

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

EL PRESIDENTE ET PRO...

Revista

Enero 2021

47

Revista Penal

Penal

Enero 2021



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 47

Sumario

Doctrina:

– Mujer inmigrante y pobre: una mina para el Derecho Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	5
– Criminalizing Lifestyles of “Asociality” in Germany. The Historical Experience and a Potential Grounding in the Doctrine of “Functionalism”, por <i>Lars Berster</i>	24
– Algunas notas para el análisis del delito de administración desleal, por <i>María Victoria Campos Gil</i>	31
– Cumplimiento y responsabilidad penal. Sobre la responsabilidad del empresario en la existencia de un oficial de cumplimiento (compliance officer). Criterios generales de imputación. Observaciones sobre el Derecho penal brasileño, por <i>Alexis Couto de Brito</i>	41
– Algunas manifestaciones de la política criminal de exclusión. Derecho penal “del amigo”: corrupción pública (la criminalidad de cuello blanco), por <i>Beatriz García Sánchez</i>	61
– Aproximación al estudio del delito de prevaricación judicial, por <i>Pilar Gómez Pavón</i>	84
– La financiación ilegal de partidos políticos y el blanqueo de dinero, por <i>Daniel González Uriel</i>	104
– Los valores tradicionales como bienes jurídicos protegidos también en el ciberespacio: a propósito del confinamiento provocado por la crisis sanitaria del COVID-19, por <i>Jon López Gorostidi</i>	126
– Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa, por <i>Daniel Montesdeoca Rodríguez</i>	153
– Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	176
– Análisis del artículo 89 del Código Penal español, y unas reflexiones con perspectiva aporofóbica, por <i>Fernando Navarro Cardoso</i>	193
– El tratamiento de la aporofobia en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: particular atención a las agresiones discriminatorias contra los habitantes de la calle, por <i>Héctor Olasolo y Clara Esperanza Hernández Cortés</i>	227
– El comunitarismo y el Derecho penal de aporofobia, por <i>Wendy Pena González</i>	248
– Las empresas transnacionales y la protección de la vida y salud de los trabajadores. Una propuesta político-criminal para la persecución global del delito de riesgos laborales, por <i>Lucía Remesaro Coronel</i>	263
Sistemas penales comparados: Aporofobia y Derecho Penal (<i>Aporophobia and criminal law</i>)	283

Bibliografía:

– Recensión: “The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: A Comparative View”, de Lorena Bachmaier, Stephen C. Thaman y Veronica Lynn (eds.), por <i>Antonio Martínez Santos</i>	338
--	-----

* 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
jcferrreolive@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)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Demelsa Benito Sánchez (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
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>



Reinhard Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 47. - Enero 2021

Ficha técnica

Autor: Francisco Muñoz Conde

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal

Title: Reinhard Maurach. Life and studies of a german professor of Criminal Law in the 20th century

Sumario: 1. Introducción. 2. La contribución de Maurach a la Dogmática penal: Su posición ecléctica entre el causalismo y el finalismo. 3. Maurach en la Universidad de Breslau. 4. La participación de Maurach en la Segunda Guerra Mundial. Su testimonio sobre la masacre de Kaunas y la pasividad del ejército alemán ante la misma. El Informe Stahlecker. 5. La participación de Maurach como asesor de la defensa de Ohlenndorf en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen*. 6. Maurach en la Universidad de Múnich. 7. Reflexión final.

Summary: 1. Introduction. 2. Maurach's Contribution to Penal Dogmatics: His Eclectic Position Between Causalism and Finalism. 3. Maurach at the University of Breslau. 4. Maurach's involvement in World War II. His testimony about the Kaunas massacre and the passivity of the German army in the face of it. The Stahlecker Report. 5. The participation of Maurach as advisor to the defense of Ohlenndorf in the Nuremberg Trial against the *Einsatzgruppen*. 6. Maurach at the University of Munich. 7. Final reflection.

Resumen: Una completa reflexión acerca de la ideología e influencia del penalista alemán Reinhard Maurach, que sirvió a Hitler en el frente ruso, a los jefes nazis en los juicios de Núremberg, a la CIA en la guerra fría, y tranquilamente a su cátedra en la Universidad de Múnich, reconociendo sus importantísimas y aparentemente asépticas contribuciones a la ciencia del Derecho Penal, tanto en la teoría del delito como en los delitos en particular.

Palabras clave: Reinhard Maurach. Derecho Penal nacionalsocialista. Juicios de Núremberg. Universidad de Múnich.

Abstract: A full reflection on the ideology and influence of the German Professor Reinhard Maurach, who served Hitler on the Russian front, the Nazi hierarchies in the Nuremberg trials, the CIA in the Cold War, and quietly his chair at the University of Munich, recognizing his very important and seemingly aseptic contributions to the science of criminal law, both in crime theory and in crimes in particular.

Key words: Reinhard Maurach. Nazi Criminal Law. Nuremberg trials. University of Munich.

Rec.: 14/07/2020 **Fav.:** 21/07/2020

1. Introducción

Hace ya algunos años publiqué en Revista Penal, 2016, con el título “Reinhard Maurach, un penalista ve-

nido del frío”, una extensa nota bibliográfica a propósito de la obra de Viktor Nerlich, “Reinhard Maurach y la primera época de la investigación en Alemania sobre

el Derecho del Este (europeo)”¹. Posteriormente, dicha nota fue publicada también como artículo independiente, aunque sin revisar y con el mismo título, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2016 (Buenos Aires).

En mi comentario a la obra de Nerlich, incluía además algunos datos que ya tenía de una investigación que años atrás había iniciado sobre Reinhart Maurach, paralela a la que en esos momentos llevaba a cabo sobre otro profesor de Derecho penal de la Universidad de Múnich, contemporáneo de Maurach, Edmund Mezger². La importancia que para mí tenía en aquellos momentos esta última investigación, a lo que habría que añadir la pérdida de algunos de los documentos que había encontrado sobre Maurach en el *Bundesarchiv* de Berlín, hizo que pospusiera entonces la publicación de mi trabajo sobre Maurach. Posteriormente, y a la vista del nuevo material documental y bibliográfico que directamente también se refiere a Maurach, como la interesante monografía de Thomas Ditt, “*Stosstruppfakultät Breslau*”³, y los propios datos que obtuve durante mi investigación en el *Bundesarchiv*, me parece importante volver a ocuparme de la vida y la obra de este importante penalista, que refleja muy bien las luces y sombras de muchos de los más importantes e influyentes penalistas alemanes de aquella generación y de la propia nación alemana durante todo el siglo XX.

2. La contribución de Maurach a la Dogmática penal: Su posición ecléctica entre el causalismo y el finalismo

La Ciencia penal alemana, sobre todo en lo que se refiere a la elaboración sistemática llevada a cabo por la llamada Dogmática jurídicopenal, ha tenido gran prestigio y ejercido mucha influencia entre los penalistas españoles, y es referente obligado en las obras generales, Manuales y Tratados de Derecho penal, y, por tanto, en la enseñanza de esta materia en las Facultades de Derecho.

A ello contribuyó en gran medida la excelente traducción del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger que en 1935 había realizado el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia José Arturo Rodríguez Muñoz, quien añadió además valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la orientación dogmática en el estudio del Derecho pe-

nal español. El vacío cultural y el desierto bibliográfico que se produjeron tras la Guerra civil pudieron ser colmados gracias al Tratado de Mezger, que sirvió de modelo a las exposiciones generales del Derecho penal tanto en España (del Rosal, Antón Oneca), como en la mayoría de los países latinoamericanos de lengua española, en los que se habían refugiado algunos penalistas españoles exiliados en la posguerra. El más relevante entre estos últimos fue Luis Jiménez de Asúa, quien ya desde la Lección que impartió en la Inauguración del curso 1931/32 en la Universidad de Madrid se había decantado decididamente, tras algunos devaneos con el positivismo criminológico italiano, por el sistema dogmático de la Teoría del Delito expuesto en el Tratado de Mezger.

Sólo a mediados de los años 50 del pasado siglo empezó a conocerse en España un sistema dogmático, en parte distinto al de Mezger, patrocinado por otro penalista alemán, Hans Welzel, quien a partir también del sistema de la Teoría del Delito establecido a principios del siglo por Ernst Beling en su “*Die Lehre vom Verbrechen*” (1907) como una acción típica, antijurídica y culpable, preconizó un concepto ontológico final de acción que determinaba que lo que para Beling o Mezger eran formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa o imprudencia, fueran consideradas como elementos de la tipicidad subjetiva o tipo subjetivo. De esta reestructuración sistemática derivaba además Welzel consecuencias en materia de error, autoría, etc., trastocando, aunque no cuestionando, el sistema propuesto ya anteriormente por Beling, M.E. Mayer y Mezger.

El sistema finalista fue dado a conocer por primera vez en España por José Arturo Rodríguez Muñoz, traductor y anotador del Tratado de Mezger, en la Lección inaugural del curso 1954/55 que impartió en la Universidad de Valencia. Posteriormente fue introducido por el discípulo directo de Welzel José Cerezo Mir, quien además tradujo “*El Nuevo Sistema del Derecho penal*” (1964), en el que Welzel exponía los principales rasgos de su sistema de la Teoría del Delito.

Con ello se inició en el ámbito hispano parlante, primero tímidamente, luego con verdadero entusiasmo la polémica entre los partidarios del sistema causalista de Mezger y el finalista de Welzel que, como ya he indicado en otro lugar⁴, también sirvió en España como válvula de escape para evitar comprometerse con el

1 NERLICH, Viktor: “*A Baltico ad Euxinum*”, *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung*, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Münchner Universitätschriften, Juristische Fakultät, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2015.

2 MUÑOZ CONDE, Francisco: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (hay traducción al alemán de Moritz Vormbaum, 2007; y al portugués de Paulo Busato, 2004).

3 DITT, Thomas: *Stosstruppfakultät Breslau*, Tubinga, 2011.

4 MUÑOZ CONDE, Francisco: “La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista”, en *Revista Penal*, n.º 35, 2015.

Derecho penal de la dictadura franquista; y en muchos países latinoamericanos para evadirse igualmente de la dura realidad de injusticia social y del brutal Derecho penal de las dictaduras que imperaban en muchos de ellos.

Sin embargo, ya a comienzos de los años 60 del siglo pasado apareció en Alemania una posición intermedia entre el causalismo de Mezger y el finalismo de Welzel que tomaba, por así decir, lo mejor de ambos modelos: una fijación del contenido material de la antijuricidad a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tal como propugnaba Mezger en su Tratado; y una ubicación sistemática del dolo (y en parte de la culpa) en el ámbito de la tipicidad del delito, dejando el potencial conocimiento de la antijuricidad y por tanto la relevancia del error de prohibición en el ámbito de la culpabilidad, tal como proponía Welzel. El principal representante de esta posición conciliadora entre ambas concepciones de la Teoría del Delito fue precisamente el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich Reinhart Maurach, cuyo Tratado de Derecho penal en su segunda edición fue excelentemente traducido y adicionado con notas del Derecho penal español por Juan Córdoba Roda en 1962.

