

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



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>



Franz Exner (1881-1947)

Sebastian Scheerer

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

Dors Lorenz

Ficha técnica

Autores: Sebastian Scheerer/Dors Lorenz

Adscripción institucional: Universidad de Hamburgo

Title: Franz Exner (1881-1947)

Sumario: 1. Novedades sobre la vida y las etapas académicas de Franz Exner. 1.1. Origen. 1.2. Infancia y Juventud. 1.3. Formación y carrera. 1.4. Tradición familiar y poder. 2. Franz Exner y Edmund Mezger en el Tercer Reich. 3. Vinculaciones y otras cuestiones. 4. Actualidad.

Summary: 1. News about the life and academic stages of Franz Exner. 1.1. Source. 1.2. Childhood and Youth. 1.3. Training and career. 1.4. Family tradition and power. 2. Franz Exner and Edmund Mezger in the Third Reich. 3. Relationships and other issues. 4. News-

Resumen: Franz Exner/1881-1947) fue uno de los más famosos criminólogos durante la República de Weimar y el Tercer Reich. Su carrera profesional comenzó en el Imperio Habsburgo y terminó solo tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se encargó de la defensa de Alfred Jodl en los Juicios de Nuremberg 1945/46. Tras haber sido recordado con “orgullo y reconocimiento” durante tres décadas, los más jóvenes autores lo ven ahora como un hermano gemelo ideológico de Edmund Mezger, el jefe ideológico de los criminólogos y el más prominente de los dos colegas (Exner y Mezger) de la Universidad de Múnich durante el Tercer Reich. El reciente descubrimiento del legado de Exner en el ático de una granja bávara permite formular la hipótesis de que Exner siguió una estrategia diferente durante los años nazis —manteniéndose por un lado apartado del compromiso nazi, aunque no del todo. Un análisis de esta situación contradictoria pone de relieve incómodas cuestiones relacionadas con la Criminología y la Política criminal.

Palabras clave: Historia de la Criminología, Franz Exner, Edmund Mezger, Tercer Reich, República de Weimar.

Abstract: Franz Exner (1881-1947) was one of Germany’s foremost criminologists during the Weimar Republic and the Third Reich. His professional life began during the Habsburg Empire and only ended after the Second World War when he was engaged as a defense counsel for Alfred Jodl during the Nuremberg Trials in 1945/46. While having been remembered with “pride and recognition” until some three decades ago, most younger authors tend to see him something like an ideological twin brother of Edmund Mezger’s, the chief ideologist among criminologists and the more prominent of the two colleagues (Exner and Mezger) at Munich University during the Third Reich. The recent discovery of Exner’s estate in the attic of a Bavarian farm house gives rise to the hypothesis that Exner followed a distinctly different strategy during the Nazi years —one that kept him apart from most Nazi involvement, but not all. An analysis of Exner’s dilemmatic situation leads to the unearthing of uncomfortable questions regarding criminology and politics.

Key words: History of criminology, Franz Exner, Edmund Mezger, Third Reich, Weimar Republic.

Observaciones: Traducción de *Francisco Muñoz Conde*. El presente artículo fue publicado originariamente en la revista *Monatsschrift für Kriminologie*, Heft 6, 2006, con el título “Zum 125.Geburtstag von Franz Exner (1881-1947)”.

En él se revisa, como parte de un proyecto de investigación, la figura de *Exner*, que posteriormente ha sido objeto de otras investigaciones más amplias llevadas a cabo por *Doris Lorenz*, y en otros trabajos monográficos que se citan al final en la bibliografía; véase también lo dicho *infra* en nota 27 (N. del T.).

Rec.: 15-04-2021 Fav.: 02-05-2021

Hasta hace poco apenas se conocía algo sobre la vida de *Franz Exner*. Esto cambió después de que *Doris Lorenz*, descubriera en julio del 2004 su legado documental¹, que actualmente está siendo evaluado en el marco de un proyecto de investigación². A través de este legado se puede obtener³ una imagen de la niñez, juventud, y de los primeros pasos académicos del más importante criminólogo de la República de Weimar, así como de su actividad durante el Tercer Reich⁴, que ciertamente merecen una consideración más profunda que la que ha tenido hasta la fecha. En el presente artículo se realiza una valoración crítica del que fue miembro de la redacción de esta “*Monatsschrift*”, con motivo de su 125 cumpleaños. En él se contienen informaciones hasta ahora desconocidas sobre la vida y etapas académicas de *Franz Exner* (1); también se refuta la equiparación que se hace entre *Mezger* y *Franz Exner* durante el Tercer Reich (2), se analiza la implicación del criminólogo con los crímenes cometidos por el Estado nazi (“*staatliches Unrecht*”) (3) y se añaden finalmente algunas reflexiones posteriores (4).

1. Novedades sobre la vida y las etapas académicas de Franz Exner

1.1. Origen

Franz Exner nació en Viena el 9 de agosto de 1881, siendo el segundo de tres hijos de una familia sólidamente acomodada y de prestigio. Se puede incluso decir que era el “primogénito” de una dinastía, la cual (aunque fundada ya dos generaciones antes por su abuelo, el catedrático de Filosofía y destacado reformador educativo austriaco *Franz Serafin Exner* (1802-1853)) había generado un número considerable de ilustrados.

El criminólogo *Franz Exner* era el único descendiente masculino de *Adolf Exner* (1841-1894), primogénito del fundador de la dinastía. El jurista *Adolf Exner* había conseguido de joven una cátedra en Zúrich, donde conoció junto a su hermana *Marie* al escritor *Gottfried Keller*, entre otros, al que le uniría una amistad de por vida. Tras partir a Viena en 1872 para ocupar la plaza de *Rudolf v. Jhering*, *Adolf Exner* fue nombrado por el emperador *Francisco José* en 1875 profesor de Derecho Público del príncipe heredero *Rudolf*. En sus últimos años de vida fue además Rector de la Universidad de Viena, miembro del *Reichsgericht* (Tribunal Imperial) y de la *Herrenhaus* (Cámara de los Señores) del Imperio austrohúngaro⁵.

1.2. Infancia y Juventud

La infancia y juventud de *Exner* estuvieron marcadas por tres lugares, *Pelikanwinkl*, *Matzen* y *Brunnwinkl*. El primero era el hogar en Viena; en el castillo de *Matzen* en *Inntal* se pasaban las vacaciones; *Brunnwinkl* en *Wolfgangsee* era el lugar de veraneo de la tía *Marie* y los tres tíos de *Franz Exner*, los cuales se distribuían con sus respectivas familias en las pocas casas de la localidad.

La vida cotidiana se desarrollaba en *Pelikanwinkl*, donde no menos de cinco adultos y 11 niños constituían una auténtica comunidad de convivencia. Dado que en la misma se incluían dos catedráticos de reconocido prestigio, *Pelikanwinkl* era al mismo tiempo un salón de encuentro al que acudían “famosas” visitas como por ejemplo *Cosima Wagner*, *Hermann von Helmholtz* y *Theodor Mommsen*. El padre de *Exner* tuvo que esperar 12 años para celebrar una prometida gran cena, una vez que “dimita el ministerio del Conde Taffe (sic!)”,

1 Sobre la historia de este legado véase *Lorenz&Scheerer* (en prensa)

2 El Proyecto “*Franz Exner*” está financiado por la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (*Scheerer*, 266/5-1).

3 Este artículo se basa en un primer análisis del extenso legado en el que se contienen miles de documentos, correspondencia y diarios, y especialmente los relativos a la historia familiar.

4 Para facilitar su lectura se mantienen las palabras y expresiones típicas de aquella época, sin ninguna aclaración o entrecomillado (siguiendo el criterio de *Richard Evans*; véase *Evans* 2005, 35).

5 Los cuatro hermanos del padre de *Franz Exner* eran: *Karl Exner* (1842-1914), catedrático en *Innsbruck*, así como *Sigmund Exner* (*Ritter von Ewarten*; 1846-1926) y *Franz Serafin Exner* (1849-1926), ambos catedráticos en Viena; la única hermana, *Marie Exner* (1844-1925), contrajo matrimonio con *Anton Ritter von Frisch* (1849-1917). *Marie* y *Anton* tuvieron cuatro hijos: *Ernst Ritter von Frisch* (1878-1950), director de la biblioteca universitaria en *Salzburgo*; *Hans* (1875-1941), *Otto* (1877-1956) y *Karl* (1886-1982) fueron catedráticos. El biólogo *Karl von Frisch* recibió el Premio Nobel en 1973.

hecho que acabó sucediendo y del que *Franz Exner* ya era lo suficientemente mayor para tener recuerdos del mismo, aunque fuera “solo porque nosotros los niños, devorando los restos en la habitación de al lado, pudiéramos sorber las primeras ostras”⁶. Retrospectivamente, el propio *Exner* consideraba como lo más importante de Pelikanwinkl “el apoyo mutuo feliz, pacífico y amistoso entre las tres familias”: “Pelikanwinkl era realmente una <comunidad>. Hasta donde yo sé, en todas aquellas décadas juntos no hubo ningún conflicto ni malentendido, ni una sola humillación, aunque no faltaran notables figuras. Y los jóvenes copiaban a los mayores”⁷.

En el castillo Matzen, el lugar de veraneo, mandaba *Schnorr*, la abuela de *Franz Exner*, también llamada la “abuela irlandesa” por su pertenencia a un linaje irlandés (su nombre de soltera era *Fanny Reade of Mount Heaton*). Era nieta del *Duque de Wellington*, el hombre que derrotó a *Napoleón*, y en su juventud había recibido del emperador *Francisco José* el cumplido de ser la mujer más hermosa de su imperio, y aunque *Franz Exner* la conoció cuando ya tenía el pelo cano⁸, la incluyó mucho tiempo después entre las mujeres más impactantes de su vida. Allí también se hallaba algo que impresionaba a *Exner*, la comunidad de vida. Pues con la compra del castillo, la abuela *Schnorr* veía cumplido su sueño de una “casa familiar”, al menos en la medida en que “por lo menos durante los meses de verano tres de sus hijos, Willy, Franche y Stranzi con sus respectivas familias y, mientras estuvo soltera su hija más joven Hilda, vivieron aquí. Cada una de estas cuatro familias conducía su hogar de manera independiente, así como el cochero y la familia del jardinero; todo bajo un techo. El centro era ella misma. ...Pero uno podía reconocer, qué inteligente era de su parte, mantener desde el principio la separación de los hogares. De esa manera, las familias podían desenvolverse y vivir a su modo, aunque ocasionalmente hubiera quien sonriera frente a las seis cocinas en las que se hacía café cada mañana en Matzen. Los domingos, viejos y jóvenes de todo el castillo se reunían con la abuela en el <salón>, el an-

tiguo Salón de caballeros; para nosotros los niños una fiesta cada domingo, aunque tuviéramos que vestirnos para la ocasión”⁹.

