministro de Educación en el Gobierno bávaro, Theodor Maunz, había sido un frecuente colaborador del periódico de extrema derecha *National Zeitung*.

El otro miembro del grupo de Múnich, Rudolf Aschenauer, además de la defensa de Ohlendorf en el Juicio contra los *Einsatzgruppen*, se encargó también de la defensa de algunos acusados en otros Juicios, y luego de que fueron condenados, encabezó campañas pidiendo su liberación y la anulación de esos Juicios, llegando a contactar con el Senador USA Joseph McCarthy, famoso por su campaña contra el comunismo. Se encargó también de la defensa de los acusados en el Proceso que ya ante un Tribunal alemán tuvo lugar en lugar a finales de los años 50 en Ulm contra algunos miembros de los *Einsatzgruppen*; y defendió a Wilhelm Boger, principal acusado en el Proceso que tuvo lugar en los años 60 contra los principales responsables del Campo de Exterminio de Auschwitz. Hasta su muerte (1983) fue destacado miembro de organizaciones de extrema derecha, y de asociaciones de ayuda a soldados alemanes prisioneros en la Unión soviética (*stille Hilfe*) y de antiguos miembros de organizaciones nazis.

31 Véase Franz EXNER, Biología criminal a. cit., p. 103-108. Esta alusión a los judíos fue eliminada en la 3ª edición que se hizo de esta obra después de su muerte en 1949.

32 Las relaciones entre Mezger y Exner en relación con la redacción de este Proyecto han sido ampliamente comentadas por los biógrafos de Exner, anteriormente citados. También Kai AMBOS (Criminología nacionalsocialista, continuidad y radicalización, en *Indret Criminología*, a. cit.) se refiere a la relación que tanto Mezger, como Exner tuvieron con la orientación biológica racista la Criminología alemana en aquella época.

33 Muchas de sus biografías, incluso más detalladas, se pueden ver también en la Wikipedia alemana y en los trabajos monográficos, libros, etc., dedicados a muchos de ellos.

Por lo que se refiere a Reinhart Maurach, tras superar los problemas suscitados con motivo de su nombramiento como catedrático en la Universidad de Múnich, se mantuvo en su cátedra hasta su jubilación en 1970. En 1952, como es habitual en la Universidad alemana, y también como muestra de agradecimiento, junto con su colega Karl Engisch, sucesor en la cátedra de Mezger, editó un libro Homenaje a Mezger, con motivo de su jubilación³⁴, y siguió con sus actividades académicas, escribiendo un Tratado de Derecho penal, Parte general y Parte especial. Luego fue nombrado director del Instituto de Derecho del Este europeo de Múnich y escribió varias monografías sobre Derecho soviético. También llevó a cabo otras actividades de tipo extraacadémico participando, junto con Rudolf Aschenauer, en las Asociaciones en favor de los soldados alemanes presos en los campos de concentración ruso y reivindicando la pertenencia a Alemania de los territorios ocupados por rusos y polacos. En 1964 escribió un dictamen a favor de un oficial alemán acusado de haber masacrado a toda una familia en el frente ruso durante la guerra, consiguiendo su absolución. Como especialista en Derecho de los países del Este europeo se integró en la Organización Gehlen, una especie de subagencia de la norteamericana CIA, encargada de labores de contraespionaje en los países del Este de Europa bajo la influencia de la Unión Soviética, y actuó como asesor del Gobierno en el Proceso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán que declaró ilegal el Partido comunista. En 1968, al final de su carrera académica, grupos de estudiantes colgaron algunas pancartas y pegaron carteles en las paredes de la Facultad de Derecho exigiendo su dimisión y la de otros ocho colegas, por sus anteriores vinculaciones con el régimen nazi, con lemas como:

“Maurach, Maunz, Schmaus, aus der Universität raus” o “Boykottiert die Vorlesungen von Maurach”³⁵.

En cuanto a Edmund Mezger, creo que ya he expuesto en mi monografía sobre él todo lo que tiene que ver con sus relaciones con el régimen nacionalsocialista y su posterior rehabilitación³⁶. Tras su “bajada a los infiernos”, elaborando, junto con su colega Franz Exner, el Proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, visitando el Campo de Concentración de Dachau para ver lo que se podía hacer con ellos allí, y realizando otras actividades semejantes que un colega alemán califica como las “*Verirrungen von Herrn Mezger*”, una vez desnazificado, recuperó su cátedra de Múnich, y en 1950 publicó una monografía³⁷ como complemento a la 3ª edición de su Tratado, que mantuvo inalterado tal como lo dejó en 1933, en la que reivindicaba la elaboración dogmática del Derecho penal como la principal tarea, que, según él, había quedado ensombrecida en los anteriores años por su “más mundana hermana” la Política criminal. Con esta publicación inició además una polémica con su más joven colega de Bonn, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la teoría general del delito, que aún hoy es objeto de discusión en la Dogmática penal alemana y por su influencia en la hispano parlante. Como resumen de su Tratado escribió un *Studienbuch* de Parte General, y luego otro dedicado a la Parte especial, que gozaron de bastante éxito entre los estudiantes de Derecho en los años 50 y 60. En 1954 fue nombrado Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Código penal en el Gobierno de Konrad Adenauer. De su pasado nazi ni una palabra.