A través de esta traducción, el Tratado de Maurach se convirtió pronto en el referente obligado de los penalistas de habla española, tanto si eran partidarios del modelo causalista, como si lo eran del finalista; y ello no por casualidad, por esnobismo o por simple mimetismo de la última teoría que viniera de Alemania, sino por la propia importancia que objetivamente tenía este Tratado. Efectivamente, el Tratado de Maurach, cualquiera que fuera la posición teórica, causalista o finalista, que se adoptara en sus páginas, era ante todo y sobre todo un gran Tratado de Derecho penal, que además de una excelente Parte general, también se ocupaba en otro volumen de la Parte especial, algo realmente poco común entre los penalistas alemanes tanto entonces como ahora.

La concepción dogmática de Maurach va más allá de las polémicas teóricas habidas entonces entre causalistas y finalistas. En su Parte general, destaca la importancia que le da a la relación entre culpabilidad y peligrosidad, que son el fundamento de un sistema dualista de los presupuestos del sistema de sanciones que pueden aplicarse al autor de un delito: cuando es culpable del hecho típico y antijurídico que haya cometido, se le aplica una pena; pero cuando no es culpable pero es peligroso y su peligro consiste en la probabilidad de volver a cometer un delito, se le aplica una medida de seguridad. Esta distinción entre pena y medida de seguridad es la solución de compromiso a

la que se llegó en la Dogmática penal alemana tras la llamada Lucha de Escuelas que venía enfrentando a los penalistas desde finales del siglo XIX. En esta materia Maurach propone un sistema dualista diversificado que, con algunas correcciones, sigue siendo el modelo que acoge el Derecho penal alemán, salvo en lo que se refiere al llamado “internamiento en custodia de seguridad”, introducido en la época nazi, frente al que Maurach expone sus críticas y que actualmente ha sido declarado inconstitucional.

En la Teoría del Delito, una vez asumida la sistemática finalista de incluir el dolo en la tipicidad del delito, como elemento subjetivo de la misma, expone Maurach las distintas formas de congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, ofreciendo un tratamiento autónomo del error de prohibición, como elemento de la culpabilidad, siguiendo también en ello la sistemática de la teoría finalista de la acción.

Su principal aportación en este ámbito es, a mi juicio, la inclusión de una nueva categoría sistemática entre las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad, una categoría autónoma a la que llama la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*). En esta nueva categoría incluye casos límites como el estado de necesidad entre bienes de igual valor, la no exigibilidad en general, los excesos en la legítima defensa por miedo o ira, o la obediencia debida. En estos casos, Maurach considera que no existe verdadera justificación o exclusión de la antijuricidad del hecho, pero tampoco una verdadera culpabilidad del sujeto que actúa en esas circunstancias excepcionales, por lo que deben tratarse como un paso previo a la determinación de la culpabilidad, en una única categoría a la que llama “atribuibilidad” (*Zurechenbarkeit*⁵). Esta tesis es mantenida todavía en la actualización de esta obra llevada a cabo por Gössel y Zipf, cuya 7ª edición, de 1987, fue traducida al español por Bofill Genzsch (dos volúmenes, Buenos Aires, 1995). Actualmente la editorial Müller anuncia en su catálogo una actualización de esta obra llevada a cabo por Christian Jäger, que aparecerá en 2021.

Esta tesis de Maurach no ha tenido mucho seguimiento en la Dogmática penal; sin embargo, como veremos más adelante, y aunque el mismo Maurach no lo mencione expresamente, constituyó, en parte, la base dogmática de un dictamen que hizo en la posguerra en favor de la defensa de Otto Ohlendorf en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen* (véase *infra* 5).

Como he dicho, Maurach es además uno de los pocos penalistas alemanes autor de una magnífica Parte especial del Derecho penal. Siguiendo el modelo iniciado por Karl Binding en su “Lehrbuch des gemeinen

⁵ Véanse, por ejemplo, capítulos 30 y 31 del segundo volumen de la versión española de su Tratado en 1962 y las notas de Juan Córdoba Roda en estos capítulos.

deutschen Strafrechts” a principios del siglo XX, Maurach acometió la tarea, ya desde la primera edición en 1953, de exponer toda la Parte especial del Derecho penal utilizando como criterio sistemático ordenador de las distintas figuras delictivas el concepto de bien jurídico, aglutinándolas, en primer lugar, en torno al bien jurídico común (por ejemplo, la vida como bien jurídico común al homicidio, al asesinato y a la ayuda al suicidio; el patrimonio como bien jurídico común al hurto, al robo, a la estafa, a la apropiación indebida o a las insolvencias punibles; la seguridad colectiva en los delitos contra la salud pública, incendios, etc., etc.) y posteriormente analizando para su interpretación el bien jurídico concretamente protegido en cada una de ellas, partiendo siempre, como no podía ser de otro modo por imperativo del principio de legalidad, de la regulación legal vigente, pero utilizando un sistema expositivo propio que no coincidía con el sistema utilizado en el Código penal.

Este criterio de ordenar e interpretar las distintas figuras delictivas en función del bien jurídico protegido en las mismas tiene unas ventajas evidentes frente a los que siguen estrictamente el orden legal, bien sea en los Comentarios al Código penal, casi siempre en autoría de diversas manos, bien sea en otras exposiciones teóricas de la Parte especial más elementales.

Siguiendo este criterio, Maurach distingue los diversos tipos delictivos en dos grandes grupos: Delitos contra las personas y Delitos contra la sociedad. Los Delitos contra las personas se dividen a su vez en Delitos contra los valores de la personalidad (vida, integridad física, libertad, libertad sexual, honor) y Delitos contra los valores patrimoniales (bien contra elementos concretos del patrimonio, como hurto, robo, apropiación indebida o insolvencias punibles; bien contra el patrimonio como un todo: estafa, infidelidad, usura...). Por lo que respecta a los Delitos contra la sociedad, distingue Maurach, por un lado, los Delitos contra los valores sociales supra estatales (contra la seguridad colectiva, incendios, salud pública, falsedad documental) y, por otro, los Delitos contra los valores sociales estatales (bien contra la propia existencia del Estado, como alta traición; bien contra la organización del mismo, como por ejemplo los delitos contra Administración de Justicia y contra la Administración pública, entre los que incluye los delitos cometidos por los funcionarios públicos; véase como ejemplo de esta sistemática la 5ª edición de su “Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil”, de 1969).

La utilidad de esta exposición sistemática es evidente y constituye hoy en día un modelo que se sigue en la mayoría de los Manuales y Tratados dedicados a la Parte especial del Derecho penal, que no sean meros Comentarios que siguen el orden legal. La mejor prueba de ello es que, igual que sucede con la Parte general,

la Parte especial sigue editándose en Alemania después de la muerte de Maurach, en una actualización llevada a cabo por Friedrich Christian Schroeder y Manfred Maiwald, en dos volúmenes publicados separadamente (Teilband 1, 9ª ed., 2003, y Teilband 2, 8ª ed., 1999).

3. Maurach en la Universidad de Breslau

Como sucede en general con todos los penalistas alemanes de su generación, la obra de Reinhart Maurach como penalista se inicia en el período nacionalsocialista. Durante la mayor parte de ese período, desde 1933 a 1939, Maurach estuvo vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Breslau, en la que se habilitó y en la que ocupó el cargo de Director de la Sección Jurídica del Instituto de Derecho del Este Europeo.

El interés de Maurach por el “Ostrecht”, literalmente Derecho del Este, referido al Este europeo, se comprende perfectamente si se conocen los detalles más relevantes de su biografía, de la que, por ejemplo, Nerlich ofrece una detallada información en la obra antes citada (pp. 177 y ss.).

Nacido el 25 de marzo de 1902 en Simferopol, en la península de Crimea, a donde se había trasladado su padre médico recién casado con una mujer perteneciente a la alta burguesía alemana ubicada en los Países Bálticos. Allí trabajó en el hospital de la ciudad, en el que fue Director de la Sección de Oftalmología.

Lógicamente, Maurach, en un principio, tuvo la educación que tendría cualquier niño en el seno de una familia alemana viviendo en un país extranjero con diferentes lengua y costumbres, bien recibiendo directamente de sus padres las primeras letras y conocimientos (su madre, Antonie, tenía un buen nivel intelectual, que demostró en los años 30 escribiendo varios artículos sobre el tiempo pasado en Crimea), bien de forma privada de algún preceptor particular alemán, ya que no había en la ciudad ninguna escuela alemana. Ya en la adolescencia tuvo que asistir también, por tanto, a un instituto ruso, recibiendo las enseñanzas correspondientes a lo que sería un bachillerato ruso, idioma que llegó a hablar como su propia lengua materna.

En la última fase de esta etapa, durante la Primera Guerra Mundial, tanto él como su familia tuvieron que sufrir el rechazo de los rusos por su origen alemán, ya que en esa guerra Alemania y Rusia eran enemigos. Esta situación se agravó aún más tras la Revolución rusa en 1917, en la que ya no sólo se les cuestionaba como alemanes, sino como miembros de una burguesía con la que la revolución comunista quería acabar. A pesar de todo, Maurach tenía también la nacionalidad rusa y en esa lengua recibió los conocimientos sobre la forma de vida y la cultura rusa, que luego le servirían para convertirse en especialista en el Derecho de lo que tras la Revolución sería la Unión Soviética, y también posteriormente para trabajar como traductor de las tro-

pas alemanas en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial.

Según cuenta Nerlich, en otoño de 1918, a los dieciséis años, aprovechando que Crimea estaba ocupada todavía por las tropas alemanas, Maurach consiguió huir a Riga, Letonia, donde se refugió en casa de sus primos, la familia Seraphim, con uno de los cuales, Peter-Heinz, tuvo desde entonces una estrecha relación. Allí participó como soldado voluntario de la *Baltische Landeswehr* en la guerra que entre 1918 y 1920 hubo en los Países Bálticos por conseguir su independencia frente a las tropas de la naciente Unión Soviética mandadas por Trotsky⁶. En los Países Bálticos vivían también otros muchos alemanes que posteriormente huyeron de estos territorios, cuando pasaron a ser ocupados por las tropas rusas y a formar parte de la Unión Soviética.