De la misma manera que los tíos, tías, primos y primas de la familia materna se reunían en el castillo de Matzen, *Franz Exner* se encontraba igualmente con los parientes de la familia paterna en el pueblo de veraneo Brunnwinkl. La tía *Marie* había comprado la casa del molino en 1882. Luego el tío *Serafin*¹⁰, con su mujer e hijas, se mudaron a la casa del zapatero; el tío *Sigmund (Schiga)*¹¹ con su mujer y sus tres hijos a la casa del lago; más tarde mientras que el tío *Karl*¹² con su esposa e hijo compraba una casa en Brunnwinkl, *Adolf*, el padre de *Franz Exner* rompía con la norma al residir con su familia durante breves periodos (debido al castillo Matzen) en la casa de la tía *Marie*. No obstante, Brunnwinkl también dejó una profunda huella por el excepcional y sólido sentimiento de unión entre sus habitantes en *Franz Exner*, quien escribió respecto a su tío y tía: “Los hermanos *Exner*, huérfanos a temprana edad, siempre estuvieron estrechamente unidos y nada cambió tras los matrimonios. Se encontraban aquí en Brunnwinkl un año tras otro con sus hijos para pasar unas felices semanas de vacaciones juntos. ...Estas cuatro familias vivían con absoluta autonomía e independencia en sus propias casas. Las casas, aun manteniendo un confortable aspecto rural en el exterior, estaban acondicionadas según el gusto de sus inquilinos...Y cada una de ellas tenía (según apreciaba el invitado al entrar) su propio espíritu y forma de vida. Sin embargo, a pesar de las diferencias entre los individuos y los hogares dominaba una pacífica armonía, sin duda basada en los lazos de la tradición y el amor fraternal”¹³.

El mismo *Franz Exner* escribió tres años antes de morir respecto a los años de su infancia que fue una “época verdaderamente feliz”: los tres hijos teníamos un carácter sano y vital; nunca tuvimos enfermedades graves, nuestra situación económica nunca fue difícil; no había preocupaciones en relación al trabajo; solo conocíamos la guerra por los libros de Historia y no creíamos posible que pudiera tener otro significado; crecimos sin preocupaciones”¹⁴. *Exner* guardaba muy

6 *Exner* 1944, pág. 18.

7 *Exner* 1944, pág. 18.

8 Texto no publicado de la hija de *Fanny*, *Franziska von Schmedes*, de 1944 (legado documental de *Exner*).

9 *Exner* 1944, pág. 26 y siguientes.

10 *Franz Serafin Exner*, pionero en muchas áreas de la Física moderna; Rector de la Universidad de Viena (1907).

11 *Sigmund Ritter von Exner-Ewarten* (1846-1926), Dr.h.c. multis, padrino y tutor de *Franz Exner*, fue catedrático de Medicina y presidente del Colegio de Médicos de Viena muchos años, así como miembro de academias científicas, entre ellas la bávara.

12 *Karl Franz Josef Exner* (1842-1914), profesor de instituto hasta los 50 años, luego catedrático de Física en la universidad de Viena, adquirió prestigio con la investigación del resplandor de las estrellas (escintilación) y la edición revisada de la óptica de Verdet.

13 *Exner* 1944, pág. 29 y siguientes.

14 También *Stefan Zweig*, nacido en Viena en 1881 igual que *Franz Exner*, describió un estado de ánimo similar respecto a esa época: “Al intentar buscar una fórmula sencilla para la época anterior a la Primera Guerra Mundial en la que crecí, espero ser lo más preciso posible si digo que fue la edad de oro de la seguridad. En nuestra casi milenaria monarquía austriaca todo parecía estar fundamentado en

buenos recuerdos de su infancia no solo por la regularidad, sino también por la densa red social generada por varias familias, la cual implicaba seguridad, estímulos y apoyo. La gran familia era en gran medida una señal de identidad del mundo de *Franz Exner*.

1.3. Formación y carrera

Franz Exner no asistió a la escuela los primeros cuatro años de escolarización. Fueron su madre, un tío y *Gisa Conrad*, madre de cinco hijos, quienes se encargaron de la enseñanza necesaria. Los años de bachiller en el <Schottengymnasium> de Viena se sucedieron sin grandes sorpresas ni retrasos, al igual que la carrera de Derecho, iniciada tras su selectividad (1900) y un año voluntario en el ejército, y concluida en la misma ciudad (tras un semestre en Heidelberg) con tres Staatsexamen (Exámenes de Estado) y un doctorado (1906). El interés de *Exner* por la Criminología se manifestó por primera vez en 1907/08, cuando pasó un periodo en Berlín con *Franz v. Liszt*. Desde 1907 hasta 1910 estuvo entre Viena, donde acumuló experiencia como opositor a juez, y Berlín donde se dedicó a su primer texto de relevancia, “Das Wesen der Fahrlässigkeit” (La naturaleza de la imprudencia), presentado en Viena en 1909 como escrito de habilitación. En marzo de 1910 contrajo matrimonio con *Marianne Freiin von Wieser*, hija de un famoso economista del país. En abril aprobó la oposición a juez. En mayo comenzó su actividad como profesor no numerario.

Exner fue catedrático desde 1912 hasta su muerte: entre 1912 y 1918 en el Imperio austrohúngaro; entre 1919 y 1932 en la República de Weimar, desde 1933 hasta 1945 en el Tercer Reich y de 1945 a 1947 en la zona de ocupación americana en Baviera. Concretamente, su carrera profesional lo condujo desde cátedras en Czernowitz (1912), Praga (1916), Tubinga (1919) y Leipzig (1921) a la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal y Criminología en Múnich, la cual ocupó desde abril de 1933 hasta su muerte el 1 de octubre de 1947. De este modo, fue uno de los pocos criminólogos de prestigio que investigó y enseñó a lo largo de su vida en cuatro sistemas políticos distintos.

Exner ocupó la cátedra en Czernowitz¹⁵ durante los últimos años de la Monarquía imperial austrohúngara y posteriormente en la Universidad de Praga¹⁶. En Czernowitz, uno de sus lugares de trabajo aún poco investigado, contaban entre sus colegas *Eugen Ehrlich*,

el fundador de la Freirechtsschule (Escuela libre del Derecho), y *Josef Alois Schumpeter*, quien escribió allí en 1912 su “Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung” (Teoría del desarrollo económico). En 1914 *Exner* publicó la “Theorie der Sicherungsmittel” (Teoría de las medidas de seguridad), un libro influenciado por *Carl Stoops* y *Franz v. Liszt*, en el cual fundaba de manera teórica y sistemática la “Zweispurigkeit” (La doble vía), de la pena y las medidas de seguridad, que fue introducida dos años después (en el Proyecto de Código penal de Gustav Radbruch, entonces Ministro de Justicia, N del T). *Exner* participó en la guerra durante 21 meses a partir de la primavera de 1915, periodo “solo interrumpido en tres cortas vacaciones” según recogen sus notas personales. El 12 de septiembre de 1916 es nombrado catedrático en Praga. Se incorpora a su puesto realmente en enero de 1917. Durante esta época da una conferencia en la deutscher Juristenverein (Asociación alemana de juristas) sobre “Gesellschaftliche und staatliche Strafjustiz” (Justicia penal social y estatal). Pasó mucho tiempo, durante la cátedra en Czernowitz, en el castillo de Matzen. Así como durante los inviernos de 1915/16 y 1916/17, incluido el verano de este último año, en el que el suegro de *Exner*, *von Wieser*, fue nombrado Ministro de Comercio del Imperio austrohúngaro, régimen en aquel momento lleno de esperanza de nuevo, pero realmente a punto de desmoronarse. El invierno de 1917/18 los *Exners* celebraron la paz separada con Rusia y la oferta de la cátedra en la Universidad de Tubinga. Las vacaciones de verano de 1918 se desarrollaron en Hungría. Cuando concluyó la guerra y el Estado multiétnico austriaco pasó a la historia, *Exner* estuvo en las universidades de Tubinga (1919-1921) y Leipzig (1922-1933) en los años de la República de Weimar, durante los cuales adquirió la nacionalidad alemana. Sus trabajos sobre “Gesellschaftliche und staatliche Strafjustiz” (Justicia penal y estatal) (1919), “Gerechtigkeit im Strafmaßen” (Justicia en la medición de la pena) (1920), „Strafrechtsreform und Richteramt“ (Reforma del Derecho penal y función judicial) (1922), „Mord und Todesstrafen in Sachsen“ (Asesinato y penas de muerte en Sajonia) (1929), pero sobre todo sus estudios acerca de „Krieg und Kriminalität“ (Guerra y Criminalidad) de 1926, así como sobre „Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte“ (Praxis de la medición de la pena de los tribunales alemanes) de 1931 lo convirtieron, según *Richard Wetzell*, en „el más prominente especialista en Sociología cri-

la permanencia y el propio estado suponía la máxima garantía de esta continuidad... Todo en este vasto imperio estaba fijo y en su sitio... nadie creía en guerras, revoluciones y golpes de estado... Hoy, al haber sido destruido todo hace tiempo, sabemos definitivamente que aquel mundo de seguridad era un castillo construido en las nubes” (*Zweig* 1942, pág. 15 y siguientes).