34 Festschrift für Edmund Mezger zum 70.Geburtstag, 15-10.1953, München-Berlin 1954.

35 Esta última parte de la vida de Maurach es apenas tratada por su principal monografista y biógrafo NEHRLICH, quien le dedica apenas dos páginas (cfr.NEHLICH, *ob. cit.*, p. 412-415 (*letzte Lebensjahre*: últimos años de vida). Sobre ello MUÑOZ CONDE, *Reinhart Maurach, Vida y obra de un penalista alemán*, a. cit., y también la biografía de Maurach que aparece en la Wikipedia alemana, de.wikipedia.org.

36 MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* a. cit. Constituye para mí un motivo de satisfacción que esta obra, a pesar de los ataques insultos y descalificaciones que tuve que soportar por parte de algún colega, cuyo nombre por respeto a su memoria prefiero no citar, se ha convertido tanto en la edición española, como en la brasileña traducida por Paulo Busato, y en la alemana que hizo Moritz Vormbaum en cita obligada en casi todas las obras que posteriormente se han referido a la vida y obra de Mezger y a sus relaciones con el régimen nacionalsocialista. Pero reconozco que, en parte, tiene razón Bernd RÜTHERS en su por lo demás elogiosa reseña a la edición alemana de mi obra (en Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Band 127, Heft 1, p. 999 ss.), cuando me reprocha (p. 892) “el tono moral y el permanente enfado” que muestro en ella. Sigo pensando, sin embargo, que era lo menos que podía expresar después de los ataques que venía recibiendo por parte de algunos de los fervorosos partidarios de Mezger y quizás también de su ideología, y después de haber escuchado tantas veces al director de mi tesis, que fue discípulo de directo de Mezger en Múnich en los años 50, que me hablaba siempre de él como un modelo de honestidad, bondad y humanidad, además de ser, por supuesto y en eso le doy plenamente la razón, un excelente cultivador de la Dogmática jurídico penal, como demostró con su Tratado de Derecho penal, antes de que comenzara su colaboración entusiasta con el régimen nacionalsocialista. Lo que una vez más demuestra que, como ya he dicho en otra ocasión, “la más refinada Dogmática jurídica puede ir paralela e incluso servir de legitimación a la barbarie revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho” (MUÑOZ CONDE, *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo*, en Revista Penal, num.26, 2010).

37 *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Muñoz Conde, Valencia 2000.

A los pocos años de terminada la Guerra, la República Federal de Alemania, gracias a la ayuda económica que le brindaron los Estados Unidos con el Plan Marshall, y a la tenacidad y capacidad de trabajo de sus habitantes, volvió a recuperar su bienestar económico, que a partir de los años 50 fue incluso superior al de Inglaterra y Francia que paradójicamente habían sido vencedoras en la contienda. También fue muy superior al de su hermana, habría que decir mejor hermanastra, la República Democrática Alemana, que con un régimen comunista y bajo la presión de la Unión soviética, implantó un sistema autoritario, en el que sus juristas, sin pasado nazi, tras la depuración de los que sí lo tenían en los procesos que tuvieron lugar a principios de los años 50, jugaron un papel secundario, mediocre y puramente burocrático³⁸.

Mientras tanto, el pasado nacionalsocialista sigue pesando como una sombra sobre la Historia de la actual República Federal. Los diferentes intentos llevados a cabo en los últimos años para juzgar a algún anciano de más de 90 años que fue vigilante u ocupó algún cargo subalterno en los Campos de exterminio nazis, la llamada *Spätverfolgung* (persecución tardía), tienen un valor puramente simbólico³⁹, que no puede evitar el mal sabor o la mala conciencia que han dejado en muchos juristas los fracasados intentos de someter a juicio a criminales nazis que después de la guerra camparon libres sin el menor problema y que cuando alguna vez fueron juzgados, consiguieron eludir sus responsabilidades con diversas construcciones jurídicas de las que ya me he ocupado en otros trabajos, a los que me remito⁴⁰.

Sevilla, 27 de enero 2021,
76 aniversario de la Liberación de Auschwitz

38 Sobre el papel de los juristas en la antigua República Democrática Alemana, véase Francisco SOSA WAGNER, *Juristas en la desaparecida República Democrática Alemana*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, num.90-91.

39 Véase ROXIN, *Beihilfe zum Mord durch Dienst im Konzentrationslager Auschwitz*, en *Juristische Rundschau*, volumen 2017, Issue 2 (2017). Thomas VORMBAUM, *Rechtsstaatliche Vergangenheitsbewältigung*, en: *Transitional Justice*, Justizministerium Nordrhein-Westfalen, 2016, p. 28 ss., considera, en cambio, que este tipo de procesos no son verdaderamente serios desde el punto de vista jurídico.

40 Véase por todos, MUÑOZ CONDE, *La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado*, en *Revista Penal*, 2013 (también en Homenaje Nodier Agudelo, Bogotá 2013; también en *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, Dino Carlos Caro García (dir.), 3, Lima 2015). Versión alemana publicada con el título: *Mittelbare Täterschaft als Instrument für die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit*, en *Festschrift für Wolter*, 2013.