El sentimiento antibolchevique y anticomunista tuvo que estar, por tanto, presente en Maurach a lo largo de su vida y, por lo menos desde el punto de vista de su experiencia personal en aquellos años, es comprensible. Más adelante veremos si ese sentimiento se tradujo también en un sentimiento antisemita, al que pudo llegar, al menos en una parte de su trayectoria como especialista en Derecho del Este de Europa, al entender que comunismo, bolchevismo y judaísmo estaban indisolublemente unidos; argumento que, como veremos más adelante, utilizó después en su dictamen en defensa del dirigente de los *Einsatzgruppen* Otto Ohlendorf, en el Proceso que contra él y otros dirigentes de esos grupos se llevó a cabo en Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

Tras estudiar Derecho en Würzburg y Breslau, donde se doctoró en 1925 con una tesis sobre “La situación jurídica de los extranjeros en la URSS”, bajo la dirección de Hans Helfritz, hizo sus prácticas como referendario en la Administración de Justicia y obtuvo luego plaza como Juez de Instancia en Breslau. En 1933, tras afiliarse el 1 de mayo al Partido Nacionalsocialista, pasa a ser Director de la Sección Jurídica del Instituto de Europa del Este de Breslau, con el que ya venía colaborando desde 1925. En 1934 consigue habilitarse, con el apoyo de su maestro, Johannes Nagler, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Breslau, en Derecho del Este y en Derecho penal, materias sobre las que escribió dos monografías, una sobre el Derecho penal soviético (“Grundlagen des räterussischen Strafrechts”, 1933), y otra sobre el estado de necesidad (“Kritik der Notstandlehre”, 1935).

Cuando parecía que en la vida todo le iba bien, ya afincado profesional y familiarmente en Breslau, donde nacieron sus dos hijos, un varón en 1934 y una hembra

en 1935, aparecieron los primeros problemas en su carrera.

Como aspirante a convertirse en Profesor de Derecho penal, Maurach encontró en la propia Facultad todo tipo de obstáculos, incluso para conseguir su habilitación. La causa inicial de sus problemas en este ámbito fue la actitud de rebeldía o incluso de desprecio que, según Nerlich, mostró Maurach cuando, de acuerdo con la regulación de la carrera docente que había introducido el régimen nacionalsocialista, tuvo que realizar un curso de capacitación o adoctrinamiento ideológico en una “Dozentakademie” en Kiel-Kitzeberg.

En su opinión, dicho curso era una pérdida de tiempo, e incluso llegó a criticar que dicho curso estuviera controlado por gente de la “Kieler Schule”, es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, a la que, junto con la de Breslau y Königsberg, se les había designado como “*Stosstruppfakultät*”, es decir, en una terminología belicista especialmente amada por los jefes nazis, “Facultades de Asalto”, encargadas especialmente de dar una orientación distinta a la enseñanza del Derecho y educar a los futuros juristas de acuerdo con los parámetros ideológicos del nacionalsocialismo.

Sin embargo, pronto surgieron discrepancias entre los profesores más importantes de las respectivas Facultades, que no entendían del mismo modo en qué debía consistir esa reorientación o renovación (*Erneuerung*) de la enseñanza del Derecho, y sobre todo del Derecho penal.

Sobre este enfrentamiento entre los penalistas de Kiel y de Breslau, que en ningún momento cuestionaban su fidelidad al nacionalsocialismo, ofrece una buena información la obra de Thomas Ditt anteriormente citada. En las páginas 150 y ss. se ocupa Ditt específicamente de lo que llama “ascenso y caída de Maurach”. Según Ditt, la actitud reticente de Maurach respecto a la Escuela de Kiel no sólo podría deberse a la antipatía que le provocaba que jóvenes penalistas de su misma edad, como Dahm y Schaffstein, pudieran enseñarles una forma de entender el Derecho penal que no coincidía con la tradición clásica que seguía su maestro Johannes Nagler, discípulo directo de Binding, y, como él, representante de una visión dogmática tradicional del Derecho penal. Por supuesto, no se trataba de un rechazo al régimen nacionalsocialista ni a su ideología, con la que todos estaban de acuerdo, sino más bien de un enfrentamiento personal y de una lucha por la supremacía en la nueva orientación que se le quería dar a la enseñanza del Derecho. Johannes Nagler, el maestro de Maurach, era, junto con otros penalistas igualmente relevantes en aquella época como Mezger o Kohlrausch, miembro de la Comisión creada en 1933 por el régimen

6 A este respecto Nerlich cita un artículo de Maurach, que entonces utilizaba el nombre de Reiko, contando su experiencia como soldado en dicha Guerra (*ob. cit.*, pp. 186-187).

nacionalsocialista para la reforma del Código penal. Es más, fue uno de los penalistas que defendió la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la pena de muerte a los presuntos autores del incendio del Reichstag en 1933, así que difícilmente podía ser calificado como contrario al nacionalsocialismo⁷.

Pero igual que otros penalistas conservadores de aquella época, Nagler miraba con reticencia los esfuerzos de los jóvenes integrantes de la llamada Escuela de Kiel en crear un Derecho penal de la voluntad, o incluso un Derecho penal de autor, en el que lo decisivo para determinar la ilicitud de un hecho era la actitud interna del autor más que la gravedad del delito cometido, sustituyendo el concepto de bien jurídico como fundamento material de la antijuricidad del delito, por el de fidelidad a la comunidad del pueblo y, en última instancia, a la voluntad del *Führer*. No parecía, por tanto, que Nagler fuera muy partidario de este tipo de renovación del pensamiento jurídicopenal tradicional que preconizaban los miembros de la Escuela de Kiel, y así lo debió expresar muchas veces, en público y en privado, y sobre todo en las reuniones de la Comisión para la reforma del Derecho penal en la que también se integraban algunos miembros de esa Escuela como Felix Dahm. Quizás por esto desde el primer momento los jefes nazis que preconizaban desde el Ministerio de Educación una renovación de las enseñanzas del Derecho de acuerdo con la ideología nacionalsocialista, buscaron poner al lado de Nagler, como contrapeso a su actitud conservadora, un penalista de la nueva generación, claramente afín a las tesis de la Escuela de Kiel. Y así fue como se propuso como catedrático de Derecho penal de la Universidad de Breslau a Heinrich Henkel, quien ya se había destacado por sus trabajos sobre el papel del juez en el nuevo régimen nacionalsocialista. En el libro de Ditt (pp. 86 y ss.) se describen muy bien las discrepancias y enfrentamientos que desde el primer momento surgieron entre Nagler, entonces Decano, y el Ministerio de Educación respecto a la provisión de las plazas de profesores en dicha Facultad.

En todo caso, parece, pues, que fue su vinculación con Nagler y sus críticas a los cursos de adoctrinamiento que impartían los miembros de la Escuela de Kiel lo que hizo que Maurach, a pesar de haber conseguido su habilitación como *Privatdozent*, primer paso para obtener una cátedra, tuviera dificultades para siquiera poder dar clases en la Facultad. Así, por ejemplo, menciona Ditt (p. 151, nota 79) que una petición de Nagler para que Maurach lo sustituyera en su labor docente durante un semestre sabático que le habían concedido, fue rechazada contundentemente por el Ministerio, que igualmente puso dificultades para que Maurach se hi-

ciera cargo interinamente de otras vacantes; y todo ello, a pesar de la pertenencia de Maurach al partido nacionalsocialista, e incluso después de haber vuelto a realizar el curso de adoctrinamiento docente que impartían los miembros de la Escuela de Kiel.

Pero el principal problema que tuvo Maurach para continuar su carrera académica como penalista, y que estuvo a punto de acabar también con su carrera como especialista en Derecho del Este europeo, fue un expediente disciplinario que se le abrió en 1937 por el Departamento de Seguridad del propio Partido nazi, como consecuencia de una denuncia anónima en la que se le acusaba de tendencias probolcheviques y de mantener contactos con juristas judíos de algunos países del Este europeo.

Una denuncia de este tipo sólo podía provenir de gente del propio Instituto y de colegas que, de forma abierta o encubiertamente, pretendían ocupar su puesto o, en todo caso, echarlo del Instituto. Uno de ellos era un tal Ernst H. Bockhoff, furibundo nacionalsocialista y antibolchevique, que escribió expresamente varios memorandums y artículos criticando la posición de Maurach respecto al Derecho soviético, acusándolo directamente de probolchevique, projudío e incluso de masón.

Evidentemente se trataba de una campaña orquestada para expulsar a Maurach del Instituto, como efectivamente sucedió, pues a raíz de estas denuncias, como el mismo Maurach relató después, fue suspendido de su cargo como Director de la Revista de Derecho Europeo y de la Sección de Derecho del Este Europeo que hasta entonces había ocupado en el Instituto, en el que se le prohibió incluso la entrada. Según relata, durante horas fue interrogado en varias ocasiones por inspectores del Servicio de Seguridad venidos directamente de Berlín sobre los hechos por los que había sido denunciado y tuvo que soportar además el registro de su casa, de su despacho, de la correspondencia y otros documentos, y el secuestro de los libros de su biblioteca.

En el capítulo 4 de su obra (pp. 209-296), Nerlich informa exhaustivamente no sólo del procedimiento disciplinario mismo, cuyas actas se encuentran en el *Bundesarchiv* y he podido consultar también personalmente, sino de los escritos de Backhoff, a los que califica de *Verleumdung* (calumnia), motivada por rencillas y odios personales (pp. 230-283).

Durante todo el tiempo que duró este procedimiento hasta que fue rehabilitado en 1939, Maurach se defendió frente a estos ataques afirmando continuamente su fidelidad al régimen y a la ideología nacionalsocialista, rechazando cualquier “veleidad” o proclividad con el bolchevismo y el judaísmo, llegando a decir, como

7 Sobre Nagler, véase la breve nota bibliográfica en Wikipedia, <https://de.wikipedia.org>; y también la nota necrológica que publicó Maurach en *Juristenzeitung*, 1952, p. 124: “Johannes Nagler zum Gedächtnis”.

prueba de que no era nada proclive al judaísmo, que hizo todo lo que pudo para que su antecesor en el Instituto fuera expulsado del mismo precisamente por ser judío y así pasar él a ocupar su puesto.

Hay que tener en cuenta que en aquel tiempo ser acusado de probolchevique y projudío era tan grave como que en la época más dura de la Inquisición Española, en el siglo XVI o XVII, alguien hubiera sido acusado de “hereje” o de “judaizante”, con las consecuencias que de ello se derivaban por más que después fuera absuelto de esas acusaciones.