15 Desde abril de 1912 hasta 1916; de hecho, debido a los sucesos de la guerra solo hasta el otoño de 1914.

16 El joven Estado checo, en el que vivió desde su declaración de independencia el 28 de octubre de 1918 hasta marzo de 1919, fue exactamente el quinto sistema político en el que *Exner* enseñó e investigó.

minal de Alemania¹⁷. Además, gracias a su actividad en la Internationale Kriminalistische Vereinigung, IKV (Asociación Criminalista Internacional), contaba con numerosos contactos internacionales y en el extranjero también era conocido como el especialista en Sociología criminal en Alemania¹⁸. En 1932 para muchos jóvenes era un hecho que el futuro pertenecía al “movimiento” nacionalsocialista. En abril, *Adolf*, el hijo de *Exner* se alistó en las SA. Su hija *Nora*, miembro del Bund Deutscher Mädchen (Asociación de jóvenes alemanas) inició su formación como enfermera. *Exner* no simpatizaba con los nazis pero concedió a sus hijos total libertad al respecto.

1.4. Tradición familiar y poder

La tradición en la que *Franz Exner* se veía a sí mismo era aquella de la burguesía acomodada y culta, plena de autoconfianza, crítica frente a las autoridades estatales pero leal. Estaban preparados y se sentían orgullosos de servir a los gobernantes como profesores y consejeros, pero insistían en mantener la independencia intelectual y las propias convicciones político-sociales. De hecho, tal y como mostraba la historia familiar, los *Exner* eran capaces y hábiles en convencer a los príncipes de sus ideas liberales antes de que éstos pudieran doblegarlos. El abuelo de *Franz Exner*, *Franz Serafin* no dio un paso atrás, sino que supo defenderse con éxito, cuando fue atacado y calumniado en la Corte por la jerarquía eclesiástica por su teoría sobre la eternidad de la materia. No solo por ello gozó en vida de una gran reputación (y admiración entre sus estudiantes), un prestigio evidenciado en el descubrimiento de un monumento en el Arkadenhof (Patio de los arcos) de la Universidad de Viena, que aún se encuentra allí. *Adolf*, el padre de *Franz Exner*, entusiasmó en 1876/77 al príncipe heredero con la teoría de *Montesquieu* sobre la separación de poderes y tras su puesto oficial como docente,

continuó siendo hasta la muerte del príncipe heredero, *Rudolf*¹⁹, su *philosophischer Gewissensrat* (Consejero filosófico en temas de conciencia”) (*Gottfried Keller*). La relación de los *Exners* con el poder era de respeto mutuo, sin ningún tipo de condescendencias. En la misma se aprecian decisiones y gestos propios del denominado orgullo burgés hanseático. Pues al igual que el abuelo *Franz Serafin Exner*, quien había rechazado en repetidas ocasiones el puesto de ministro a causa de su voluntariosa defensa de la reforma educativa, también el padre *Adolf* había renunciado con orgullosa modestia a un título nobiliario, un derecho que le era propio por haber sido profesor del príncipe y del que normalmente se hacía uso. Se puede afirmar de hecho: el Poder y la Educación se respetaban mutuamente, sin acercarse demasiado y sin imposiciones, y precisamente gracias a esta coexistencia ambas partes obtenían ventajas.

2. Franz Exner y Edmund Mezger en el Tercer Reich

El Tercer Reich lo pasó *Franz Exner*, “Número Uno” de los criminólogos alemanes durante la República de Weimar, desde el 1 de abril de 1933 en la Universidad de Múnich, en la que, sin embargo, se convirtió en el “Número Dos” tras su más renombrado y exitoso colega *Edmund Mezger*. *Mezger*, nacido en Basel en 1883, había ejercido durante algún tiempo como abogado y *Privatdozent* hasta que a mediados de los años 20 consiguió su primera cátedra en Tubinga, y a finales de 1932 en Múnich. Para él, el régimen nazi (NS) se presentaba como una oportunidad. Aunque ya tenía 49 años, actualizó su entusiasmo juvenil de acuerdo con la “nueva época”, esforzándose ya desde 1933 en tener buenas relaciones con la vanguardia del pensamiento nacionalsocialista en la Ciencia del Derecho penal²⁰. Por lo que atañe a sus publicaciones, *Mezger* llegó a tener en aquellos años “el mismo alto nivel que tuvo en su época de joven y ambicioso docente, con el que ya

17 *Wetzell* 2000, pág. 166.

18 El suicidio de su esposa en diciembre de 1920 afectó a su fase más productiva científicamente. *Exner* no volvería a contraer matrimonio. *Sabine Singer*, desde 1916 cocinera y chica para todo en la casa, se convirtió en su persona de confianza durante el resto de su vida.

19 El 29 de enero de 1889 *Rudolf* se suicida de un disparo en el castillo de caza Mayerling. Junto al cadáver del príncipe de 30 años se encontró el de su amante de 17 años, la baronesa *Mary Vetsera*. En el castillo, convertido en un “Sühnekloster” (Convento para expiar pecados) a raíz del “Asunto Mayerling”, las monjas carmelitas todavía rezan por el alma de *Rudolf*, con cuyo ataúd se enterraron, como recordaba *Stefan Zweig* (2005, pág. 248), muchas esperanzas políticas. En la ciudad se extendió de manera abrumadora “la condolencia con el emperador y se expresó el horror ante la muerte en la mejor de las edades de su único hijo y heredero, al que se asociaban grandes expectativas por ser considerado un Habsburgo progresista y de gran simpatía”; sobre la actividad docente de *Exner* con el príncipe heredero, cfr. *Hamann*, 1978, pág. 75 y siguientes, págs. 86, 425

20 Ya en 1933 escribía a uno de los jóvenes más destacados del Derecho nazi, *Friedrich Schaffstein*, que “el Estado totalitario nacionalsocialista es un hecho sociológico hoy inmovible”. Y que, por tanto, al Derecho penal había que exigirle “no ya una simple “conexión”, sino una actitud consciente y de principio en dirección a un criterio rector dominante”. El Derecho penal tendría que ayudar también a “la limpieza racial del pueblo alemán”, en primer lugar, a través del fortalecimiento de la “responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo”, y, en segundo lugar, con “la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza” (*Baumann* 2006, 99).

había tenido éxito en el ámbito científico²¹. También fue uno de los primeros, por no decir el primero, que ya en 1934 incluyó como una las misiones del Derecho penal el “Exterminio” (*Ausmerzung*)²². En los años 30 y 40 su “Política criminal sobre fundamento criminológico” (“*Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*”), se convirtió en un *bestseller* en la formación nazi de los juristas (igual que lo fue después hasta bien entrados los años 70 en la República Federal su Tratado y Manual de Derecho penal). Su pertenencia a numerosas organizaciones nazis y el cultivo de sus relaciones con los Ministerios del Reich demuestran que tuvo bastante éxito en las cercanías del poder. En 1933 se adhirió a la Asociación de Juristas Nacionalsocialistas (NS-Rechtswahrerbund) y fue nombrado miembro de la Comisión oficial para la reforma del Derecho penal, en la que tuvo una buena relación tanto con su Vicepresidente (Freisler), como con su rival, el “Reichsjuristenführer” (Caudillo de los Juristas del Reich), Hans Frank, que lo nombró provisionalmente “Gaufachberater (Consejero) del Grupo de profesores especialistas del Reich en el Tribunal Superior de Múnich”, hasta 1935. año en el que ingresó en el NS-Volkswohlfahrt (Bienestar social nacionalsocialista) y en el Reichsluftschutzbund (Asociación para la protección contra ataques aéreos), y se convirtió en Consejero especialista de los Profesores universitarios del Distrito de Múnich-Oberbayern. En 1937 ingresó en el NS-Studentenkampfhilfe (Auxilio nacionalsocialista a los estudiantes en lucha), y el 1 de mayo de 1937, al principio sólo como candidato (Anwärter), en el Partido Nacionalsocialista (NS-DAP)²³. Aunque actualmente no todos están de acuerdo en que ejerciera un influjo decisivo en sus colegas criminólogos, la imagen que ofrece *Klaus Rehbein* de *Mezger* como “jefe de la ideología nacionalsocialista de la Criminología”²⁴ está bastante próxima a lo que sería su ideal. Su “enorme capacidad de cambio”²⁵ le permitió hacer carrera en los regímenes políticos de la República de Weimar, el Tercer Reich y la República Federal. Sin ese “cambio radical de posición” que adoptó tanto en 1933, como en 1945, no hubiera podido llegar a ser, tanto en el Estado nacionalsocialista, como

en la República Federal, miembro o presidente de las respectivas Comisiones de reforma del Derecho penal, y seguir nadando sin problemas en las principales corrientes que en cada momento dominaban el mundo y el Derecho.

Parece, por tanto, que lo que se ha conseguido saber sobre el bastante bien investigado *Mezger*, podría ser también aplicable a quien estaba a su sombra, es decir, a *Exner*; pues ambos:

- Pertenecían a la misma generación (*Exner* nació en 1881; *Mezger* en 1883);
- Habían nacido en países extranjeros de habla alemana (*Exner*, en Viena; *Mezger*, en Basilea);
- Eran juristas que en el curso de su formación se habían especializado en Derecho penal y Criminología;
- A diferencia de otros colegas no se fueron al exilio y mantuvieron sus cátedras después de la guerra;
- En dos etapas de sus vidas coincidieron como colegas en las Facultades de Tubinga (1919-1921) y Múnich (1933-1945);
- Juntos asistieron al Congreso de Criminología de Roma (1938) y elaboraron el Proyecto de Ley del régimen nacionalsocialista sobre los Extraños a la comunidad;
- Publicaron sus Tratados tanto antes como después del régimen nazi;
- En las obras de *Exner* hay numerosas referencias metodológicas parecidas a las de *Mezger*²⁶.