Y efectivamente las acusaciones contra Maurach, aunque finalmente el procedimiento fue sobresido a mediados de 1939 por resolución de la Secretaria del Canciller y, por tanto, del propio Hitler, determinaron que nunca más pudiera regresar a su antiguo puesto de Director de la Revista y de la Sección Jurídica del Instituto, y que tampoco se le permitiera ejercer como profesor sustituto o simplemente como docente o encargado de cátedra en la Universidad de Breslau, en la que se había habilitado cinco años antes, a pesar de que siempre tuvo el apoyo de su maestro Nagler y de otros colegas de la Facultad de Derecho. Paradójicamente, durante todo ese tiempo siguió como Juez con el apoyo del Ministerio de Justicia, que en relación con el “caso Maurach” estuvo directamente enfrentado con el Ministerio de Educación.

Como consecuencia de todo ello, a Maurach no le quedó otra salida, para continuar su carrera docente e investigadora, que aceptar en 1940 un encargo de cátedra en la Universidad de Königsberg, cuya Facultad de Derecho también había sido designada como *Stosstruppfakultät*, en la que finalmente fue nombrado en 1941 Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Derecho del Este Europeo. Pero el nombramiento le llegó demasiado tarde para poder desempeñar con efectividad las funciones de los puestos que tanto había ambicionado.

En efecto, al poco tiempo de llegar a Königsberg, comenzó la Operación Barbarossa (22 de junio de 1941), por la que, tras el Pacto de no agresión firmado años antes entre el régimen nazi y la Unión Soviética (Pacto Molotov-Ribbentrop), las tropas alemanas invadieron Rusia sin previo aviso, desencadenando una guerra abierta que, en un principio, determinó un avance imparable del ejército alemán en Polonia, en los Países Bálticos y en el mismo territorio ruso. Esta invasión militar fue reforzada en la retaguardia por la acción de los *Einsatzgruppen*, grupos de voluntarios encargados de lo que se llamaba “limpieza étnica”, asesinando indiscriminadamente a grupos enteros de judíos, incluyendo mujeres y niños, y a personas sospechosas de apoyar a los comunistas. En dicha contienda Maurach actuó primero como intérprete de las tropas alemanas

y finalmente como soldado, cayendo prisionero de los rusos en marzo de 1945.

Mientras tanto, ya en 1939, se había operado un cambio importante en la orientación investigadora de Maurach. Como se puede ver en la exhaustiva lista de las publicaciones de Maurach entre 1939 y 1944, que añade Nerlich en el Apéndice de su libro (pp. 539-540), prácticamente casi todas sus publicaciones tratan de temas relacionados con los judíos en la Unión Soviética, sobre todo a partir de su extensa monografía “*Russische Judenpolitik*” (1939). En todas estas publicaciones se puede observar un claro sentimiento antisemita, haciendo especial hincapié sobre todo en la relación que, a su juicio, existía entre judaísmo y comunismo, en la influencia de los judíos en la política de la Unión Soviética y en la amenaza que esto representaba para los intereses de la Gran Alemania. Es posible que con ello Maurach sólo quisiera demostrar la inconsistencia de las denuncias que le habían hecho sus colegas del Instituto de Breslau por sus presuntas tendencias prosoviéticas y projudías. Pero en todo caso el contenido antisemita de estas publicaciones es evidente. Y conviene recordar que en esa época ya se había generalizado la persecución y exterminio de los judíos, y no meramente la discriminación jurídica y política que se manifestó en las Leyes de Núremberg de 1935. Sobre todo, tras la llamada *Kristallnacht* en noviembre de 1938, que Maurach tuvo que conocer o incluso presenciar como cualquier otro ciudadano alemán. Aquel día se destruyeron e incendiaron en casi todas las grandes ciudades alemanas centenares de comercios y casas particulares de judíos que fueron además víctimas de asesinatos y de graves agresiones personales. A partir de ese momento comenzó el internamiento masivo de los judíos en los Campos de Concentración y en 1942, tras la reunión en Wansee en la que un grupo de jefes nazis decidió la “*Endlösung*” (la “Solución Final”) de la población judía, su progresivo exterminio, internándola en guetos y finalmente en los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka.

¿Tuvo Maurach en aquel momento conocimiento de lo que estaba sucediendo con los judíos?

Nerlich se esfuerza en la parte dedicada a esta etapa de la vida de Maurach (pp. 365-380) en matizar o al menos relativizar el evidente antisemitismo que se refleja en las publicaciones de esta época, achacándolas a su afán por desmentir las acusaciones de Backhoff, Achmeteli y de otros que habían provocado su expediente disciplinario y su expulsión del cargo que ostentaba en el Instituto de Breslau. Pero independientemente de cuáles fueran sus motivos personales, lo cierto es que ya anteriormente Maurach había dado prueba de su antisemitismo en las declaraciones que hizo ante los Inspectores encargados de la instrucción del expediente disciplinario, hasta el punto de llegar a decir que había

sido él quien en 1933 más se había esforzado en expulsar del Instituto a su antecesor en el cargo, Friedrich Schöndorf, precisamente por ser judío. Pero es que además en la época de Königsberg, Maurach se había integrado en grupos antisemitas congregados en torno a la figura de Alfred Rosenberg, figura destacada en el régimen nacionalsocialista por su antisemitismo, por lo que luego fue condenado a muerte y ejecutado en el Proceso contra los principales responsables del nacionalsocialismo en Núremberg. En estos grupos se integraban otros juristas, economistas, profesores universitarios, etc., como los hermanos Seraphim, primos de Maurach, uno de los cuales, el economista Peter-Heinz, había ocupado también un cargo en el Instituto de Breslau, y luego posteriormente escribió en 1949 un libro junto con Maurach y Wolfrum, reivindicando los territorios del Este de Europa, entre el Oder y el Niese, como territorios alemanes.

A la vista de estos datos, ¿se puede negar el sentimiento antisemita que, por lo menos en aquella época, inspiraba y animaba los trabajos que Maurach publicaba sobre los judíos y su influencia, a su juicio perniciosa, sobre la política de la Unión Soviética, considerada oficialmente por el régimen nacionalsocialista, a partir del desencadenamiento de la Operación Barbarossa, como el gran enemigo y la más grave amenaza para la existencia de la Gran Alemania?

4. La participación de Maurach en la Segunda Guerra Mundial. Su testimonio sobre la masacre de Kaunas y la pasividad del ejército alemán ante la misma. El Informe Stahlecker

Desde principios de 1945 Maurach luchó en el frente como soldado hasta que cayó prisionero de los rusos en marzo de ese año. Pero ya desde 1941 venía actuando como traductor y *Sonderführer* de las tropas alemanas en el frente ruso, por lo que obviamente tuvo que presenciar también los asesinatos y actos de exterminio que paralelamente llevaban a cabo los *Einsatzgruppen* en la retaguardia contra los grupos judíos y eslavos sospechosos de colaborar con las tropas soviéticas.

Es el mismo Maurach quien relata esta experiencia en una sesión que tuvo lugar en 1956 en el Instituto de Historia contemporánea de Múnich. En dicha sesión Maurach relató que presencié directamente el asesinato de decenas de judíos ejecutados el 25/26 de junio de 1941 en las afueras de la ciudad lituana de Kaunas, en el patio de un garaje. Dicha masacre fue llevada a cabo

por lituanos partisanos nacionalistas ante la pasividad del ejército alemán, que acababa de entrar en la ciudad pocos días antes después de comenzada la Operación Barbarossa.

Según cuenta Maurach, escandalizado o enfadado (*mit Empörung*, según sus propias palabras) ante lo que estaba viendo, se dirigió al Coronel que mandaba las tropas alemanas para que pusiera fin a dicha matanza, pero éste le contestó que “tenía orden de no inmiscuirse en asuntos internos”⁸.

El testimonio de Maurach se confirma en las declaraciones que respecto a la masacre de Kaunas hizo también en dicha sesión el Coronel Lothar von Bischoffshausen. El testimonio de dicho Coronel está igualmente recogido en el libro de Krausnick antes citado y en casi todos los artículos, trabajos, libros y referencias que hay en Internet en relación con la masacre de Kaunas⁹.

Según cuenta el Coronel von Bischoffshausen, en la tarde del 27 de junio de 1941, mientras patrullaba por la ciudad, se encontró con una multitud de personas que se habían reunido junto a una estación de servicio. Cuando preguntó qué estaba pasando allí, le contestaron que un sujeto llamado el “tratante de la muerte” estaba castigando a todos los “traidores y colaboradores”. Y efectivamente allí estaba, según cuenta el Coronel, un joven rubio de unos 25 años, apoyado en una barra de hierro, y a sus pies, como lo demuestran las fotos que hay de aquel hecho, unas quince o veinte personas moribundas o ya muertas, a las que había golpeado con la barra de hierro, esperando otras que le iba entregando, uno a uno, un grupo de hombres armados. Los golpes eran acompañados de una salva de aplausos y vítores de la multitud allí congregada, entre la que había mujeres, hombres que llevaban sobre sus hombros a niños para que presenciaran la escena y algunos soldados alemanes que miraban curiosos sin intervenir en ella. Con razón dice el citado Coronel, un militar profesional avezado que ya había participado en la Primera Guerra Mundial, que nunca había presenciado antes un hecho tan brutal como el que había visto en Kaunas. No obstante, a pesar de la repugnancia que debió causarle el hecho, no hizo nada por impedirlo, probablemente porque, según cuenta también Maurach, tenía órdenes de “no inmiscuirse en asuntos internos”.

Es interesante destacar, como hace Krausnick (lug.a. cit), que esta actitud pasiva mostrada por los responsables de las tropas alemanas ante la masacre de ciudadanos judíos que se estaba produciendo ante sus propios ojos, parece no importarle mucho al mencionado Coro-

8 KRAUSNICK, Helmuth: *Hitlers Einsatzgruppen*, 1981, p. 179. Y en las notas 311 y 313 se refiere a la declaración del Prof. Dr. R. Maurach realizada el 13.10.56 en una sesión del “Arbeitskreis der Europ. Publikation E.V.”, Institut für Zeitgeschichte de Munich (IfZ, ZS/28, p. 59).

9 Por ejemplo, en Youtube o en <https://fotoscuriosas.org>. se pueden ver además fotos de aquella masacre verdaderamente espeluznante.

nel, a pesar de que claramente contradice y contradecía las reglas más elementales del Derecho de guerra y las Convenciones internacionales, que reconocen como una de las principales misiones proteger la vida y bienes de la población civil no beligerante. Es cierto que la responsabilidad de los superiores militares se refiere ahora en el art. 28 del Estatuto de Roma a los delitos que cometen sus subordinados, pero no cabe duda de que también tienen la obligación, por Derecho humanitario consuetudinario recogido en las Convenciones de Ginebra, de proteger a la población civil y evitar los ataques a la misma. Evidentemente, masacres como la de Kaunas se produjeron luego, además de en la misma Kaunas, en la llamada Séptima Fortaleza, y el 29 de octubre de 1941, en otros muchos lugares de Lituania, donde fue asesinado el 90 o 95 por ciento de la población judía. Hechos similares se produjeron en otros muchos lugares de Polonia, Bielorrusia, Países Bálticos y Rusia. Según Krausnick, el que el ejército alemán no interviniera directamente en estos hechos y no hiciera nada para impedirlos, tanto cuando las masacres de judíos eran llevadas a cabo por los propios nacionales de esos países, como, lo que era más frecuente, cuando las realizaban los escuadrones de voluntarios alemanes integrados en los *Einsatzgruppen*, demuestra la connivencia del ejército alemán con dichos escuadrones y, por tanto, su responsabilidad en los crímenes de guerra y el genocidio que éstos llevaban a cabo como parte de la *Endlösung* (Solución Final) del pueblo judío que poco tiempo después decretaron los altos cargos del régimen nazi reunidos en la Isla de Wansee, cerca de Berlín, en 1942.

La connivencia entre el ejército alemán y los *Einsatzgruppen* y la consiguiente responsabilidad penal de los mandos del ejército alemán, aunque sólo fuera por omisión, en las masacres de judíos que se cometieron en su presencia no sólo en Lituania en 1941, sino en otros muchos lugares del Este europeo, está más que probada, como también lo están los crímenes cometidos por el propio Ejército alemán no sólo contra el personal civil, sino también apoderándose de las riquezas económicas, cosechas y patrimonio artístico de los pueblos que ocupaban. En el libro de Götz Aly, “La utopía nazi. Cómo Hitler compró a los alemanes”, se demuestra claramente que la actuación del ejército alemán en los países del Este de Europa no fue tan impecable como algunos defienden, y que no sólo se limitó a las operaciones bélicas, también directa o indirectamente dejaron en manos de la población autóctona o de los *Einsatzgruppen* la tarea de lo que ellos llamaban “limpieza étnica”.

De ello hay también datos concretos en el volumen IV de la colección de Actas de los Juicios de Núremberg¹⁰. En dichas Actas se recoge el informe del *SS-Brigadeführer Stahlecker* (Informe Stahlecker), realizado el 15 de octubre de 1941, en el que se relata con todo detalle la masacre de Kaunas y otras similares que sucedieron poco después.

El informe de Stahlecker (p. 435) dice lo siguiente:

“Comienzo de las actividades de autolimpieza. Si se considera el sufrimiento que padeció la población de los Países Bálticos en la época en la que estuvieron integrados en la URSS bajo el dominio del bolchevismo y del judaísmo, era presumible que, tras su liberación del dominio extranjero, con la retirada del Ejército Rojo, trataran de exterminar la masa de enemigos que se habían quedado en el país. La misión de la Policía de seguridad era poner en marcha las legítimas aspiraciones de limpieza y dirigir las adecuadamente, para conseguir lo antes posible esa acción de limpieza. No menos importante era crear posteriormente la circunstancia existente y comprobable para que la población liberada pudiera por sí misma emplear las más duras medidas contra el enemigo bolchevique y judío, sin que fuera necesaria ninguna orden o instrucción por parte alemana. En Lituania ocurrió esto por primera vez con la actuación de los partisanos. Al principio, sorprendentemente no fue fácil poner en marcha un Pogrom de gran magnitud contra los judíos. Esto lo consiguió el jefe del citado grupo de partisanos, Klimatis, que fue encargado por un pequeño comando ya establecido anteriormente de organizar un Pogrom, sin que fuera necesario por parte alemana ninguna instrucción o encargo para que ello se hiciera. En el trascurso de este Pogrom, en la noche del 25/26.6, fueron eliminados por los partisanos lituanos más de 1500 judíos, varias Sinagogas fueron incendiadas o destruidas y unas 60 casas del barrio judío incendiadas. En las siguientes noches fueron exterminados del mismo modo unos 2300 judíos. También se llevaron a cabo acciones similares, siguiendo el ejemplo de Kaunas, en otras partes de Lituania, aunque de menor importancia, limitándose a los comunistas que allí habían quedado. Con la debida información a los organismos competentes del ejército alemán, que aprobaron completamente estas acciones¹¹, continuaron sin problemas las acciones de limpieza. Desde un principio pareció lógico que sólo los primeros días tras la ocupación alemana sería posible llevar a cabo esos Pogroms o acciones de limpieza, que concluyeron una vez que los partisanos fueron desarmados”.

Es evidente que el tal Stahlecker (muerto posteriormente en 1942 en acción de guerra), con esta declaración pretendía desviar también la responsabilidad de

¹⁰ Véase https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nuernberg october 1946-april 1949*, p. 435.

¹¹ Subrayado añadido por el autor de este artículo.

este tipo de ejecuciones masivas que se llevaron a cabo en los territorios ocupados por las tropas alemanas, a los grupos nacionalistas lituanos, que ciertamente colaboraron a veces con entusiasmo en las ejecuciones que llevaban a cabo los *Einsatzgruppen*, que incluso llegaron a inducirlos directamente para que las realizaran, como sucedió concretamente en Kaunas y en otros lugares que tuvieron lugar en los siguientes meses en todo el territorio lituano. Pero incluso aunque en el caso de la masacre de Kaunas el 25/27 de junio de 1941 (la primera de las otras que siguieron después) el ejército alemán se hubiera mantenido en total pasividad, contemplando cómo los grupos nacionales lituanos la llevaban a cabo, el hecho no deja de ser igualmente grave, teniendo en cuenta que, como Stahlecker dice expresamente, la misma actitud de pasividad, cuando no de connivencia, mostraron los mandos del ejército cuando, una vez que los nacionalistas lituanos fueron desarmados, estas acciones de limpieza fueron continuadas ya directamente por los *Einsatzgruppen*.

En todo caso, lo que parece obvio es que estando Maurach en aquellos lugares como “*Sonderführer*” e intérprete de las tropas alemanas, tuvo necesariamente que contemplar también esas masacres, aunque no participara directamente en ellas. Por eso, no deja de ser sorprendente que, como veremos en el siguiente epígrafe, no tuviera ningún problema en intervenir luego en el Proceso de Núremberg que luego se llevó a cabo contra los *Einsatzgruppen*, precisamente como asesor de la defensa de uno de los principales responsables de esas masacres: el General de División de las SS Otto Ohlendorf.

5. La participación de Maurach como asesor de la defensa de Ohlendorf en el Proceso de Núremberg contra los *Einsatzgruppen*

Al final de la Guerra, en marzo de 1945, Maurach cayó prisionero de las tropas soviéticas, lo que, en principio, dados sus antecedentes y sus publicaciones antibolcheviques y antisemitas de los años anteriores, podía haberlo llevado directamente al paredón o, como le sucedió a tantos otros compañeros de cautiverio, a quedarse mucho tiempo en algún campo de prisioneros ruso. Pero probablemente, como él mismo reconoció en sus declaraciones posteriores, debido a su dominio del idioma ruso, a su colaboración como traductor en los interrogatorios a los que eran sometidos otros prisioneros alemanes y a su mal estado de salud, fue pronto liberado y ya en 1946 lo vemos, como tantos otros alemanes huidos de los territorios del Este europeo

ocupados por las tropas soviéticas, en Baviera, buscando trabajo como profesor en diversas Universidades de la zona, como Würzburg o Múnich.

Como tantos otros profesores, funcionarios y antiguos miembros del partido nacionalsocialista, también Maurach tuvo que pasar por los procesos de “desnazificación” que habían puesto en marcha los Aliados para depurar la administración alemana de los elementos más directamente relacionados con dicho régimen. También aquí parecía que Maurach, dados sus antecedentes, podía tener serias dificultades para salir bien librado de este proceso; pero una vez más tuvo suerte. Según informa Nerlich (pp. 389 y ss.), sacando el dato directamente del expediente del proceso de desnazificación, Maurach fue clasificado, efectivamente, al principio, como “*Belasted*”; es decir, como implicado en el régimen nazi. Pero, como tantas veces sucedió en aquellos procesos, que se convirtieron finalmente en una verdadera farsa, Maurach, gracias a certificados que le firmaron amigos y parientes que juraron y perjuraron que él había sido siempre crítico con el régimen nazi, y gracias también al expediente disciplinario al que había sido sometido por el Servicio de Seguridad nazi en su etapa en el Instituto de Breslau, pero sobre todo gracias a que la Comisión encargada de la desnazificación no llegó a tener noticias de las publicaciones antisemitas durante su etapa en Königsberg, Maurach consiguió ser clasificado como “*Unbelastet*”, lo que, según él mismo confesó en carta a un amigo, suponía “su completa rehabilitación”.

Nerlich (pp. 396 y ss.) relata pormenorizadamente las actividades de Maurach en aquella época como asesor de editoriales, autor de un Manual de Derecho penal (“*Grundriss des Strafrechts*”, 1948) y director de alguna revista. Pero lo más importante para él fue, sin duda, que, por fin, logró incorporarse como profesor a la Universidad de Múnich, contando, entre otros, con el apoyo decisivo de Edmund Mezger. Finalmente, consiguió la cátedra de Franz Exner, importante criminólogo, que acababa de fallecer y que años antes había redactado para el Gobierno nacionalsocialista, junto con Mezger, el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad¹².

A tenor de la correspondencia que mantuvo Maurach con algunos colegas y amigos que lo apoyaron en su *rentrée* universitaria, aquellos años fueron para él unos años difíciles, pero también felices, porque, por fin, pudo rehacer su vida familiar y profesional. Tras las penurias pasadas, Maurach volvió a encontrarse con su familia en Múnich, halló una buena vivienda y regresó a su actividad como profesor, una ilusión que

12 Sobre este Proyecto puede verse el capítulo III de mi libro *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, antes citado. Exner había sido además abogado defensor del General Jodl en el Proceso de Núremberg contra los principales responsables del régimen nacionalsocialista (Proceso 1). Jodl fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

no había podido llevar a cabo, por las razones ya dichas, en Breslau, y que apenas había podido satisfacer durante el breve tiempo que estuvo como profesor en Königsberg. Tras ser nombrado Profesor de Derecho penal en la Universidad de Múnich publicó una importante monografía sobre “Schuld und Verantwortung im Strafrecht” (“Culpabilidad y responsabilidad en Derecho penal”, 1949), y un *Grundriss* o Manual tanto de Parte General, como Especial (1949). También siguió ocupándose del Derecho del Este europeo, publicando a partir de 1948 diversos trabajos sobre la Constitución soviética, la situación de los prisioneros de guerra alemanes en la URSS, el Derecho penal soviético y naturalmente también, a partir de la división de Alemania en dos naciones, sobre el Derecho penal de la República Democrática Alemana (DDR en sus siglas alemanas).