Se puede entender, por tanto, que muchos de los que se ocupan puntualmente de la Criminología en el Tercer Reich, se refieran brevemente a *Mezger* y *Exner* poniendo al uno al lado del otro. Y dado que en conjunto hay muchas más investigaciones sobre *Mezger* que sobre *Exner*, se convirtió a aquél en el centro de referencia y comparación, haciendo que éste apareciera como una especie de hermano gemelo intercambiable, como “*un segundo Mezger*”. Es así como se le muestra no sólo en la bibliografía más reciente, sino también en la “Enciclopedia libre de Internet Wikipedia”²⁷.

21 *Thulfaut* 2000, 13.

22 *Telp* 1999, 173 ss.

23 Cfr. *Thulfaut* 2000, 13 f.

24 Cfr. *Rehbein* 1987, 207. Esta opinión de *Rehbein* ha sido discutida, pero al final ha quedado claro que *Edmund Mezger* realmente desde el primer momento estuvo fuertemente vinculado con la Criminología del Estado nacionalsocialista (cfr. *Kaiser* 1966, parf.18, nota 26; *Thulfaut* 2000, 340; *Frommel* 1992, 200; *Telp* 1999, 161 ss; *Muñoz Conde* 2001/02, 2002/03, 203; *Baumann* 2006, 98 ss.)

25 *Telp* 1999, 163.

26 Así, por ejemplo, en 1938, por solo citar un ejemplo, calificaba *Exner* los vagabundos hambrientos (*Nichtsesshafte*) como una “horda de bacilos itinerantes, de los que debe protegerse moralmente nuestro pueblo”. También fue influenciado por la terminología (y la ideología) al uso en aquella época. Un análisis aún pendiente de su obra deberá ocuparse del “cómo” y del “por qué”.

27 http://de.wikipedia.org/wiki/Franz_Exner (15.11.2005). (NT. En la edición original de este artículo se transcribe la referencia a *Exner* en la Wikipedia alemana en 2005, que apenas pasaba de una página. Sin embargo, la referencia que se hace a este autor en la hasta ahora última revisión en la Wikipedia alemana en 2021, es mucho más amplia, completa y documentada, tiene varias páginas y reco-

También en las exposiciones de *Inmanuel Baumann*²⁸, *Franz Streng*²⁹ e *Ina Pfennig*³⁰ aparecen *Mezger* y *Exner* como una especie de hermanos gemelos en el Tercer Reich. Pero ¿Era *Exner* realmente no sólo el “*número dos*”, sino también un verdadero “*segundo Mezger*”?

Por lo que sabemos ahora podemos responder negativamente a esta pregunta. En la imagen tenemos ahora, ambos criminólogos aparecen como casos paradigmáticos de estrategias diferentes de comportamiento ante el cambio de régimen que se produjo entre la República de Weimar y el Tercer Reich. *Mezger* aparece como uno de los que veían en el ascenso del Partido nazi una oportunidad para un “nuevo comienzo” y maniobrar en las cercanías del poder, publica y hacer todo lo que fuera preciso para intervenir en él con investigaciones y teorías relacionadas específica y directamente con la nueva orientación política. *Exner*, en cambio, aparece como un científico tradicional, con una orientación liberal, que en nombre de la autonomía de la ciencia intentaba sustraerse a las tentaciones y exigencias de naturaleza política, permaneciendo coherente, a pesar de las dificultades e incluso trágicas dimensiones que —a diferencia de lo que sucedía con *Mezger*— podía tener en aquella época pretender llevar a cabo una actividad científica “normal”.

Ya en algunas manifestaciones externas se puede ver que *Exner* perseguía otra estrategia que *Mezger*. Aunque también fue miembro de la Asociación de juristas nacionalsocialistas, del NS-Rechtswahrbund y del NS-Studentenkampfhilfe (Auxilio nacionalsocialista a los estudiantes en lucha), nunca se integró en el Partido nacionalsocialista. A diferencia de *Mezger* nunca se

esforzó en la protección o pertenencia a la Comisión oficial de reforma del Derecho penal. Tampoco estuvo en las cercanías de los Ministerios, y en contra de lo que era habitual, nunca tuvo cargo judicial ni relación con la praxis. Todo ello indica que en contra de lo que era la estrategia ofensiva de *Mezger*, *Exner* mantuvo más bien una actitud a la defensiva. Los científicos, que desempeñaban una función pública en el país, no estaban obligados a colaborar con el régimen³¹, por lo menos eso era lo que creía o esperaba *Exner*, aunque seguramente sabía que la Criminología —a diferencia de lo que, por ejemplo, quizás sucediera con la Astronomía— estaba demasiado próxima a la política como para poder protegerse de su involucración con ella. Ya veremos a través de la investigación de su legado documental como valoraba la situación y sus posibilidades de actuación. En todo caso —a diferencia de lo que ocurría con *Mezger*— no consideraba el Estado nacionalsocialista ni como enemigo, ni como su gran oportunidad. Lo más probable es que lo viera como un problema ante el que tenía que mantenerse, como habían hecho, en la medida de lo posible, sus antepasados en la época absolutista de los Habsburgos, con una lealtad crítica, respetuosa y exitosa³². En la historia de las relaciones de su familia de intelectuales con el poder no había ningún precedente que le pudiera servir para saber cómo comportarse con este tipo de detentadores del poder. *Exner* no estaba evidentemente mejor preparado que otros de su misma época en una posición similar, para enfrentarse con la manera despreciativa con la que el régimen trataba sus súbditos, moviéndose sobre todo en los círculos que claramente mostraban mayor respeto.

ge una abundante bibliografía aparecida posteriormente, por lo que carece de sentido transcribirla aquí. El interesado puede verla en https://de.wikipedia.org/wiki/Franz_Exner (11.1.2021). Véase también infra Bibliografía.

28 *Baumann* 2006, 153 s.

29 *Streng* 1993, 165: No solo para los delincuentes por convicción ideológica, son también científica, era evidente la extrema tentación de hacer valer el sentimiento jurídico de los conciudadanos en objeciones éticas como motivo para echar por la borda con buena conciencia el “viejo pensamiento precientífico”. Esto se puede ver claramente en la cita de *Exner* que heмо expuesto en la nota anterior, en la que de forma destacada (en *Exner*, *Sinnwandel* —sic— 1944, 24 ss, 43) se dice: “Lo que hoy parece como injusto, puede aparecer con otra luz mañana. Aquí hay que realizar una tarea educativa del pueblo”.

30 *Pfennig* 1996, 252 s., considera un enigma por qué *Exner* aceptó ser abogado defensor en los Juicios de Nuremberg —“sobre todo si se tiene en cuenta que tras el triunfo de las Tropas Aliadas no tenía motivo para posicionarse en favor de los anteriores detentadores del poder..... Es extraño en un momento en el que la tendencia era precisamente la contraria, y en el que muchos que de los que antes se proclamaban entusiastas (sic!) nacionalsocialistas, ya desde 1939 empezaron a distanciarse del régimen, o incluso, aunque con reservas, estuvieron en contra”.

31 En opinión de los actuales expertos en el nacionalsocialismo y también de los periódicos, no era obligatorio para un científico o para un miembro de la Administración de Justicia alabar a Hitler, su Partido o sus metas, o referirse de manera despectiva a determinados grupos étnicos o cualquier otra clase de minorías”. A la vista de lo que podía ser el destino futuro propio, lo aconsejable era en todo caso adoptar una actitud de silencio o de aceptación. Pero también en esto “se encontraba el científico en una posición privilegiada respecto a la que tenía el jurista en la praxis. El científico podía por lo menos decidir los temas sobre los que investigar o trabajar..., tenía, por tanto, la posibilidad de dedicarse a temas no comprometedores. No era, pues, necesario mostrar un temperamento disidente que pudieran acarrearle problemas con los nuevos mandatarios” (*Thulfaut* 2000, 335 s.)

32 En la Monarquía austrohúngara había un espacio legítimo para la oposición leal. En el Estado nazi la oposición no tenía ningún espacio.

Debía haber experimentado el Tercer Reich más como una exigencia que como una oportunidad. Hay varios episodios que demuestran que desde las instituciones estatales se le miraba más bien con desconfianza antes que como simpatizante o beneficiario del sistema:

(1) *Viaje al extranjero (1937)*. Cuando en el invierno de 1936 recibió Exner una invitación de la Sociedad jurídica de Viena³³ para pronunciar en su sede una conferencia el 3 de marzo de 1937, poco antes de esa fecha, el 17 de febrero de 1937, el Ministerio de Ciencia en Berlín le comunicó al Rector de la Universidad de Múnich que no autorizaba su desplazamiento con el argumento de que “la Sociedad jurídica de Viena estaba repleta de judíos, por lo que a la vista de los sentimientos nacionalistas que hay en Austria no era oportuna en ese marco la conferencia del profesor Exner. Le ordeno, por tanto, que le comunique esta decisión al Profesor Exner para que con el argumento más adecuado rechace esa invitación”³⁴. Sin embargo, Exner no estuvo de acuerdo con esta decisión, expresando su disconformidad con la misma en un escrito de 26 de febrero de 1937, en el que decía: “Magnificencia! En relación con mi conferencia en Viena quiero comunicarle lo siguiente: tal como se ha acordado me he disculpado pretextando una intervención en una “Sesión” en Berlín. El Presidente F.v. Engel me ha expresado su verdadero pesar porque ya es la segunda vez que conferenciantes procedentes del Reich alemán han declinado la invitación en el último momento. Quería solo comunicárselo por si tiene la oportunidad de hacerlo valer en Berlín, que las solicitudes de este tipo deben ser resueltas lo antes posible al objeto de evitar futuras incomodidades”³⁵.