Sin embargo, este panorama casi idílico, en el que Maurach volvió a llevar una vida normal como profesor universitario y buen padre de familia, se vio pronto perturbado por otra serie de problemas que se presentaron poco después de tomar posesión de su cátedra de Múnich. Estos problemas tuvieron su origen en el Dictamen de Maurach y su asesoramiento en favor de la defensa de Otto Ohlendorf.

Según Nerlich (pp. 403-404), Maurach escribió dictámenes para diversos procesos de Núremberg: para la defensa de los acusados en el Proceso 6 contra la IG-Farbe (fabricante del gas Zyclon B usado en las cámaras de gas de los Campos de Exterminio para exterminar masivamente a los reclusos en ellos); para la de los acusados en el Proceso 7 contra los Generales del frente Suroeste y para la de los acusados en el Proceso 12 contra los Jefes del Estado Mayor del Ejército Alemán (OKW), acusados por Crímenes de Guerra cometidos en el ámbito de sus respectivas competencias. Todos ellos demuestran no sólo el prestigio que ya entonces tenía Maurach como especialista en Derecho penal, sino también su estrecha vinculación con los círculos jurídicos encargados de defender a los acusados en estos procesos, a los que lógicamente les venía muy bien el apoyo o asesoramiento jurídico de un reputado profesor de Derecho penal y especialista en el Derecho de los países del Este europeo.

Pero de todos estos dictámenes, el más importante y el que realmente le trajo luego problemas fue el que escribió en favor de Otto Ohlendorf en el Proceso que tuvo lugar en Núremberg entre el 17 de septiembre de 1947 y el 10 de abril de 1948 contra los *Einsatzgruppen* (el Proceso 9 de los llamados *Nachfolgeprozesse* tras el primero contra los principales responsables del régimen nazi).

Merece la pena dedicarle algunas páginas a este dictamen, no sólo por las consecuencias negativas que luego tuvo para Maurach, sino también porque en él sostiene una tesis que ya antes había mantenido y que

coincidía con una de las tesis principales del régimen nacionalsocialista, y, por tanto, también de los miembros de los *Einsatzgruppen* acusados en dicho proceso: considerar a los judíos como una especie de aliados naturales del bolchevismo a cuya expansión en la Rusia soviética habían contribuido y contra los que, por tanto, había que luchar y exterminar en defensa del Estado nacionalsocialista.

Que Maurach estuviera o no de acuerdo en su fuero interno también con las brutales acciones que en defensa de esta idea llevaron a cabo los *Einsatzgruppen* en el Este de Europa, es algo que obviamente sólo él podría contestar. En todo caso, de su dictamen se pueden sacar algunas conclusiones.

El dictamen se encuentra recogido en “Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nuernberg october 1946-april 1949” (por el que se cita aquí). Este volumen contiene las Actas del proceso contra los *Einsatzgruppen*. En él se juzgó a los principales responsables de estos “grupos de intervención” formados por voluntarios que tenían como misión eliminar sobre todo a los judíos que se encontraban en los territorios ocupados por las tropas alemanas en el Este de Europa, principalmente Polonia, Países Bálticos y Rusia. En dichas operaciones se llevaron a cabo ejecuciones masivas de judíos, incluyendo mujeres y niños, brutalmente asesinados, en un número que se calcula pudo superar el millón de personas.

El principal acusado en este proceso fue el Jefe de uno de estos grupos, Sección D, el economista y alto cargo de las SS, Dr.Otto Ohlendorf.

Según se recoge en las Actas del proceso (pp. 593-594), como experto legal y asesor de la defensa, llevada a cabo por el Dr. Aschenauer, actuó el Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo, el Dr. Reinhart Maurach, quien el 15 de octubre de 1947 compareció ante el Tribunal y prestó su testimonio ante el mismo. En el volumen IV se recoge sólo un resumen (“extract”) de este testimonio, traducido al inglés, en las páginas 339 a 355, que es por donde se cita aquí. Dicho informe, según se aclara en la nota 2 de la página 339, por acuerdo entre la defensa y la acusación, fue presentado por escrito y no oralmente.

Índice del dictamen de Maurach:

- “Introducción: Objeto y delimitación de este informe.
- A. El derecho aplicable.
 1. La llamada Parte General de la Ley No.10.
 2. El sistema jurídico utilizable como “Parte General de la Ley No.10”.
- B. Los requisitos legales del estado de necesidad putativo y de la legítima defensa putativa conforme a las concepciones jurídicas continentales.
 1. Legítima defensa.
 1. Conforme al Derecho alemán.

2. Conforme al Derecho soviético.
- II. Estado de necesidad.
 1. Conforme al Derecho alemán.
 2. Conforme al Derecho soviético.
- III. Conclusiones que se derivan de la comparación entre estos dos sistemas jurídicos.
- C. Inclusión del caso concreto en los requisitos jurídicos establecidos.
 1. Los requisitos objetivos: La guerra contra la Unión Soviética como guerra excepcional.
 - a. La actitud de la Unión soviética en relación con el Derecho internacional desde su formación hasta el comienzo de la guerra en 1941.
 - aa) Lucha de clases y guerra internacional a la luz de la teoría soviética.
 - bb) Uso del Derecho internacional como instrumento en la lucha contra los Estados no comunistas.
 - cc) La práctica de la Unión Soviética en atención al Derecho internacional antes del comienzo de la guerra con Alemania.
 - b. La conducta de la URSS tras el comienzo de la guerra en 1941.
 - aa) Sobre el carácter vinculante de los usos bélicos.
 - bb) La conducta de los llamados partisanos en la guerra.
 2. Los requisitos subjetivos: bolchevismo y judaísmo.
 - a. La aparición del “problema judío con el problema bolchevique”, según la teoría oficial nazi.
 - b. Las vinculaciones entre judaísmo y bolchevismo en las experiencias y concepciones personales del acusado.
 3. Conclusiones desde el punto de vista del Derecho penal.
 - a. Defensa putativa de terceros en caso de desastre.
 - b. Estado de necesidad putativo”.

Lo primero que hay que decir de este dictamen, es que Maurach en ningún caso negó los hechos de los que eran acusados Ohlendorf y los demás coacusados, lo que por lo demás era difícil no sólo porque las pruebas de los mismos eran apabullantes, sino también porque los propios acusados los habían confesado, con más o menos matices. Así que desde el primer momento Maurach manifiesta muy claramente que él no se va a ocupar de la *antijuricidad* de los actos que éstos realizaron, sino de la *culpabilidad* de los acusados (cursivas en el original; p. 339). Esta contundente afirmación sorprende tanto al Tribunal que hasta llega a decir en la sentencia que “las afirmaciones del Dr. Maurach más bien sirven para apoyar las tesis de la acusación que de la defensa” (*sic*: p. 465). Pero como después el mismo Tribunal constata, Maurach, en una suerte de “malabarismo jurídico”, buscando argumentos que puedan ayudar a exonerar o al menos atenuar la responsabilidad de su mandante, realiza una serie de consideraciones sobre

el estado de necesidad y la legítima defensa, cuyos límites y presupuestos interpreta en relación con el caso que se está juzgando.

Al Tribunal le sorprende también que Maurach utilice para fundamentar su opinión el Derecho penal soviético, con el argumento de que el lugar en el que se cometieron la mayor parte de sus hechos era territorio de la Unión Soviética, pues, como dice luego en la sentencia, cualquiera que fuera la regulación del Derecho soviético sobre estas materias, resultaba paradójico que se quisiera invocar el Derecho de un país cuya destrucción política, social, económica y jurídica era precisamente lo que pretendían los acusados.

Ya entrando en el fondo del problema, el Tribunal también rechaza la pretensión de Maurach de considerar que la Unión soviética había perdido su condición de sujeto de Derecho internacional desde el momento en que las tropas alemanas no eran atacadas por las tropas del Ejército rojo como en una guerra convencional, respetando las normas del Derecho internacional de guerra, sino por grupos de partisanos, salidos de la población civil, que actuaban de forma sorpresiva, sin uniforme militar, realizando acciones de sabotaje en la retaguardia. Para Maurach se trataba de una forma peculiar de guerra, de una “guerra de excepción”, en la que las tropas alemanas tenían que actuar para defenderse utilizando medidas excepcionales, como las represalias sobre la población civil de los pueblos cercanos a los lugares donde las tropas alemanas eran atacadas. Aunque no lo dijera claramente, con ello Maurach pretendía ofrecer una peculiar forma de legitimación de la barbarie cometida por los *Einsatzgruppen*, argumentando que la tarea oficial de estos era asegurar la retaguardia de las tropas alemanas, eliminando los grupos de partisanos y acabando con presuntos colaboradores, espías etc., la llamada “quinta columna”, que podían atacar por la espalda al ejército alemán. En un peculiar entendimiento del “*ius in bello*”, esto les permitía utilizar todos los medios que fueran necesarios y eficaces para asegurar su misión. Partiendo de esta peculiar concepción del Derecho de guerra, venía a decir que los *Einsatzgruppen* en esas circunstancias podían emplear cualquier medio con tal de acabar con el enemigo en la retaguardia.

El Tribunal rechaza el argumento de Maurach recordando que fue Alemania la que invadió sorpresivamente a la Unión Soviética, rompiendo sin previo aviso el Pacto de No Agresión que poco antes habían firmado los representantes de ambas naciones, conocido como el Pacto Molotov-Ribbentrop, y considera que la invasión de la Unión Soviética era una verdadera “Guerra de Agresión”.

En este punto el Tribunal muestra una rara ecuanimidad y objetividad, no dejándose conmovir por las continuas referencias que hace Maurach al peligro que

supone el comunismo para la civilización occidental, a su voluntad de dominio el mundo (característica, según él, del pensamiento judío) y a la estrecha vinculación entre bolchevismo y judaísmo. Cualquiera que fuera la ideología de los jueces, que se puede suponer no era nada afín al comunismo bolchevique, condenan no sólo la invasión de la Unión Soviética, sino, además, con toda contundencia, la forma brutal y despreciativa con la que los *Einsatzgruppen* trataron a la población civil, las ejecuciones masivas de personas inocentes, incluyendo a niños que obviamente no podían representar ningún peligro para la seguridad del Estado nacionalsocialista (p. 446).

Desde luego, lo que no podían esperar los *Einsatzgruppen* es que los judíos se entregaran mansamente al exterminio que les aguardaba sólo por el hecho de ser judíos. Ya en esa época, y concretamente desde finales de 1938, había comenzado en Alemania el internamiento en Campos de Concentración de los judíos, su posterior aislamiento en guetos como el de Varsovia y la pérdida de sus derechos como ciudadanos, para terminar finalmente con su eliminación física. Esto hizo que muchos judíos radicados en los países del Este de Europa o en los territorios de la Unión Soviética se integraran en los grupos de la resistencia a las tropas alemanas, exponiéndose así a las represalias consiguientes.

Por lo que se refiere a las actividades de los *Einsatzgruppen*, éstos no se limitaron sólo a acabar con los grupos de resistencia, formados por partisanos, judíos o no, sino que se dedicaron además a la eliminación directa de familias enteras, mujeres y niños incluidos, o a su deportación en masa a los Campos de Exterminio, tras incendiar sus casas y sinagogas. ¿Cómo podía decirse que los que cometían esas fechorías actuaban en estado de necesidad o en una situación de legítima defensa putativa del estado nacionalsocialista “por razones ideológicas”?

A esta pregunta Maurach responde que los *Einsatzgruppen* no asesinaban a los judíos porque fueran judíos, sino porque los identificaban con los bolcheviques, es decir, con los comunistas y, por tanto, al eliminarlos, lo hacían para defender a Alemania de la amenaza comunista. Por tanto, cualquiera que fueran las fechorías y crímenes que cometieron contra los judíos, lo hacían con el “elemento subjetivo” de defender a su patria, Alemania, de la amenaza bolchevique-comunista (apartado III, C, 2).

El argumento principal de Maurach es que los acusados, y concretamente su comandante el General de División de las SS, Ohlendorf, habían sido previamente adoctrinados en la tesis oficial nacionalsocialista de que judaísmo y bolchevismo eran una misma cosa, que ponía en peligro la misma existencia del Estado nacionalsocialista, y que, por tanto, siguiendo fielmente esta doctrina y las órdenes impartidas por el *Führer*, actua-

ban convencidos de que eliminando a los judíos, cuantos más mejor, incluyendo niños, defendían al Estado nacionalsocialista. Maurach no llega a decir que éste adoctrinamiento ideológico fuera correcto, pero desde luego este argumento coincide casi literalmente con lo que él mismo había dicho respecto a esta cuestión en muchos de los artículos y monografías que había publicado entre 1939 y 1944. Pero independientemente de sus convicciones personales, lo que Maurach viene a decir es que esta ideología estaba tan profundamente arraigada entre los miembros de los *Einsatzgruppen*, que era comprensible que actuaran como actuaron; es decir, en la creencia errónea, pero fundada de que estaban defendiendo la existencia de Alemania, tal como la entendía el régimen nacionalsocialista, y, por tanto, expresado en los términos de la dogmática jurídico penal alemana, en “legítima defensa (putativa) del Estado por razones ideológicas”.

Curiosamente, en este contexto Maurach cita como uno de los ideólogos nazis que habían contribuido a crear esa mentalidad entre los *Einsatzgruppen* y en amplios sectores de la población alemana, además de a Hitler y Rosenberg, a su antiguo enemigo Backhoff, quien con sus escritos de denuncia contra Maurach había sido uno de los causantes de que en 1937 se le abriera el expediente disciplinario que le costó la expulsión del Instituto de Europa del Este de Breslau y puso en peligro su carrera académica. Lo que no dice, por supuesto, es que él también contribuyó a esa teoría, al menos en sus escritos a partir de 1939, precisamente para demostrarle a Backhoff que él era más antibolchevique y antisemita que los que lo habían denunciado. Con ello se pone de relieve no sólo la astucia de Maurach, sino también su afán en devolverle la pelota a su antiguo denunciante Backhoff, quien por lo demás, igual que él, se reinsertó sin problemas en el nuevo sistema democrático de la República Federal Alemana, en la que llegó a ocupar puestos importantes.

Desde el punto de vista dogmático, Maurach se mueve, por tanto, en un terreno resbaladizo entre la justificación y la exculpación, en el que sin afirmar, en ningún caso, que las acciones de los *Einsatzgruppen* estuvieran justificadas, pretende exonerar a sus autores a través de un entendimiento muy peculiar del estado de necesidad y de la legítima defensa, sin decir claramente cuál de las dos exenciones vendría en consideración, utilizándolas unas veces de forma alternativa y otras conjuntamente.

La posibilidad de invocar la obediencia debida a las órdenes del *Führer* es rechazada también enérgicamente por el Tribunal, que considera que éstas nunca podían ser vinculantes, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, para justificar las ejecuciones masivas de grupos enteros de judíos y civiles, incluidos niños, que no habían atacado a las fuerzas alemanas

ocupantes. El argumento de Maurach de que los *Einsatzgruppen* actuaban convencidos de que matar judíos era igual que matar bolcheviques, es rechazado por el Tribunal, que lo considera una perversión de los más elementales valores éticos de la humanidad.

En consecuencia, rechazando el dictamen de Maurach, el Tribunal de Núremberg condenó a Ohlendorf, por su responsabilidad en unas 90.000 ejecuciones, a la pena de muerte (pp. 510 y 587), que, tras haber sido confirmada, finalmente se ejecutó en 1951¹³.

6. Maurach en la Universidad de Múnich

A los que Maurach tampoco convenció con sus argumentos fue a los miembros del Órgano de control del Gobierno de los Aliados, que consideraron que con este dictamen Maurach había revelado su verdadera ideología, directamente nacionalsocialista, y, por tanto, debía ser expulsado inmediatamente de la cátedra para la que acababa de ser nombrado en la Universidad de Múnich. Concretamente, según relata Nerlich (p. 403), el Director de la sección cultural de la Oficina del Gobierno militar norteamericano, el General Alonso Grace, solicitó a la Universidad de Múnich que revocara el nombramiento de Maurach pues en su “meditada opinión gente del espíritu del Profesor Maurach representaba un muy serio peligro para la democratización de Alemania y la paz mundial”. Y el que fue fiscal en el Proceso de los *Einsatzgruppen*, Ferencz, decía que Maurach tenía “el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich Himmler”.

Esta solicitud motivó que el Ministerio de Educación abriera un expediente y solicitara de Maurach y de la propia Facultad de Derecho una explicación. El Decano de la Facultad, Prof. Kaufmann solicitó a un grupo de profesores, entre ellos Edmund Mezger, que manifestaran su opinión sobre el Dictamen de Maurach en el Proceso contra los *Einsatzgruppen*. La respuesta de este grupo de profesores fue que no era su misión juzgar las actividades que a título particular pudiera realizar un miembro de esa Facultad, aunque deploraban y rechazaban el contenido del dictamen como tal, con el que decían no estar de acuerdo. El Ministerio de Educación, por su parte, dio largas al asunto, entendiendo

que en ningún caso podía prohibirse a un profesor que expresara su opinión científicamente fundada respecto a cualquier tema y que, igual que un abogado tenía todo el derecho a defender a su mandante cualquiera que fuese el delito del que era acusado, como ya había hecho el antecesor de Maurach, el Profesor Exner defendiendo al General Jodl, de igual manera un profesor podía expresar su opinión y ofrecer argumentos al abogado para su defensa, no existiendo ninguna diferencia entre ambas funciones.

La oficina del Gobierno de los Aliados no se dio por satisfecha con estas explicaciones y siguió solicitando la revocación del nombramiento de Maurach como profesor e incluso la revisión de su proceso de desnazificación. El hecho, según Nerlich, tuvo cierta trascendencia mediática e hizo que durante el semestre de verano de 1949 Maurach quedara apartado de su actividad docente. Pero una vez pasada esta “tormenta de verano”, Maurach reanudó su actividad académica sin mayores problemas. Poco a poco el caso se fue diluyendo. Los Procesos de Núremberg habían terminado. Los rusos habían bloqueado el acceso a Berlín. La Guerra Fría había comenzado y a los Aliados, principalmente a los norteamericanos, ya no les interesaba tanto lo que habían hecho en el pasado los antiguos nazis, sino su anticomunismo, del que habían dado ya prueba durante la etapa nacionalsocialista y que diariamente manifestaban en sus actividades profesionales, académicas o políticas. En el caso de Maurach no había la menor duda de su anticomunismo. Sólo tuvo que ocultar el antisemitismo del que había hecho gala entre 1939 y 1944.

Algunos años más tarde Maurach volvió a manifestar claramente de qué lado estaban sus simpatías ideológicas y no tuvo inconveniente en extender el manto piadoso de su tesis de la exención de responsabilidad penal a un sujeto acusado de haber cometido hechos similares a los de los *Einsatzgruppen*, aunque aduciendo otro tipo de argumentos.

Según relata Hans Magnus Enzensberger¹⁴:

“A principios de 1964 compareció en juicio el ex sargento mayor L. Scherer en Kempten/Allgäu. Fue acusado de haber encerrado en una choza de madera a quince hom-

13 Según cálculos aproximados, los *Einsatzgruppen* llegaron a matar a más de un millón de personas entre la población civil ubicada en los territorios del Este europeo. El total de muertos en la población civil rusa durante la Segunda Guerra Mundial fue superior a los diez millones y el total de muertos por parte rusa en la guerra con los alemanes superó los veinte millones. En relación con este tema y con la intervención de Maurach como asesor de la defensa en el proceso contra los *Einsatzgruppen*, Daniel Jonah GOLDHAGEN, en su libro *Hitler's Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*, 1997, p. 393, llega incluso a decir que “Maurach, igual que los que cometieron los hechos, seguía todavía en el período posterior a la guerra, poseído de esta ideología, así que procedía a defenderla como si fuese correcta”. Nerlich se opone enérgicamente a esta conclusión, señalando que Maurach en ningún caso dijo que el hecho estuviera justificado ni defendió como propia la ideología de su mandante, pero admite ciertamente que su dictamen era confuso a este respecto (p. 405: “allerdings vermeidet er interessanterweise eine eindeutige Stellungnahme”: “ciertamente evita de forma interesada una clara posición”).

14 ENZENSBERGER, Hans Magnus: *Política y delito*, Barcelona, 1968, pp. 23 y 24.

bres, mujeres y niños, a quienes había sorprendido en la tala de una zona de bosques en el distrito de Brjansk durante la Segunda Guerra Mundial, pegando luego fuego a la choza y arrojado encima granadas de mano. El profesor Maurach de la Universidad de Múnich presentó un informe al tribunal. En él sostenía la opinión de que al dictar sentencia habría que tener en cuenta la 'extraordinaria excitación del soldado'. La matanza de quince hombres, mujeres y niños la consideraba él como 'no contraria a la ley'. El tribunal dictó sentencia absolutoria. El acusado, según consta en los considerandos de la sentencia, se vio precisado a cumplir órdenes en estado de crisis"¹⁵.