(2) *La prueba de su idoneidad (política) (1939/1940)*. En el período de tiempo que va de 31 de marzo de 1939 a 27 de marzo de 1940, hubo “repentina-

mente un mayor interés por Exner”. No se puede saber si ello se debió a una cuestión puramente rutinaria, o a que los nacionalsocialistas tenían dudas sobre sus convicciones políticas (sic!)³⁶. En todo caso, no parece que sonara muy bien que la Oficina principal encargada de hacer los enjuiciamientos políticos en la Dirección regional del Partido Nacionalsocialista en Múnich-Oberbayern, se dirigiera el 31 de marzo de 1939 al Grupo local “Danziger Freiheit” solicitando la “información más precisa posible” sobre la “idoneidad política” de Exner³⁷. La respuesta de este Grupo, breve y no demasiado apresurada, llegó el 2 de mayo del mismo año³⁸, y aunque todavía queda por saber si fue eventualmente exagerada o no, desde luego no fue ni eufórica, ni rápida. En ella no se describía la idoneidad política de Exner de un modo especialmente elogioso. En todo caso, el 1 de marzo de 1940 la Oficina del Lugarteniente del Führer se dirigió de nuevo al Grupo local solicitando su opinión. Finalmente, este Grupo elaboró el 1 de marzo de 1940 un “Informe completo”, en el que se declaraba: “No se puede constatar una actitud política especialmente relevante. Pero el Profesor Dr. Exner se muestra siempre dispuesto a ponerse en contacto y a colaborar en el ámbito de su especialidad con la Asociación de juristas nacionalsocialistas, siempre que se le solicita. Igualmente apoya también los trabajos jurídicos de las Organizaciones nacionalsocialistas en lo que se refieren al ámbito universitario”³⁹. Todavía en otro escrito de 29 de marzo de 1940 se añade al texto anterior: “Por parte de esta Oficina no existen objeciones políticas”⁴⁰. Sin embargo, no parece que este certificado de idoneidad fuera suficiente para despejar el camino de Exner a la Academia de Ciencias de Baviera. Al final de la Guerra, los representantes de dicha institución manifestaron que Exner no

33 Actas de la Universidad Exner, UAM L-IX-17.

34 Actas de la Universidad Exner, UAM E-II-1267.

35 Actas de la Universidad Exner, UAM E-II-1267.

36 Pfennig 1996, 244. Podría pensarse que se conociera el cordial contacto que mantenía Exner con su cuñado Leo von Zumbusch, antiguo Rector de la Universidad de Múnich que había sido destituido y obligado a jubilarse, por haberse manifestado públicamente en contra del régimen nazi; o que estas investigaciones se llevaran a cabo ante la posibilidad de que Exner fuera nombrado miembro de la Academia de Ciencias de Baviera

37 “En un plazo de diez días tras la recepción de este documento, le solicito que de la más detallada información posible sobre si existen objeciones políticas del anteriormente citado, y en qué razones se basan, caso de que existan. Dada la urgencia de este asunto se solicita se informe en el plazo mencionado. Heil Hitler! Con los mejores deseos, El director del Grupo regional principal (Copia de las Actas del Bundesarchiv Berlín 2.8.2004)

38 “El Profesor Exner mantiene una actitud positiva hacia el Partido y el Estado. Saluda y responde con el saludo alemán. Se valora positivamente su actitud en las reuniones y en el uso de las banderas. Nada que objetar respecto a sus relaciones familiares, su carácter y su conducta” (Copia de las Actas del Bundesarchiv de 2.6.2004).

39 Copia de las Actas del Bundesarchiv de 2.6.2004.

40 Copia de las Actas del Bundesarchiv de 2.6.2004.

había sido aceptado como miembro de la misma “por motivaciones políticas que no eran del agrado de los que entonces ostentaban el poder”.

- (3) *La prueba de su pureza racial aria (1940/1941)*. Desde abril de 1940, ya liberado de la prueba de su idoneidad política, tuvo *Exner* que asumir una nueva molestia, aún de mayor gravedad. La Oficina del Reich encargada de investigar la estirpe (*Sippenforschungsstelle*) en Berlín lo había clasificado como “judío mixto”. En el certificado expedido por dicha Oficina el 18 de diciembre de 1940, se dice: “El Prof. de la Universidad de Múnich, Franz Exner, nacido en Viena el 9.8.1881, es un judío mixto con una parte de sus abuelos, de raza completamente judía, conforme a los dispuesto en la Primera Ordenanza de Ley de ciudadanía del Reich de 14 noviembre 1935. Motivos: La abuela por parte de padre, Karoline Exner, de soltera Dusensy, nacida en Viena el 3.10.1814, bautizada el mismo día en la Parroquia de St. Peter de Viena, era hija matrimonial del judío Friedrich Dusensy, bautizado el 14.3.1809, en la parroquia de St.Peter en Viena, y de Regina Eleonora Offenheimer (bautizada el 14.3.1809, también en la Parroquia de St.Peter de Viena). La otra parte de los abuelos del investigado son de sangre alemana y no han pertenecido nunca a la comunidad religiosa judía. Así consta la presente clasificación racial del investigado”⁴¹. Y de acuerdo con lo dispuesto en dicha Ordenanza el 10 de febrero de 1941 se envió el siguiente escrito al Rector de la Universidad de Múnich: “Asunto: Prof. Dr.Exner/Documentos adjuntos: 1. Certificado de origen/Conforme al

escrito de la Oficina de la Estirpe del Reich de 16 diciembre 1940 que se adjunta..... el Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad de Múnich Dr. Franz Exner es un judío mixto con una parte de raza judía de sus abuelos completamente judíos. Se solicita una urgente comprobación y un informe fundado sobre si procede iniciar un procedimiento disciplinario contra él por haber omitido declarar esa procedencia y, por tanto, haber cometido una falsedad imprudente”⁴². A esto respondió *Exner* de forma contundente, justificando con detalles sus datos personales⁴³. Finalmente salió bien parado del asunto. El 31 de marzo del mismo año el órgano ministerial competente dejó claro que *Exner* “podía continuar en su puesto”⁴⁴.

Habrá que investigar todavía en su legado documental lo que ocurrió exactamente en la vida de *Exner* desde 1941 a 1945; si fue objeto de posteriores presiones, si tuvo algunos riesgos más, o si, por las razones que sean, convicción o resignación, se adaptó con mayor fuerza. También hay que investigar la cuestión de sus contactos internacionales (*Sutherland*), así como el papel que desempeñaron sus circunstancias personales. Finalmente, aunque no en último lugar, su posición en la Facultad y la evolución de sus relaciones con *Mezger*. Especialmente, deben investigarse las siguientes hipótesis:

- (1) En 1941 la muerte de su hijo supuso para *Exner* un golpe tanto más duro cuanto, al ser su único hijo (y, por tanto, el “continuador de la familia”), esto significaba el final de una dinastía tan importante de intelectuales. A ello contribuiría también

41 Actas de la Universidad Exner, UAM E-II-1267.

42 Actas de la Universidad Exner, UAM E-II-1267

43 “Asunto: Declaración sobre origen familiar. En el asunto de referencia me permito informar como sigue: Mi abuelo Franz Exner, Profesor en la Universidad de Praga, se casó en 1840 con Karoline Dusensy. Desde hace algún tiempo venía rumoreándose en la familia, que ella tenía algún tipo de origen judío... En el certificado de bautismo de mi padre se mencionan cuatro abuelos como católicos, El padre de Karoline Dusensy era, según dice el certificado de bautismo, “un ciudadano residente en Praga y su hermano Adolf Dusensy, según reza en el certificado de bautismo de mi padre, un “Maestro caballero (*Rittmeister*)K.K., Auditor en el Regimiento de Coraceros de Graf Wallmoden; y como se sabe por las cartas que escribió participó como Jefe de Escuadrón en 1848 en la batalla que tuvo lugar en Hungría. Buenos conocedores de aquella época en Austria me han asegurado, que es muy improbable, que un judío converso pudiera en aquella época ser ciudadano y actuar como Caballero maestro de un regimiento feudal de caballería. Su madre no podía llamarse Offenheimer, como se indica en el documento de esa Oficina de 18.XII,1940, pues en otros documentos se menciona su apellido como Offenheim o Offenheim, apellidos que en todo caso son menos sospechosos que el de Offenheimer que ahora se menciona, del que por primera vez tengo noticia..... En un anexo que añadí a un cuestionario de 3.V.1937... declaro expresamente que el origen de sangre de mi abuela paterna es poco claro, pero que sus padres estaban en todo caso bautizados..... Si se me quiere reprochar que debía haber desplegado más energía en investigar este asunto, sólo quiero indicar la dificultad que encierra esta investigación. Conforme a la documentación que obra en mi poder, mi bisabuelo residía en Praga, mi bisabuela procedía de Pest. Y ambos aparecen como bautizados. No se dice nada sobre el año y el lugar de su nacimiento, y ambas conducen a que sería en el extranjero. Las iniciativas emprendidas para conocer estos extremos no han dado ninguna respuesta o solo respuestas parciales. En todo caso, no se me ha solicitado nunca que aporte los documentos relativos a mis bisabuelos. Por tanto, no creo que se me pueda reprochar ningún tipo de imprudencia al respecto”. Actas de la Universidad Exner, UAM E-II-1267.

44 Actas de la Universidad Exner, UAM E —II-1267

el hecho de que era viudo y que también había quedado viuda su hija Nora.

- (2) En 1942 —probablemente por influencia de su colega *Mezger*, que desde ya hacía tiempo venía trabajando de forma destacada en el Proyecto de Ley de los Extraños a la Comunidad—, el Ministerio le encargó a *Exner* que comentara ese Proyecto (por lo que más tarde recibió, sin solicitarlo, unos honorarios de 1000 marcos, que el guardó para el futuro).
- (3) Durante 1943, *Exner* realizó algunos comentarios por carta al mencionado Proyecto, en los que criticaba sobre todo la amplitud de algunos preceptos y la ausencia de control judicial. El tono, en contraste con el laudatorio empleado en sus anteriores escritos, era ahora (en 1943), más bien de tipo discursivo crítico.
- (4) Como resultado de estos contactos, el Ministerio le ofreció la posibilidad de hacer una segunda edición de su Tratado, a lo que *Exner* se resistió con la excusa de su enfermedad, pero también por razones políticas.
- (5) En 1945 cambiaron las posiciones de *Exner* y *Mezger*. (En el proceso de desnazificación, N del T) *Exner* quedó libre de cargos y pudo continuar en su cátedra; *Mezger*, en cambio, aunque *Exner* testificó a su favor, fue inhabilitado. También a diferencia de lo que ocurrió con *Mezger*, *Exner* fue aceptado desde un principio por los Aliados, como abogado defensor del General *Jodl* en el Proceso de Nuremberg, en el que se esforzó en mantener una postura ética conforme a los principios de un proceso con garantías. La condena y posterior ejecución de *Alfred Jodl* le afectó en gran manera⁴⁵.

La imagen que durante dos o tres decenios se ha venido transmitiendo de *Exner*, como la de un criminólogo adaptado a las circunstancias, sin principios, entre el oportunismo y la afinidad con la ideología nacionalsocialista, ha ocultado la fina, pero importante diferencia que lo separa de la estrategia ofensiva de *Mezger*, que vio sobre todo el Estado nacionalsocialista como una oportunidad; mientras que *Exner* adoptó más bien una actitud defensiva, distanciada e incómoda, que le podía suponer algunos riesgos. Por tanto, parece necesario ofrecer una imagen actualizada y corregida de *Exner*, que provisionalmente podía ser como la que se expone seguidamente:

Franz Exner (1881-1947)

El criminólogo *Franz Exner* (nacido el 9 de agosto de 1881 en Viena; fallecido el 1 de octubre de 1947 en Múnich) procedía de una familia de ilustrados. Su padre *Adolf* (1841-1894) fue catedrático de Derecho, su abuelo *Franz Serafin*, catedrático de Filosofía en Viena y es considerado como “el” reformador educativo austríaco. *Franz Exner* estudió en Viena, Heidelberg y el seminario de Criminología de *Franz von Liszt* en Berlín. Su carrera profesional lo llevó desde una docencia no numeraria en Viena (1910), pasando por cátedras en Czernowitz (1912), Praga (1916), Tubinga (1919), Leipzig (1921). El 1 de abril de 1933 ocupó la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal y Criminología en Múnich, puesto que mantuvo también tras el 8 de mayo de 1945. Cuando murió en 1947 era uno de los escasos, por no decir el único criminólogo de renombre, que había dado clases e investigado en cuatro sistemas políticos distintos (desde la Monarquía austrohúngara, pasando por la República de Weimar y el Tercer Reich hasta la época de la ocupación aliada).

Exner fue editor de „Kriminalistischen Abhandlungen“ (1926-1941) y desde 1936 coeditor de „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform“. Entre 1945 y 1946 actuó junto a *Hermann Jahrreis* como abogado defensor del coronel general *Alfred Jodl* en los Juicios de Núremberg.

Exner se dio a conocer ya en la época de Weimar con su tratado “Krieg und Kriminalität” (1926) que le concedió la fama (aunque su formación era la de un jurista) de ser “el más prominente especialista en Sociología criminal de Alemania” (*Wetzell*); una fama que consolidó con su artículo “Kriminalsoziologie” publicado en el determinante Diccionario manual de Criminología de la época (1936). Además de sus tratados y sus actividades internacionales, fue sobre todo su Tratado (primera y segunda ediciones de 1939/1944: “Kriminalbiologie”; tercera edición 1947: “Kriminologie”) el que le concedió una posición destacada en la Criminología alemana. Su influencia fue apreciable hasta los años 60.

Cuando en la década de los 80 comenzó la confrontación con el papel de la Criminología y de algunos criminólogos en el Estado nacionalsocialista, se recriminó a *Exner* haber adaptado el título de su Tratado a los contextos del momento y de haber realizado una autocrítica solo en la medida en que suprimió del mismo los fragmentos referidos a los judíos. *Francisco Muñoz Conde* tematizó más tarde la participación de *Exner* en

45 Tras la ejecución de *Jodl* en octubre 1946 escribió *Exner* (en la zona americana) una Introducción al Derecho procesal penal y el Prólogo a la tercera edición de su Tratado de Criminología e ingresó en la Bayrische Akademie für Wissenschaften (Academia Bávara de Ciencias). Como consecuencia de una caída en una escalera tuvo que guardar cama, y tras un encharcamiento pulmonar murió el 1 de octubre de 1947 a la edad de 66 años. Su colega *Mezger*, que pronto regresó a su cátedra, tuvo gran influencia en la Bundesrepublik y murió en 1962.

el proyecto de la ley de los Extraños a la Comunidad (1940-1944).

No obstante, contrariamente a ocasionales enjuiciamientos de corte general, es posible constatar en *Exner* un intento continuado por mantener las distancias con el régimen de *Hitler*. Su actitud frente a la Biología criminal fue (a pesar del título de su Tratado) muy ponderada. Su posición mediadora, ya practicada en la República de Weimar respecto a la controversia *Anlage-Umwelt* (N del T: Se refiere a si en el origen de la criminalidad está más la predisposición individual, *Anlage*, que el mundo circundante, *Umwelt*) en la Criminología, se mantuvo fundamentalmente durante la época nazi. A diferencia de su compañero de generación y colega de facultad *Edmund Mezger* (1883-1962), *Exner* nunca fue miembro del Partido nacionalsocialista y se mantuvo distanciado política e ideológicamente. Incluso en un artículo de título sospechoso sobre “Die Aufgaben der Kriminologie im neuen Reich” (Las tareas de la Criminología en el nuevo Reich) (1936), intentó en el contenido de su argumentación ir en la medida de lo posible contra la corriente dominante.

Bibliografía seleccionada de *Exner*: *Krieg und Kriminalität*, Leipzig 1926; *Kriminalsoziologie*, en: *Handwörterbuch der Kriminologie*, Berlín, 1936; *Kriminalbiologie*, Hamburgo 1939 (segunda edición 1944; tercera edición: *Kriminologie*, 1949). Sobre *Exner*: *Richard F. Wetzell*, *Inventing the Criminal. A History of German Criminology, 1880-1945*. Chapel Hill 2000; *Eberhard Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Gotinga 1965.

3. Vinculaciones y otras cuestiones

Por experiencia generacional *Exner* sabía muy bien que la Política no siempre se corresponde con los ideales propios. Su padre y abuelo habían encontrado en la antiliberal Monarquía austrohúngara un *modus vivendi*, que se basaba en una lealtad crítica, que no les exigía el sometimiento hasta la autonegación, ni el sacrificio de su actitud ética. Mirado en retrospectiva, parece casi increíble que cuando *Exner* ocupó su cátedra en Múnich el 1 de abril de 1933, no hubiera percibido la enorme diferencia que distinguía el régimen nazi de otros sistemas autoritarios anteriores que él había conocido. Ya en marzo de 1933 se había consumado la desaparición del principio del Estado de Derecho. El Parlamento no

tenía ya nada que decir. Las normas penales, tanto en su forma, como en su contenido, se apartaban claramente de las teorías tradicionales sobre el Derecho justo. A los fines de la pena se le añadían los de la depuración racial y el exterminio de los elementos dañinos. La Policía podía sustraerse al control judicial. La Policía secreta detenía, torturaba y asesinaba sin control. Ya se había puesto en marcha el primer Campo de Concentración en Dachau, a las puertas de Múnich. En poco tiempo, la Administración de Justicia perdió su independencia. Todo esto estaba ya en marcha, cuando *Exner* ocupó su cátedra en Múnich. Durante los primeros años en su nuevo destino continuó el derribo de los restos del Estado de Derecho; se despreció la prohibición de retroactividad; se eliminó la prohibición de la analogía; llegaron las leyes raciales, las Ordenanzas sobre los parásitos del pueblo y la Administración de Justicia contra polacos y judíos. A pasos agigantados la Ley penal, entendida por *von Liszt*, como la “Magna Charta del delincuente”, se convirtió en un *instrumentum sceleris*. Los jueces se convirtieron en verdaderos sicarios. Y la Justicia dejó de ser un derecho para convertirse en una masacre⁴⁶.

Durante ese tiempo, *Franz Exner* se quedó en Alemania. No emigró, ni se mató, ni tampoco ofreció ninguna resistencia. No fue una víctima del régimen. Tampoco fue despedido de su puesto, detenido, interrogado o torturado. No fue ningún héroe. En contra de lo que era habitual adoptó una postura reservada y aunque expresó alguna crítica, en el fondo siguió en su puesto bajo esas condiciones excepcionales como si nada ocurriera, *business as usual*. No publicó mucho, y la mayoría de lo que publicó lo hizo desde la perspectiva de un científico dentro de los parámetros impuestos por un poder, que no esperaba demasiado y que sólo se ocupaba de comprobar cuidadosamente, diferenciar y evaluar mejor los hechos y menos la ideología. Escribió sobre las tareas de la Criminología en el nuevo régimen (Reich) (en lo que se manifestaba con cautela), pero no escribió demasiado y siempre con cuidado y de forma distanciada. Colaboró en el Proyecto, que nunca llegó a entrar en vigor, sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad, pero formuló algunas objeciones a la vaguedad de algunos de sus preceptos y a la amplitud de la intervención jurídica; y todo ello en un tono sorprendentemente fuerte⁴⁷, en un intento infructuoso y

46 Cfr. *Telp* 1999, 15; cfr. también *Frommel* 1992, 185: “Los Jueces alemanes pronunciaron durante el dominio nacionalsocialista unas 60.000 penas de muerte, de las cuales unas 16.000 fueron pronunciadas por tribunales ordinarios y tribunales especiales; y entre 1941 y 1945 unas 40.000 por los Tribunales militares”.

47 La participación de *Exner* en este Proyecto consistió en un intercambio epistolar con el Ministerio que trascurrió entre marzo y junio de 1943. Sus escritos eran fluidos en la forma, pero críticos en el contenido en relación con la indeterminación de los conceptos y el amplio ámbito de arbitrariedad que había en el texto del Proyecto. También criticaba la gravedad de las sanciones previstas y la ausencia de un control judicial y de las posibilidades de una liberación anticipada. El 25 de mayo de 1945 escribía *Exner* al Ministerio: “No es fácil hacerse un juicio sobre los tipos e individuos mencionados en el art.1, si no se sabe, cómo deben tratarse los grupos de personas allí

necesariamente contradictorio de una política de crítica lealtad frente a un Estado, que ya se había convertido desde hacía tiempo en un Estado criminal⁴⁸.

Como cualquier otro vinculado sobre todo por las debilidades de su época, también cabe esperar que *Exner* sucumbiera a las debilidades y prejuicios de su origen vienés del que participaba de una forma más o menos asumida; por tanto, también del antisemitismo dominante por todas partes en la Viena *fin de siècle*. No sorprende, por tanto, que se pueda encontrar en la obra de *Exner* “lugares” o “referencias”, que hoy nos parecen inadmisibles. No hace falta explicar que esta clase de “vinculaciones” se presentan como manifestaciones “normales” de aquella época; o dicho con mayor precisión: Así como hoy es “normal” hablar de “género y criminalidad” o de “situación social de la criminalidad”, igualmente era “normal” entonces escribir sobre “raza y criminalidad” —como ya lo había hecho *Franz von Liszt* sobre “judíos y criminalidad”. La búsqueda de tales “lugares” que hoy nos parecen rechazables, puede ser un método no carente de sentido —como, por ejemplo, hace un censor cuando busca en una novela erótica los “lugares” inmorales—, pero nunca puede entenderse como el análisis histórico de una obra que permita comprender, comparar y reconstruir el origen de esa obra en su contexto. Si no se hace este esfuerzo de delimitación se corre el riesgo de encontrar “lugares” que sólo sirven para confirmar los propios prejuicios. Tampoco se pueden hacer diferenciaciones, pues “lugares” o referencias similares se pueden encontrar también en personalidades renombradas de la Crimi-

nología de aquel tiempo como *Hans von Hentig*⁴⁹ o *Gustav Aschaffenburg*⁵⁰, igualmente hijos de su época.

Del hecho de que las personas tengan los prejuicios de su tiempo, se puede aprender ciertamente poco. Y lo mismo rige para los científicos, que ven un sistema contrario a los principios que aprendieron, como una oportunidad de triunfo aún a costa de sacrificar esos principios. Lo que de esto se puede aprender es limitado si se compara con las constelaciones con las que los actores en el trascurso de un régimen tienen que confrontarse continuamente con cada vez más actos de ese régimen, diametralmente opuestos a sus propios valores, lo que les puede impulsar al “exilio”, al Campo de Concentración, o a la desesperación y el abandono, aunque no se llegue a esa consecuencia. Un caso de este tipo es el de Exner.

En todo caso, la identidad científica de *Exner* estaba ya completamente desarrollada, cuando comenzó el régimen nacionalsocialista, y esta identidad no simpatizaba con el nacionalsocialismo, sino que era la de la burguesía liberal o, en su caso, la progresista de la “Escuela Moderna”, tal como la concebía *Franz von Liszt*; es decir, como la de un Estado social, intervencionista en lo material; lo que se puede ver ya en su Teoría de las medidas de seguridad (“*Theorie der Sicherungsmittel*”). A esta concepción se oponía completamente el “Estado total” de *Hitler*, que ya a partir de 1933, dio lugar a sucesos que superaron con creces en poco tiempo todo lo imaginable.

Investigar las reacciones de un criminólogo como *Exner*, es sobre todo interesante porque los actos del régimen no sólo afectan a la persona en su cualidad de

mencionados separadamente. Supongo que los fracasados (*Versager*) y vagabundos (*Schmarotzer*) serán entregados a la Policía, mientras que los maleantes (*Taugenichtse*), primero, deben ser puestos por sus delitos a disposición del Juez, y luego, una vez que se les califique como tales, ser entregados a la Policía. Los pertenecientes a estos tres grupos pueden ser internados por tiempo indeterminado en un campo de trabajo policial o algún sitio similar, pero dada la (comprensible) afición de la Policía por los preceptos que les ofrecen gran libertad de actuación, no se esforzarán mucho en la delimitación de estos tipos. Así, por ejemplo, si un vagabundo no es declarado por el Juez como un maleante, y rechaza su entrega a la Policía, será difícil considerar que ese hombre, dada su vida “desordenada” y “socialmente molesta”, debe ser calificado como un vagabundo y enviado a un campo de trabajo. En mi opinión, el Ministerio debería procurar que por lo menos los conceptos legales con los que tendrá que operar la Administración de Justicia, sean delimitados de la manera más precisa y clara, para que nuestros tribunales se mantengan vinculados a la ley en su aplicación, y no se extienda el rumor, que se escucha frecuentemente, de que “pueden hacer, lo que quieren”..... Probablemente, consideren ustedes que es la típica objeción de un profesor, pero me siento obligado, a comunicarla sin reparos..... Veo que continuamente hablo de una limitación del arbitrio judicial, a pesar de que a lo largo de mi vida he sido uno de los pocos que me he pronunciado en favor de una ampliación del arbitrio judicial y que ya antes de 1933 critiqué la prohibición de la analogía. Pero ahora considero que el movimiento pendular que ha adoptado la legislación más bien va claramente en sentido contrario y que se les exige a nuestros jueces una tarea y una responsabilidad para la que provisionalmente no están ni podrán estar mínimamente preparados. Con saludos amistosos, Heil Hitler” (agradezco a *Francisco Muñoz Conde* por haber puesto a mi disposición una copia de la correspondencia entre *Franz Exner* y el Ministerio de Justicia sobre el Proyecto de Ley de los Extraños a la Comunidad, 1945).

48 Desde el punto de vista de su contenido, las críticas de *Exner* se corresponden con las formuladas por *Detlef Peuckert* (1982, 263): “En este Proyecto se cristaliza de una vez la concepción nacionalsocialista de eliminar los principios más elementales del Estado de Derecho —por ejemplo, la claridad de los supuestos típicos, que una condena debía basarse en actos y no en supuestas “tendencias”, y la transparencia y posibilidad de control del procedimiento—. En lugar de estos principios se ampliaron los preceptos para facilitar la arbitrariedad policial y se degradaron la Administración de Justicia y las Instituciones asistenciales a simples sistemas complementarios”.

49 Cfr. *Evans* 1999; *von Mayenbrg* 2006

50 Cfr. *Schneider* 2004

ciudadano (por tanto, en general), sino también y precisamente en su rol como científico (de forma completamente específica). En este caso se trataba nada más y nada menos de cambiar claramente el objeto tradicional de la Criminología. ¿Cómo reacciona un criminólogo formado de acuerdo con los principios jurídicos tradicionales, cuando la definición que da el Estado de la “criminalidad” se cambia de la noche a la mañana? ¿Qué hace un Profesor de Criminología cuando el Estado de Derecho se transforma en un Estado de no derecho? ¿Qué hace cuando, por un lado, todo sigue como siempre su curso “normal”, y “junto a eso”, como en un “Estado doble”, hay una Policía sustraída al control judicial, que, operando secretamente, empieza de forma arbitraria a detener, deportar, maltratar o incluso matar en los Campos de Concentración? ¿Qué hacer cuando todo eso se justifica con las exigencias de una situación excepcional e incluso ocasionalmente se legitima con Leyes, Ordenanzas y con aportaciones de la Ciencia jurídica? Y si alguien expresa públicamente sus objeciones o incluso críticas: ¿En qué forma y en qué foro puede hacerlo, y lo que es aún más importante, con qué criterios puede argumentar para valorar lo que ve (y de donde puede sacar esos criterios)? ¿Y hasta qué punto puede estar seguro de esos criterios, si la situación quizás también en su percepción se presenta por parte del Estado como una especie de estado de excepción?

4. Actualidad

Cuando se llega a este nivel de preguntas, surgen dos aspectos que deben hacernos reflexionar sobre la época actual. El primer aspecto se refiere al estrechamiento de la percepción y del discurso específicamente profesional. Para un discurso jurídico y criminológico, que se preocupa por la dogmática del Derecho penal y las perspectivas del Juez penal, la teoría y todavía más la realidad de la intervención de la policía y de la policía secreta estaban fuera de lo que profesionalmente se podía incluir y publicar en los artículos de las revistas especializadas. En este sentido, no se puede decir que hubiera una ruptura “antes” y “después” del 30 de enero

de 1930. En lo esencial no había cambiado nada —con otras palabras, nada que hubiera conmovido los principios de la dogmática y del proceso penal—. Lo que hacía la Gestapo sucedía fuera del sistema relevante del pensamiento jurídico penal y criminológico.

El segundo aspecto es la desorientación de los actores de entonces, profundamente irritados con el Estado nacionalsocialista. Se podría creer incluso que un Profesor de Derecho penal y Criminología de aquel tiempo no sólo debería sentirse irritado con la derrota que desde el punto de vista jurídico político tuvo que sufrir el Estado de Derecho con el ascenso al poder del nacionalsocialismo: Tribunales especiales, anulación del Parlamento, eliminación de la prohibición de retroactividad y de la analogía, y muchas derrotas más; sobre todo porque además por su formación estaba en la situación de reconocer su ilicitud y de denunciarla. Pero esto supondría que existió una ruptura entre el Derecho “correcto” de antes de 1933 y el Derecho, en su base “falso”, que surgió a partir de 1933. Ello le hubiera permitido deslegitimar el nuevo Derecho falso comparándolo con el anterior Derecho correcto. Mostrar esa diferencia no era, por consiguiente, una cuestión de conocimiento, sino en todo caso de coraje.

Pero el problema es que nunca hubo una ruptura en esa forma. Todo o casi todo lo que un “criminólogo progresista liberal” podía considerar entonces como una vergonzante injusticia, lo habían ya propuesto, formulado e incluso exigido muchos años antes del inicio del Tercer Reich, los reformistas, los liberales y/o los socialdemócratas, y, en parte, ya se habían impuesto. Esto valía tanto en lo que se refiere a la completa desvinculación en general del Derecho penal del ámbito del Parlamento⁵¹, como especialmente a la anómala la creación de Tribunales especiales, e incluso a la aplicación retroactiva de la pena de muerte⁵². Lo mismo se puede decir respecto a la consideración de que la pena debía cumplir también una función sanitaria general. Desde este punto de vista, se puede decir que “una parte del Derecho penal nacionalsocialista era consecuente

51 En sus entrevistas con *Hindenburg* en enero 1933, *Hitler* había ya conseguido que como Canciller pudiera disponer de los plenos poderes que le otorgaba la regulación que para situaciones de necesidad contenía el art.48 de la Constitución de Weimar, utilizando luego esos plenos poderes para emplear medidas permanentes y de gran amplitud que no se correspondían con la intención del legislador. Pero esto ya lo había hecho anteriormente el Presidente *Ebert*. Y también los Presidentes *Brünig*, *Papen* y *Schleier* habían invocados en la crisis anteriores a 1930 la praxis de *Ebert*. Lo que hizo *Hitler* solo fue un paso más en esa dirección de infringir la Constitución, que ya se había convertido en una praxis constitucional esperable y generalizada.

52 “La Ley de Habilitación que permitía la adopción de medidas urgentes solo estaba prevista para casos de extrema necesidad. *Elbert* como Primer Presidente hizo un uso arbitrario de este instrumento, que utilizó en no menos de 136 oportunidades diferentes. Así, por ejemplo, disolvió Gobiernos como los de Turingia y Sajonia que había sido elegidos legalmente, con el argumento de que fomentaban los desórdenes. Todavía más peligrosa fue una Ordenanza antedatada durante la Guerra civil en el Sector de la Cuenca del Ruhr en 1920, en la que se castigaba con la pena de muerte desórdenes públicos ocurridos antes de la fecha de creación de esa Ordenanza, considerando además como conforme a derecho ejecuciones extrajudiciales de miembros del Ejército rojo llevadas a cabo por las *Freikörperverbände* (Asociaciones de elementos de extrema derecha) y por elementos del Ejército.

con la Política criminal que se proponía en el Programa de Marburgo⁵³.

Todo esto se había ya aceptado en principio mucho antes de 1933, y también había sido propuesto, y no, en último lugar, por las fuerzas “progresistas” en la cumbre del movimiento europeo de reforma del Derecho penal. Si no hubieran existido estos antecedentes, estas agresiones radicales y profundamente rupturistas del Estado de derecho se habrían considerado como un ataque a todo lo que es el Derecho. Pero ¿cómo podrían haber expuesto sus objeciones? Las Ciencias penales que utilizaba la oposición patrocinaban la modalidad del Sí-Però, pero no hacían de ello una cuestión de principios, entre otras cosas porque esos principios se habían quebrantado ya. Los fenómenos que hoy en día pueden ser valorados como excesos o perversiones — por más que parezcan rechazables desde el *common sense* actual—, “coincidían —como ya puso de relieve *Klaus Marxen* en su trabajo sobre el *Volkgerichtshof*⁵⁴, con las líneas fundamentales de la moderna normalidad de la Administración de Justicia”. En este trabajo *Marxen* se preguntaba si no era legítimo —a la vista de la politización del poder punitivo y de una larga evolución hacia “un Derecho penal del enemigo” como la que hubo a lo largo del siglo XIX— considerar que incluso una institución como el *Volkgerichtshof* era en su conjunto el resultado de esa nueva normalidad de la Administración de Justicia. En ese sentido se adhiere a la opinión de *Thomas Vormbaum*⁵⁵, quien considera que el elemento realmente dramático de todo esto no era que “la anomalía del Nacionalsocialismo consistiera en gran parte en una negación de la tradición, sino en que fuera la brutal consecuencia de importantes elementos de esa tradición”.

Se puede decir también que el tiempo que va desde el 30 de enero de 1933 hasta el 8 de mayo de 1945 no fue desde un punto de vista lógico estructural una ruptura, sino una radicalización reaccionaria de las tendencias antiliberales del sistema del Derecho penal y de la Justicia penal, que ya se encontraban en los movimientos de reforma habidos en el siglo XIX. Lo trágico en la carrera de *Exner* no sería tanto su colaboración en la redacción del Proyecto de Ley de los Extraños a la Comunidad, sino su actividad, desplegada con la mejor intención antes del acceso al poder del Nacionalsocialismo, en pro de una “modernización” del Derecho penal. Esa modernización proponía un cambio del Derecho penal de acto al Derecho penal de autor, de la culpabilidad a la peligrosidad, de la garantía de la liber-

tad individual al aseguramiento de la Sociedad-Comunidad, que la Política entendía como supremo interés (algo en lo que podría citarse a *Franz von Liszt* como su valedor)⁵⁶. Si es verdad que estos principios de modernización de entonces determinan todavía hoy la actual Política criminal, no puede decirse que, tal como los vivió *Exner* —acaso sin comprender completamente su esencia—, sean un pasado cerrado.

Bibliografía

- Baumann, I. (2006). *Dem Verbrechen auf der Spur. Eine Geschichte der Kriminologie und Kriminalpolitik in Deutschland 1880 bis 1980*. Göttingen.
- Evans, R.J. (1999). Hans von Hentig and the politics of German Criminology, in: A. Ebbinghaus & K.H. Roth (Hrsg.), *Grenzgänge*, 238-264. Lüneburg.
- Evans, R.J. (2005). *Das Dritte Reich. Aufstieg. München*.
- Exner, F. (1944). *Einiges über die Exneri. Geschrieben für die Enkel und Urenkel Adolf Exners von seinem Sohn Franz Exner. Staltach im Herbst 1944 (unveröffentlicht; Exner-Nachlass)*.
- Frommel, M. (1992). *Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus*, in: F.J. Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 185-201. Baden-Baden.
- Hamann, B. (1978) *Rudolf. Kronprinz und Rebell*. Wien.
- Kaiser, G. (1996). *Kriminologie. Ein Lehrbuch*. 3. Aufl. Heidelberg.
- Lorenz, D. & Scheerer, S. (2007 im Erscheinen). *Der Kriminologie Franz Exner (1881-1947). Eine biographische Skizze*.
- Marxen, K. (1992). *Die Rechtsprechung des Volkgerichtshofs*, in: F.J. Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 203-217. Baden-Baden.
- von Mayenburg, D. (2006) *Kriminologie und Strafrecht zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus. Hans von Hentig (1887-1974)*. Baden-Baden.
- Muñoz Conde, F. (2001/2002). *Die andere Seite des Edmund Mezger: Seine Mitwirkung am Entwurf des „Gemeinschaftsfremdengesetzes“ (1940-1944)*, in: *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* Bd. 3, 238-258. Baden-Baden.

53 *Naucke* 1982, 554

54 *Marxen* 1982, 216 (El *Volkgerichtshof* (lit. Tribunal popular o Tribunal del Pueblo) era un Tribunal especial creado por el régimen nacionalsocialista para juzgar los delitos de carácter político contra ese régimen, N. del T.)

55 *Vormbaum* 1990, 191

56 *Cfr. Naucke* 1981, 158.

- Muñoz Conde, F. (2002/2003). Die Besuche Edmund Mezgers im KZ Dachau im Jahr 1944, in: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte Bd. 4, 269-391. Baden-Baden.
- Naucke, W. (1981). Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935, in: NS-Recht in historischer Perspektive, 71-108. München.
- Naucke, W. (1982). Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1881. ZStW 94, 525-564.
- Peters, K. (1977). Franz Exner, in: F. Elsener (Hrsg.), Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät. Tübingen.
- Peuckert, D. (1982). Volksgenossen und Gemeinschaftsfremde. Anpassung, Ausmerze und Aufbegehren unter dem Nationalsozialismus. Köln.
- Pfennig, I. (1996). Kriminalbiologie im Nationalsozialismus. Das Beispiel Franz Exner, in: H. Nehlsen & G. Brun (Hrsg.), Münchner rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 2235-255. Frankfurt a.M. u.a.
- Rehbein, K. (1987). Zur Funktion von Strafrecht und Kriminologie im nationalsozialistischen Rechtssystem. MschrKrim 70, 193-210.
- Schmidt, E. (1965). Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen.
- Schneider, H.-J. (2004) Kriminalpsychologie gestern und heute. Gustav Aschaffenburg als internationaler Kriminologe. MschrKrim 87, 168-173.
- Streng, F. (1993). Der Beitrag der Kriminologie zur Entstehung und Rechtfertigung staatlichen Unrechts im Dritten Reich. MschrKrim 76, 141-168.
- Telp, J. (1999). Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich. Baden-Baden.
- Thulfaut, G. (2020). Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962). Baden-Baden.
- Vormbaum, Th. (1990). Eid, Meineid und Falschaussage. Berlin.
- Wetzell, R.F. (2000). Inventing the Criminal. A History of German Criminology, 1880-1945. Chapel Hill, London.
- Zweig, St. (2005). Die Welt von Gestern. Erinnerungen eines Europäers. 35. Aufl. Frankfurt a.M.
- N del T: Como ya se ha advertido en nota 27, después de la publicación de este artículo en la bibliografía alemana han aparecido varios trabajos monográficos sobre *Franz Exner*, que se mencionan en Wikipedia https://de.wikipedia.org/wiki/Franz_Exner
Véase, por ej.;
- Andrea Elisabeth Sebold: *Der Kriminalbiologe Franz Exner (1881-1947). Gratwanderung eines Wissenschaftlers durch die Zeit des Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main 2008;
 - Walter Fuchs: *Franz Exner (1881-1947) und das Gemeinschaftsfremdengesetz. Zum Barbarisierungspotenzial moderner Kriminalwissenschaft*. Lit, Berlin 2009;
 - Thorsten Kruwinnus: *Das enge und das weite Verständnis der Kriminalsoziologie bei Franz Exner. Eine vergleichend-werkimmanente Vorstudie*. Lit, Berlin 2009;
 - Doris Lorenz: *145 Jahre „Exneri“. Familie und Leben des Strafrechtlers und Kriminologen Franz Exner (1881-1947). Eine biographische Skizze*. Diss. Hamburg 2013.
- También en el mismo lugar de Wikipedia https://de.wikipedia.org/wiki/Franz_Exner se expone, además de una extensa biografía de *Franz Exner*, una exhaustiva lista de sus publicaciones.