Con su nombramiento como Profesor de Derecho penal y procesal penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, y como Director del nuevo Instituto Derecho del Este Europeo creado a instancias suyas en 1957, Maurach se asentó definitivamente en la Facultad de Derecho de la capital bávara, en la para él segura y grata compañía de otros importantes profesores de Derecho que igual que él habían estado muy relacionados con el régimen nacionalsocialista, lo que no había sido ningún obstáculo para volver a ocupar sus respectivas cátedras; entre ellos estaban el penalista Edmund Mezger, el constitucionalista Theodor Maunz o el civilista Karl Larenz.

Mientras tanto Maurach se había rehabilitado ante las autoridades americanas a las que ya no parecía importarles demasiado su pasado nazi. Junto con otros profesores y antiguos miembros de las SS, el SD, ex militares de la *Wehrmacht* y la Gestapo, se convirtió en miembro de la Organización Gehlen, una especie de Subagencia de la Agencia norteamericana CIA. Dicha Organización, mandada por un antiguo General de la *Wehrmacht*, Richard Gehlen, que luego fue nombrado por Adenauer como Primer Presidente de la Agencia federal de noticias (*Bundesnachrichtendienst*), se encargaba, bajo la supervisión y con la financiación de la CIA, de suministrar información, del contraespionaje y del espionaje militar en la zona soviética, y también de combatir el "peligro comunista" dentro de la propia República Federal de Alemania¹⁶.

No cabe duda de que Maurach, tanto por su dominio del idioma ruso, como por sus conocimientos del Derecho del Este europeo, y su absoluto y visceral anticomunismo, encajaba perfectamente en una organización que no era más que una tapadera o sucursal de la famosa CIA.

¿Qué más podía pedir la CIA, cuya principal misión era precisamente la lucha contra el comunismo y contra la Unión Soviética? Pero ¿qué dirían el General norteamericano y el Fiscal del Proceso contra los *Einsatzgruppen* que cinco años atrás habían calificado a Maurach como un verdadero peligro para la democracia y la paz mundial y que habían dicho de él que tenía "el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich Himmler"?

En los años 60, tuvo Maurach aún algún problema por sus relaciones con el régimen nacionalsocialista. En 1968 fue uno de los profesores cuyas clases, junto con las de otros profesores con parecidas relaciones con el nacionalsocialismo, fueron boicoteadas por un grupo de alumnos que solicitaban su expulsión de la Universidad. En el verano de 1968 se podían ver algunos carteles que había pegados por las paredes de la Facultad de Derecho que decían "*Maurach, Maunz aus der Universität raus*"¹⁷.

También desde la República Democrática Alemana se denunciaba su pasado nacionalsocialista. En 1965 se publicó por el Consejo Nacional de la República Democrática Alemana el llamado "*Braunbuch*" ("el libro marrón"). En dicho libro, también presentado en 1967 en la Feria del Libro de Frankfurt, donde fue secuestrado por orden judicial, se contenía una lista de importantes personalidades de la política, de la empresa, de la judicatura, de la administración y de las universidades de la República Federal que habían tenido estrechas relaciones u ocupado puestos importantes en el régimen nacionalsocialista. Uno de ellos era Reinhart Maurach, del que el "*Braunbuch*" decía lo siguiente¹⁸:

"Maurach, Reinhart, Prof.Dr.

Antes de 1945: Profesor fascista de Derecho penal y Director del Instituto de derecho del Este europeo en la

15 La noticia de la sentencia se encuentra también recogida en el periódico de la entonces República Democrática Alemana Neues Deutschland, de 28 de febrero de 1964. Por lo que he podido comprobar personalmente, aquel mismo año el *Bundesgerichtshof*, es decir, el Tribunal Supremo alemán, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial (*Landesgericht*) de Kempten/Allgäu, considerando que el *Schwurgericht*, Tribunal de Jurado, había absuelto correctamente al acusado al apreciar que éste había actuado en un estado de necesidad putativo, temiendo que si no cumplía las ordenes recibidas de matar a los doce miembros de una familia rusa, incluyendo dos niños pequeños, podía verse expuesto a ser enviado a un batallón disciplinario o incluso algo peor (cfr. BGH, 15.12.1964-1StR 254/64). Esta sentencia que yo sepa no ha sido objeto del menor comentario en la bibliografía especializada de la época).

16 Véase la información que se ofrece al respecto en Wikipedia <https://es.wikipedia.org> Organización Gehlen, o el artículo de Pedro García Cuartango, en ABC 20/01/2020: "Richard Gehlen, El espía que pasó de servir a Hitler a ser una pieza clave para la CIA".

17 "Maurach y Maunz, fuera de la Universidad". Theodor Maunz era un famoso constitucionalista que se había distinguido en la época nazi por ser un apasionado defensor de un estatus fuera de todo control jurídico y directamente responsable sólo ante Hitler de las tristemente famosas SS.

18 Traducción del autor de este artículo.

Universidad de Königsberg (Kaliningrad); Director de Sección en el Instituto del Este Europeo en Breslau (Wroclaw); Juez nacionalsocialista; destacado por sus publicaciones antisemitas; publicó artículos en la revista 'Weltkampf', órgano central del antisemitismo en la Alemania fascista; miembro activo del Partido Nacionalsocialista (NSDAP).

Después de 1945: Profesor y Director del Instituto de Derecho penal y proceso penal, así como de Derecho del Este Europeo en la Universidad de Múnich; miembro del Consejo de investigación 'Johann-Gottfried-Herder'".

7. Reflexión final

Éstos son los rasgos más destacados de la vida y la obra de Reinhart Maurach, un penalista alemán del siglo XX que recientemente ha sido objeto en Alemania de dos extensas y documentadas investigaciones, la de Thomas Ditt (2011) y la de Viktor Nerlich (2016), a las que me he referido varias veces a lo largo de este artículo. Dichos estudios monográficos se ocupan sobre todo de la obra de Maurach como especialista del Derecho del Este europeo, prestándole poca atención a su obra como penalista. Sin embargo, Reinhart Maurach fue también uno de los penalistas más destacado del siglo XX, y desde luego uno de los que más han influido en la formación dogmática de una buena parte de los penalistas del ámbito hispano y latinoamericano de mi generación.

Cuando mi director de tesis, el Profesor José María Navarrete Urieta, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla, discípulo directo de Mezger, me aconsejó que me fuera a Múnich a estudiar con Reinhart Maurach, con el que Navarrete, tras su larga estancia en Múnich, seguía en contacto, no tuve la menor duda de que aquél iba a ser un momento importante en mi carrera académica. Conocí personalmente a Maurach y estuve vinculado a su cátedra durante el curso 1969/1970. Por allí estaban por entonces sus asistentes científicos, Heinz Zipf, quien acababa de habilitarse y de recibir el llamamiento a la cátedra de Salzburgo, y Karl Heinz Gössel, luego catedrático en Erlangen-Nuremberg, que fue el que se ocupó personalmente de mí y con el que llegué a tener una buena amistad. En esa época su otro discípulo F.Ch. Schroeder había obtenido ya la cátedra de Regensburg, aunque siguió vinculado a Múnich como sucesor de Maurach en la Dirección del *Institut für Ostrecht*. El otro asistente, Martin Fincke,

luego catedrático en Passau, se ocupaba más bien de las actividades de este Instituto.

En aquellas fechas estaban también en Múnich los discípulos de Juan Córdoba Roda, José Ramón Casabó, luego catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia, y luego los profesores de Derecho penal de la Universidad de Barcelona José María Escrivá, Ángel de Sola y Santiago Mir Puig.

Durante el tiempo de mi permanencia en el curso 1969/70 en la Universidad de Múnich, asistí a las clases y Seminarios dirigidos por Maurach y me entrevisté varias veces con él. Siempre me atendió amablemente y en el curso de una de esas entrevistas me dedicó un ejemplar del libro que acababa de editar "50 Jahre des Sowjetsrechts" (50 años de Derecho soviético), que todavía conservo. También escribió un *Gutachten* o carta de recomendación apoyando mi solicitud de una Beca de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt, que finalmente me concedieron.

Como ya he manifestado en mi *Selbstdarstellung* o autobiografía¹⁹, cuando regresé a Múnich en septiembre de 1971 como becario de investigación de la Fundación Humboldt, el Profesor Maurach se había jubilado y desde ese mismo mes el nuevo titular de su cátedra era el Profesor Claus Roxin, con quien culminé mi formación en la Dogmática jurídicopenal.

Cualquiera que conozca la evolución de mi carrera académica a partir de mi estancia como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Múnich al lado del Profesor Claus Roxin, puede comprobar hasta qué punto la obra de Roxin ha influido en mi formación como penalista, aunque no por eso dejo de reconocer la importancia que tuvieron en mis estudios iniciales del Derecho penal las obras de otros importantes penalistas como Mezger y Maurach, y en menor medida la del italiano Filippo Grispi²⁰.

Fueron los libros de estos tres autores los que me recomendó que estudiara el Profesor José María Navarrete Urieta. Y realmente no puedo decir ahora, cincuenta años después, que en ellos encontrara nada que hiciera sospechar que estos penalistas habían sido también, marcados por el signo de la época que les tocó vivir, al menos en una parte de sus vidas, fieles seguidores de la ideología nacionalsocialista o fascista. Obviamente ello en nada desmerece la importancia de sus obras en el estudio dogmático o técnicojurídico del Derecho penal; pero cincuenta años después, a la vista de lo que

19 *Die Ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Die internationale Rezeption des Deutschen Strafrechts*, editado por Eric Hilgendorf, 2019, pp. 319 y ss. y especialmente pp. 323 y ss.

20 Respecto a este penalista italiano y a sus relaciones con Mezger y con el régimen fascista de Benito Mussolini remito a mi artículo "Comentarios a Mezger/Gispi, La reforma penal nacionalsocialista", en *El penalismo olvidado*, editado por Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, Buenos Aires, 2009; publicado anteriormente como recensión en *Revista Penal*, 2005, y en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2003; versión alemana en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2014; versión italiana, traducción de Paola Cocco, en *Archivo Penale*, 3, 2019.

he descubierto personalmente o he llegado a saber sobre la vinculación con el régimen nacionalsocialista de Mezger y Maurach, y la de Grispigni con el régimen fascista de Mussolini, no está de más recordar a las generaciones de futuros juristas y penalistas, y a todos los fervientes admiradores de las grandes construcciones

de la Dogmática jurídica y concretamente de la Dogmática jurídicopenal, que también la más refinada Dogmática, y lo mismo cualquier otra actividad científica o intelectual jurídica, puede ir paralela o servir incluso de legitimación a la barbarie, aunque aparezca revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho.