

41

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

LET'S PROVIDE ET PRO

Revista

Enero 2018

41

Revista Penal

Enero 2018



Penal

Revista Penal

Número 41

Sumario

Doctrina:

– Estado y futuro del Derecho Penal Comparado, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Prevención y control de los medios de financiación del terrorismo como estrategia político-criminal, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	27
– Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP), por <i>Sergio Cámara Arroyo</i>	47
– Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento penal español, por <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	73
– El protagonismo de los discípulos de Liszt luego de 1919. Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945, por <i>Carlos Elbert</i>	91
– Análisis comparado de la intervención penal peruana y española ante la lacra de la siniestralidad laboral: el objeto de protección, por <i>Rosa M^a Gallardo García</i>	104
– Derecho Penal, obligaciones internacionales y justicia de transición, por <i>Elena Maculan</i>	117
– La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas, por <i>Silvia Mendoza Calderón</i>	136
– Expolio de bienes culturales y protección penal internacional, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	153
– ¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada a la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo, por <i>Pablo Andrés Rojas Pichler</i>	181
– Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre la necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideas de reforma, por <i>Pietro Sabella</i>	200
– Pruebas ilícitas en el proceso penal polaco, por <i>Blanka Julita Stefńska</i>	214
Sistemas penales comparados: Terrorismo (terrorism)	226



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@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	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Víctor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Jasmin Bertlings (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Sofía Lascano (Uruguay)
Ludovico Bin (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 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
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
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>



El protagonismo de los discípulos de Liszt después de 1919. Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945

Carlos Elbert

Revista Penal, n.º 41. - Enero 2018

Ficha técnica

Autor: Carlos Elbert

Title: The protagonism of the disciples of Liszt after 1919. Real and hypothetical projections of the work of Liszt between 1920 and 1945

Adscripción institucional: Profesor Consulto de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Buenos Aires.

Resumen: Proyección de la obra de Liszt tras su muerte. Algunos discípulos: Gustav Radbruch, Eduard Kohlrausch y Eberhard Schmidt. Funciones públicas y protagonismo político durante y tras el III Reich. Participación en comisiones de reforma penal. Interpretaciones de las propuestas de Liszt en diferentes regímenes políticos. Protagonismo teórico y académico. Proyecciones reales e hipotéticas del pensamiento de Liszt.

Palabras clave: Franz von Liszt, discípulos, reforma penal alemana, utilización política, proyección histórica y evaluación del pensamiento de Liszt.

Abstract: Projection of Liszt's work after his death. Some disciples: Gustav Radbruch, Eduard Kohlrausch and Eberhard Schmidt. Public functions and political role during and after Third Reich. Participation in committees on Criminal law reform. Interpretations of Liszt's proposals by different political regimes. Theoretical and academic role. Real and hypothetical projections of Liszt's thought.

Key words: Franz von Liszt, disciples, German Criminal law reform, political misuse, historical projection and evaluation of Liszt's thought.

Observaciones: este artículo es un fragmento del capítulo X de mi libro "Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal", Prosa Editores, Buenos Aires, 2017.

Rec: 1-10-2017 **Fav:** 20-11-2017

Tras la muerte de Liszt en 1919, sus discípulos defendieron y continuaron su obra por caminos diversos y en períodos tormentosos, que incluyen varias revoluciones y otra guerra mundial. Los numerosos discípulos de Liszt hicieron, en general, carreras relevantes en distintas universidades e instituciones, y también en la

política. El tema de los discípulos de Liszt nos coloca ante varias dificultades, la primera de las cuales es hacer un señalamiento exhaustivo de los principales juristas afines a su pensamiento. Entre los alemanes, austríacos y suizos podemos mencionar a los siguientes¹:

1 Ver, entre otros documentos, la enumeración de Schmidt, E., en "Schmidt, Eberhard: "Persönliche Erinnerungen an Franz von Liszt", en: Gedächtnisschrift für F. v. L., en: ZStW 81, 1969, y Radbruch, G., Gesamtausgabe, "Biographische Schriften" ("cien-

1. Gustav Radbruch
2. Eduard Kohlrausch
3. Eberhard Schmidt
4. Moritz Liepmann
5. Ernst Delaquis
6. Franz Exner
8. Robert von Hippel
9. James Goldschmidt
10. Karl von Lilienthal
11. Ernst Rosenfeld
12. Adolf Wach

Por cierto, son muchos más los juristas de lengua alemana que colaboraron con Liszt, que se habilitaron con él o a los cuales les dirigió las tesis o disertaciones, a los que se suman, además, los que trabajaron en sus seminarios o participaron de las tareas de la IKV, o en sus publicaciones. Y más complejo sería elaborar otra lista de sus discípulos o colaboradores permanentes de países no germánicos de Europa y de distintos continentes. Los que hemos enumerado representan, en consecuencia, una mención incompleta, pero suficiente para abarcar con bastante certeza a aquellos juristas que tuvieron los contactos más estrechos con Liszt y que asumieron de un modo u otro la representación de sus ideas después de 1919.

El segundo problema que enfrentamos es que los discípulos citados tuvieron importantes desempeños universitarios y teóricos a lo largo de sus vidas, y rastrear sus obras, logros y fracasos, nos obligaría a escribir un libro paralelo, tal vez de mayor porte que el presente, para recoger, documentar y analizar esa enorme veta teórica y política, que incluye, por cierto, un análisis comparativo entre las ideas originales del maestro y las correcciones o aplicaciones prácticas de los discípulos. Se trata de una tarea que no podemos asumir aquí, por ser un objetivo que excede largamente las pretensiones de este trabajo. Por cierto, la tarea de un estudio comparativo del desempeño de sus discípulos luego de 1919 podría ser un magnífico trabajo de investigación, que por cierto exigiría varios años de tarea.

Tras estas aclaraciones previas, nos conformaremos aquí con un ligero repaso, que permita ilustrar sucintamente el destino de algunos de los discípulos mencio-

nados, seleccionando (según nuestro criterio personal) a aquellos que hayan tenido la actuación política más destacada, ya sea ocupado altos cargos, o a través de un desempeño jurídico muy importante, con efectos políticos durante la República de Weimar, en el Tercer Reich e incluso con posterioridad a 1945, sin perder de vista que al menos tres de ellos atravesaron esas etapas políticas, además de la monárquica: nos referimos a Kohlrausch, Schmidt y Exner².

Comenzaremos nuestra reseña por el más famoso y trascendente discípulo de Liszt, **Gustav Radbruch** (1878-1950), que lo fue tanto por su actuación política muy relevante en la República de Weimar, como por su protagonismo filosófico-jurídico en el campo teórico y académico en la etapa posterior al nazismo, por un corto lapso de tiempo³. Haremos alusión a la obra completa de Radbruch, recopilada en 20 tomos⁴, lo que indica cuan abarcador fue su pensamiento. A través de esa obra obtuvimos distintas referencias de Radbruch sobre su maestro, imbuidas de un afecto y respeto tal, que —en nuestra opinión— fuerza los hechos, para poder rescatar de la crítica a la figura que tanto influyó en su vida. Recordemos que Radbruch justificó las opiniones más crudas de Liszt con una alusión al “escaso valor cultural que tenía el aspecto humanitario” cuando escribió sus primeros trabajos, pero que luego habría modificado con el paso del tiempo⁵, y les sumó dos argumentos de dudosa solidez: que de las propuestas de Liszt sólo pasaron a la legislación aquellas que implicaban una atenuación de las penas, como la libertad condicional, y **que en el curso de los años, fueron sus discípulos quienes, siguiendo las ideas centrales del maestro, incorporaron el elemento humanitario, “perfeccionando y ampliando su obra”**⁶. También afirma que las ideas político criminales de Liszt no tenían una base política, y que ese aspecto lo desarrolló como diputado. Que se hizo liberal ante el autoritarismo de Bismarck y la monarquía, aspectos todos tratados in extenso en mi libro. No obstante, reiteramos aquí nuestro punto de vista de que en Liszt predominó el cálculo político, ya sea en la cuestión criminal o en los temas que trató como parlamentario⁷.

tíficos”) Radbruch, Gustav, Gesamtausgabe, Arthur Kaufmann Ed.(Hsg.): Biographische Schriften, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, T. 16, pp. 49 a 94.

2 Sobre la trayectoria de los más célebres penalistas y criminólogos de Alemania durante el Tercer Reich ver: Llobet Rodríguez, Javier: “Nacionalsocialismo y antigarantismo penal”, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015. También: “Las visitas de de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944”, por Muñoz Conde, Francisco, Revista Penal Nº 11, enero de 2003, p. 81.

3 Ver la biografía de Radbruch por Arthur Kaufmann, “Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat”. Piper, München 1987.

4 Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, editor: Arthur Kaufmann, C.F.Müller, Heidelberg, 1987/2003.

5 Radbruch, G. escritos biográficos, obra citada, pp. 45 y 46 [228/231].

6 Ibidem, p. 43 [226-227].

7 Ver, capítulo IX de mi libro “Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal”, Prosa Editores, Buenos Aires, 2017.

En su elogiosa recordación de Liszt, Radbruch lo define “como un racionalista ecléctico, emparentado con la ilustración criminalística a través de un estado de ánimo espiritual humanista y liberal”⁸. Por cierto, de acuerdo al material reunido y evaluado, en nuestra investigación, no compartimos ese juicio.

Radbruch era desde muy joven un convencido socialdemócrata, pero debió ocultar sus convicciones para evitarse problemas, en particular, la exclusión del ámbito académico. Como prueba de su compromiso ideológico suelen citarse su presencia en el sepelio de Bebel en Suiza, y el artículo que publicó con seudónimo sobre la muerte del líder socialdemócrata⁹. Puede decirse que las carreras política y académica de Radbruch se inician simultáneamente, ya que fue nombrado Profesor Extra-ordinario en la Universidad de Kiel, en 1919¹⁰, año en que también se inicia en la política, afiliándose al SPD, partido por el que fue electo diputado en 1920. La iniciación política en los partidos republicanos y especialmente en el socialista fue muy compleja y dura, ya que la flamante república nació, como es sabido, con la pesada carga de la capitulación, la desocupación, la inflación, el desmantelamiento productivo, la falta de sustento político y popular y una constante inestabilidad social que se expresó en diversos intentos de golpe de Estado de derecha e izquierda, a lo que se sumó el aumento de la criminalidad. La derecha consideraba traidores a socialistas y liberales, y lo mismo el comunismo a los socialdemócratas, iniciando una enemistad acérrima que se centra en la fallida revolución espartaquista¹¹.

Y cabe recordar que la reforma penal fue reiniciada con el “Proyecto 1919”, a partir del cual Radbruch y Schmidt intentarán defender los puntos de vista de su maestro Liszt, con distintos grados de continuidad. También será reactivada la IKV, ahora a cargo de Kohlrausch, y el propio Radbruch relata en detalle las alternativas de la discusión del ideario de su maestro en encuentros posteriores a su desaparición; así el de Innsbruck, Karlsruhe y Breslau¹².

Radbruch fue diputado por el SPD entre 1920 y 1924 (gobierno Wirth), y ministro de justicia desde 1921 a 1922, como también en los dos gabinetes de Stresemann, entre agosto y noviembre de 1923, período en el que se aprobaron leyes penales importantes, algunas de ellas muy cuestionadas, como la **Ley de protección de la República**, que incluía la pena de muerte, siempre antes rechazada por Radbruch. También presentó un **Proyecto de Código Penal general** en 1922, y el de la **legislación penal juvenil**, introduciendo la condena condicional y las medidas educativas propiciadas por Liszt, que se convirtió en ley en 1923¹³. El propósito general de Radbruch era el de reemplazar el sentido retributivo de la pena por uno correctivo, para lo cual el objeto de la pena debía ser la resocialización, y con tal propósito se introdujeron reformas en la ejecución penal. Sin embargo, la doctrina más reciente destaca que la tendencia dominante en la legislación de la república fue su endurecimiento, ya fuera por la influencia positivista, por las circunstancias históricas de inseguridad y violencia, o incluso por influencia de la crítica a las ideas de la Escuela Moderna, de parte de quienes la consideraban “*demasiado benévola o concesiva con los delincuentes*”. Y Radbruch no fue una excepción en materia de endurecimiento del sistema penal, más allá de sus ideas democráticas y republicanas. Cabe recordar que Radbruch se reconoció como neokantiano, pero fue también uno de los más destacados representantes del positivismo jurídico¹⁴.

El modelo de código penal del Ministro Radbruch retomaba aspectos de proyectos anteriores, en especial el de 1919, conservando el modelo dualista del Anteproyecto de suizo Carl Stooss, que preveía penas para los delincuentes ocasionales, y además la imposición de **medidas para los delincuentes profesionales o reincidentes**. Se acepta en doctrina que sigue en gran parte enseñanzas recibidas de Liszt, aunque acentuando filosóficamente los principios liberales de la Ilustración¹⁵. Dejaba de lado la pena de muerte, que como ya se dijo, se introdujo mediante una ley especial de Defensa del

8 Radbruch, G., escritos biográficos, obra citada, p. 32 [213-214].

9 “August Bebel's Totenfeier”, en: *Heidelberger Neueste Nachrichten*, 21. August 1913. Reproducida en *Nachtrag und Gesamtregister*, Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, tomo 20, Editor: Arthur Kaufmann, C.F.Müller, Heidelberg 2003, p. 45 y ss.

10 Un año más tarde fue nombrado Ordinario en esta universidad, en la que permaneció hasta 1926.

11 Schulze, Schultze, Hagen: “Kleine Deutsche Geschichte”, DTV, 10ª edición, Munich (München), 2009, p. 136, Wohlgemuth, Heinz, Wohlgemuth, Heinz: “Karl Liebknecht, eine Biographie”, Dietz Verlag, Berlin 1975, capítulos 11 y 12.

12 Gustav Radbruch, Gesamtausgabe (obras completas), Strafrechtreform, tomo 9, C.F. Müller, Heidelberg, 1992. pp. 46 [1286] y ss., 53 [1290-1291] y ss., y 57 [409-410] y ss., respectivamente.

13 Sobre el desempeño de Radbruch como ministro entre 1921 y 1923, y todos sus proyectos, puede consultarse el libro de la Friedrich-Ebert Stiftung: “Gustav Radbruch als Justizminister” 2004, PDF, 84 pp. La Ley Judicial Juvenil, del 16 de febrero de 1923, fue publicada en el RGBl. I, pp. 135 y 252.

14 Ver Vormbaum, Thomas: “Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte”, Springer, segunda edición, Berlin, 2011, Capítulo 5, en el cual detalla minuciosamente los avatares de la reforma penal durante las gestiones de Radbruch y en la República de Weimar en general.

15 Ibidem, capítulo 5, pp. 175 a 178.

Estado, en momentos en que éste se hallaba jaqueado por los asesinatos políticos. El desarrollo del proyecto se diferencia de los precedentes, sobre todo por la división en tres partes de los conceptos de “crimen y delito”, “contravención” y “comportamiento dañoso para la comunidad”. Los dos últimos grupos estaban regulados por separado; la parte de contravenciones era sancionada con penas de multa y detención, y poseía una parte general propia; el “comportamiento dañoso para la comunidad” fue diferenciado del comportamiento antisocial del derecho penal criminal, como “comportamiento asocial” y su pena era la Casa de Trabajo. El proyecto de Radbruch también incorporaba la custodia de seguridad, siguiendo las propuestas de Liszt, dirigidas a la neutralización de los denominados incorregibles¹⁶. En la exposición de motivos, Radbruch se expone sobre los temas más polémicos de las ideas de Liszt, referidos a la delincuencia profesional, la reincidencia múltiple, la peligrosidad para la seguridad pública, la custodia de seguridad por tiempo indeterminado, etc. El proyecto fue publicado como libro en 1925, y en 1926 apareció una “Conferencia crítica del proyecto oficial de un Código Penal alemán general por iniciativa del grupo nacional alemán de la Asociación Internacional de Criminalística” editado por *Aschrott* y *Kohlrausch*. Las regulaciones para menores quedaron excluidas ante la inminencia de la sanción de la Ley Judicial Juvenil¹⁷, y hubo modificaciones al sistema de ejecución penal, en particular incorporando la extinción de pena para facilitar la resocialización.

En 1926 Radbruch fue nombrado profesor en Heidelberg, donde se desempeñó hasta ser despedido por los nazis en 1933¹⁸, tras lo cual se dedicó al estudio de la historia del derecho, elaborando su famoso libro sobre Feuerbach, publicado originalmente en Viena¹⁹. Otros trabajos debieron esperar al fin de la guerra para poder ser publicados, y en esos años Radbruch debió atravesar también la enorme desgracia de que sus jóvenes hija e hijo murieran en un accidente y en la guerra, respectivamente, de modo que la larga noche del nacionalsocialismo tuvo un costo espantoso para la vida de un intelectual de su alta sensibilidad. En el período de posguerra Radbruch regresó a la vida académica, re-

tomando sus actividades en Heidelberg como decano, dedicado en plenitud a la reconstrucción de la facultad de Derecho hasta su fallecimiento en 1950. Pese a los debates que subsisten en torno a sus ideas en materia penal y filosófica, puede afirmarse que personificó un ideal democrático, republicano y liberal mucho más nítido e indiscutible que el de su maestro, pese a haber permanecido fiel al ideario político-criminal de aquél. Radbruch se destaca, en particular, por no haber intentado pactar con la dictadura para hacer valer allí las propuestas de Liszt, como hicieron otros de sus colegas, y su figura humana y teórica queda dignificada por el silenciamiento que le impuso el régimen nazi. Curiosamente, Eberhard Schmidt, su sucesor en la cátedra de Heidelberg, propició un rescate del Proyecto de Código Penal de 1922, haciéndolo publicar 30 años más tarde con un prólogo suyo²⁰, en el cual se eleva el proyecto al rango de “el punto más alto de los trabajos de reforma penal” (no en último lugar gracias a que esa valoración fue estampada en el prólogo aludido) lo que reactivó el pensamiento político criminal de Liszt en la década de 1960, reinstalándolo como un modelo todavía vigente para la reforma penal en la flamante República Federal²¹.

Eduard Kohlrausch (1874-1948)

La entronización doctrinaria de Liszt como el paradigma del derecho penal liberal, hizo que su influencia en los planes de reforma en materia penal, procesal penal y penitenciaria se extendieran a lo largo del Reich, la República de Weimar, el III Reich, la BRD y la DDR, formas políticas que receptaron sus ideas —en mayor o menor medida—, en diversos proyectos de reforma²². A la visión idealizada del maestro se adosó la consagración de sus dos principales discípulos, esto es, Radbruch y Kohlrausch, como **los principales continuadores del legado de Liszt**. Como vimos, Radbruch tuvo un intenso protagonismo político durante la República de Weimar, pero fue interdicto política y académicamente durante el nazismo. En cambio, su colega Kohlrausch estableció un auténtico récord, al haberse desempeñado en el campo universitario, teórico y de los proyectos de reforma penal a lo largo de

16 Muñoz Conde, F., “La herencia...”, obra citada, p. 12.

17 Un análisis detallado de todas las reformas penales de este período puede verse en Claus Roxin, “Strafrecht” (Parte general) C.H.Beck, tomo 1, 4ª ed., Munich 2007, p. 111 y ss.

18 Por aplicación de la Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (Ley de reorganización del sistema de funcionarios públicos profesionales).

19 “Paul Johan Anselm Feuerbach”, Julius Springer, Viena, 1934.

20 “Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), mit einem Geleitwort von Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler und einer Einleitung von Professor Dr. Eberhard Schmidt”, Tübingen 1952.

21 Vormbaum, T. obra citada, pp. 190 y 191.

22 Producidos por diversas comisiones, en proyectos y contraproyectos, en los cuales, tras la muerte de Liszt, predominaron ideas de distintos juristas, pero casi siempre con protagonismo de algunos de sus discípulos, hasta finales del siglo XX.

cuatro sistemas políticos distintos de manera continua (esto es, monarquía, república, nacionalsocialismo y el socialismo de la zona soviética de Berlín). Además, cumplió semejante periplo siempre en Berlín, a cargo de la ex-cátedra de Liszt, de quien Kohlrausch había sido asistente entre 1899 y 1902, para luego habilitarse con Lilienthal (otro discípulo de Liszt) en Heidelberg, donde se inició como docente privado, hasta obtener el rango de profesor en Königsberg, en 1904. Más tarde, Kohlrausch fue nombrado Ordinario en Estrasburgo en 1913, cargo que se perdió con la reconquista francesa de sus territorios tras la guerra, pero entonces fue nombrado Ordinario en Berlín, en cátedra de Liszt, en 1919, con 45 años de edad²³, manteniendo ese puesto hasta que las autoridades soviéticas lo licenciaron en 1947. Hasta 1933 Kohlrausch había sido tres veces decano de su facultad, compartiendo la cátedra de derecho penal con James Goldschmidt (también discípulo de Liszt), cuyo origen judío determinaría su posterior expulsión²⁴; además, Kohlrausch fue rector de la Universidad, cargo que detentaba en el momento del ascenso al poder del nacionalsocialismo. Kohlrausch asumió, paralelamente, la dirección de casi todas las publicaciones previas de Liszt (ya era co-editor del ZStW desde 1905, y retomó también la IKV luego de la primera guerra)²⁵, con lo cual la continuidad institucional de la obra de Liszt **aparenta** haberse mantenido inalterada y constante en el tiempo, como un desarrollo de la “Escuela Moderna” por “carácter transitivo”.

La obra de Karitzky —que seguimos en lo esencial en este tema, para valernos de la amplia y novedosa información que brinda—, efectúa, en su segunda parte, un análisis teórico para verificar la continuidad de las ideas jurídicas de Liszt, a través de Kohlrausch a lo largo de su extensa y multifacética carrera. A tal fin, lo coteja con Liszt, para chequear la coherencia teórica, no sin advertir que la visión apologética de Kohlrausch instalada luego de 1945 se debe en gran medida a la obra de Richard Lange, su principal discípulo, de un pasado tan poco claro como el de su maestro durante el período nacionalsocialista²⁶.

Resultaría demasiado largo, complejo y hasta inútil abundar aquí en las opiniones de Kohlrausch, dado que fue variándolas constantemente, ajustándolas al momento político que atravesara y las posiciones que ocupara en los sucesivos modelos estatales. Con el ma-

yor poder de síntesis, podía decirse que Kohlrausch se acercaba o alejaba de las ideas de Liszt, asumiendo sus aspectos liberales o de endurecimiento penal, para así ubicarse en favor o en contra de casi cualquier tema jurídico o político, como la pena de muerte, el principio de legalidad, la lesión al bien jurídico o al derecho, la admisión de la analogía, el endurecimiento o liberalización de las penas y las normas procesales y carcelarias, la negación o aceptación de las teorías raciales, etc. Incluso llegó a vincular las posturas liberales con el nuevo “espíritu de la comunidad del pueblo” nacionalsocialista.

En el aspecto político, Karitzky descubre un Kohlrausch monárquico, republicano o anti-republicano, colaborador del gobierno nazi o integrante de comisiones de des-nazificación, colaborador con el régimen pro-soviético de posguerra, etc., etc., etc. En suma, seguir el itinerario de sus ideas jurídicas y políticas resulta un auténtico laberinto, a lo largo del cual pueden encontrarse las actitudes más contradictorias que sea dable imaginar en un hombre público de su jerarquía. Karitzky lo describe una y otra vez, como un personaje diabólicamente falso, siempre prudente y especulador, expresando conceptos apropiados para posicionarse ante las variaciones coyunturales, a lo largo de un periplo que lo muestra como contradictorio y oportunista, ambivalente, versátil, y totalmente incoherente²⁷. Así, Karitzky advierte que en la época del Kaiser, Kohlrausch se mantuvo sumamente neutral y técnico, mientras que en la república combinó arrestos humanistas con gestos antiliberales, como el de su ayuda al tribunal en el juicio contra Hitler en Munich, mediante un dictamen en el que proporcionó argumentos jurídicos para exculpar a Ludendorff, sin perjuicio de que también publicara, por el mismo tiempo, críticas a la actuación judicial²⁸. Fue crítico de la reforma penal en Weimar²⁹, pero al mismo tiempo integró esa comisión de reformas sin mayor protagonismo. En 1931 logró ser nombrado presidente del grupo alemán de la IKV, que había quedado marginada en Europa tras la derrota alemana y la creación, en París en 1929, de la nueva asociación internacional, ahora llamada AIDP. Pese a la exclusión de los alemanes por largo tiempo, Kohlrausch se las ingenió para ser invitado a varios acontecimientos internacionales, y tampoco faltó, en Alemania, a la jornada final de la IKV, en 1932, en la cual presentó una ponencia

23 Karitzky, Holger, “Eduard Kohlrausch –Kriminalpolitik in vier Systeme”, Berlin Verlag –Nomos Verlag, Berlín, 2002, pp. 50 a 54.

24 Ibidem, p. 62.

25 Ibidem, p. 59.

26 Ibidem, p. 183.

27 Ibidem. Ver, por ejemplo, p. 145.

28 Ibidem, pp. 77 a 79 y 224 a 232.

29 Ibidem, pp. 275 a 279.

cia para concluir su gestión, entregándole la dirección a Frank³⁰. Finalmente, la IKV fue disuelta en 1937, y se creó en su lugar la Sociedad para el Derecho Penal alemán, en la cual, por cierto, Kohlrausch figura como uno de los 6 miembros de la presidencia³¹.

Desde el nombramiento de Hitler como Canciller en 1933, la situación se tornó extremadamente crítica para los académicos y científicos alemanes, por obvias razones políticas y raciales. Sin embargo, Kohlrausch logró mantenerse en su cátedra, además de retener el cargo de rector desde 1932. Con su toma del poder, los nazis comenzaron de inmediato a expulsar a los profesores judíos, entre ellos a James Goldschmidt, que fue reemplazado por el profesor pro-nazi Graf Gleispach, con quien Kohlrausch compartirá su actividad hasta 1941. Ninguna duda cabe que Kohlrausch contemplaba desde un lugar privilegiado la suerte que corrían sus colegas —por judíos, o por su ideología—, en la universidad y en las organizaciones jurídico-penales; y justamente en medio de esas circunstancias se le atribuye una manipulación para que Radbruch no fuera convocado por la Universidad de Berlín, a fin de evitarse problemas políticos, dada la ideología de su colega. Logró así, colocar en primer lugar a Exner, Mezger y Schmidt³². Karitzky detecta ya el 12 de abril de 1933, expresiones antisemitas en un discurso pronunciado por Kohlrausch³³.

En ese contexto de la vida universitaria alemana, resulta asombroso que Kohlrausch haya renunciado al rectorado el 6 de mayo de 1933, y que la quema de libros ante su facultad tuviera lugar **cuatro días más tarde**, lo que solo puede ser interpretado según dos hipótesis: la de una (para él) feliz casualidad, o que hubiera recibido informaciones precisas sobre los preparativos del brutal acontecimiento, incompatible con toda forma de ética académica. De tal modo evitó (al menos) que su nombre quedara ligado al mayor acto de barbarie simbólica del régimen contra la cultura, que hoy tiene su monumento recordatorio en la Bebelplatz, junto a la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt.

Es también ilustrativo de la velocidad de adaptación y falsa neutralidad científica de Kohlrausch, que el tomo 53 de 1933 del ZStW, apareciera bajo su dirección,

pero ahora en forma compartida con su nuevo colega Gleispach, y que, al mismo tiempo, figuran suprimidos del consejo de redacción todos los colaboradores judíos precedentes³⁴. A esta altura del relato, difícilmente pueda sostenerse que Kohlrausch haya sido un “jurista técnico”, neutral a los valores que estaban en juego a su alrededor. Por lo tanto, nos limitaremos aquí a un repaso superficial de las actitudes que lo comprometen seriamente con el régimen nacionalsocialista.

Cuando Frank puso en movimiento su iniciativa de reforma penal, Kohlrausch fue convocado de inmediato, y entre 1933 y 1939 tendría una activa participación en dos comisiones, lo que luego de 1945 intentó justificar y minimizar con argumentos típicos de los ex-colaboracionistas con gobiernos totalitarios, tales como que “si él no ocupaba esos espacios, lo hubieran hecho juristas fanáticos y extremistas del nacionalsocialismo” y que participó para “evitar males mayores”. Entre los justificativos posteriores a 1945, Kohlrausch también alega haber desalentado las soluciones más extremas que propiciaban sus colegas adictos al régimen, y que gracias a su oposición consiguió que se paralizara la reforma³⁵, lo cual es notoriamente falso, ya que ello ocurrió por otras causas, la primera de las cuales fue el desinterés de Hitler por leyes que no tuvieran que ver con la guerra³⁶. Karitzky desnuda la falacia de que Kohlrausch se presentara a sí mismo como “abogado de una reforma **apolítica** de la justicia penal”, ya que para cualquier jurista medianamente informado debía ser obvia la imposibilidad de realizar en esa época una auténtica reforma del código penal, y mucho menos con algún sentido liberal o humanista. Tal como señala Vormbaum, los famosos discípulos de Liszt Eduard Kohlrausch y Eberhardt Schmidt se acomodaron al régimen nazi, y luego se esforzaron expresamente por demostrar **la compatibilidad** de la teoría liszteana con la política criminal del régimen³⁷. La presunta continuidad institucional que detentaban Kohlrausch y Schmidt, habría consistido en oponer a los ataques antiliberales de los juristas nazis la idea de que —hasta ese momento— sólo se habían impuesto las partes del programa de Liszt tendientes a suavizar el rigor penal, pero ello no significaba que fuese un “blando” o un “liberal”, y que

30 **Hans Frank** (1900-1946) fue un jurista, miembro del NSDAP, fundador, en 1928, de la Federación alemana de juristas nacionalsocialistas (BNSDJ); de 1930 a 1942 director del Departamento Jurídico de la Dirección Nacional del NSDAP; en 1933 Ministro de Justicia de Baviera; en 1933 fundador de la Academia para el Derecho Alemán; en 1934 “Comisario del Reich para la coordinación de la justicia en los Estados federados”; en 1939 Gobernador General de Polonia, y luego juzgado en Nuremberg y ejecutado (“Personenlexicon 1933-1945”, Tosa Verlag, Viena, 2003, pp. 126 a 128). Ver, además, Karitzky, pp. 104-105.

31 Karitzky, H., pp. 61 a 66.

32 Ibidem, p. 71.

33 Ibidem, p. 86.

34 Ibidem, p. 99.

35 Ibidem, p. 25.

36 Vormbaum, T., obra citada, p. 202.

37 Ibidem, pp. 160-161.

era preciso comenzar con sus proyectos para la neutralización de los incorregibles³⁸. Desde esa perspectiva, Kohlrausch llega a proclamar a la IKV como proveedora de material al Estado, y a auto-elogiarse por sus propuestas de reforma de la época de Weimar, tendientes al endurecimiento del sistema penal. En línea con esta tendencia político-criminal de colaboración con el régimen, destacan sus manifestaciones de que “el derecho penal es la protección del pueblo” y su total coincidencia con la política del Estado, manifestando que los artículos de la parte especial son *orientaciones para el juez*, que está autorizado a aplicar la analogía, pese a que en la comisión la había criticado; también dirige la atención hacia la personalidad del autor, propuestas todas en las que se aplica el vocabulario oficial del régimen sobre la voluntad del pueblo y otros conceptos semejantes³⁹.

Cabe recordar que en la comisión de derecho penal del Reich estaba nada menos que Roland Freisler⁴⁰, uno de los hombres más extremistas del régimen, y al mismo tiempo un jurista capacitado, con lo cual el espacio de libertad de opinión en contra de sus ideas debió ser muy estrecho, y más bien riesgoso. Sin embargo, la increíble capacidad de adaptación de Kohlrausch parece haber obtenido concesiones de Freisler, que más adelante señalaremos.

Por cierto, debe quedar en claro que si bien en este punto nos centramos en un único discípulo de Liszt, lo cierto es que la praxis nacionalsocialista experimentó refuerzos teóricos de parte de varios representantes del ala derecha del maestro común, como Franz Exner y también de otros juristas procedentes del ala conservadora de los teóricos del derecho, como Edmund Mezger, quien, con su teoría de la “culpa por la conducción en la vida”, legitimaba el agravamiento de la pena para los reincidentes y propugnaba la introducción del arresto policial aplicado por la Gestapo contra los “enemigos del pueblo”, para concluir elaborando un Proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, en el que claramente propiciaba su exterminio o elimi-

nación (“*Ausmerzung*”)⁴¹. Este era el “espíritu de época” jurídico, dentro del cual pretendía haber navegado Kohlrausch como un *técnico liberal y neutro*⁴².

Además del rol de legislador, está probado que Kohlrausch escribió artículos sobre la Ley de protección de la sangre (*Blutschutzgesetz*) y la legislación racial y que también se lo relaciona como colaborador con los procesos de los acusados del atentado contra Hitler⁴³, y cabe recordar que dos de sus colegas en las comisiones de reformas, Hans von Dohnanyi y Sack, fueron ejecutados por haber estado involucrados en el complot contra el Führer⁴⁴. Kohlrausch aparece, además, comprometido con el programa de esterilización forzosa, así como en el rol de denunciante (y denunciado) ante la Gestapo⁴⁵.

Pero como si lo apuntado no bastara para juzgar el comportamiento de Kohlrausch como colaboracionista del poder nazi, baste mencionar que, además de su activa participación en las comisiones de reforma penal, fue miembro de la Academia para el Derecho Alemán, y condecorado por Hitler en honor a sus fieles servicios, tras lo cual el régimen también le concedió, en 1944, la medalla Goethe a las Ciencias y las Artes. Kohlrausch puso, además, el instituto de su facultad a disposición de Goebbels para la contra-propaganda científica frente al exterior⁴⁶.

Otro acontecimiento académico notable tuvo lugar cuando Kohlrausch, por su edad, debía pasar reglamentariamente a retiro como Emérito, y el gobierno hizo una excepción en su caso, a través del Ministro de Justicia Gürtner, con la intervención de Rudolf Hess, tomando como fundamento “la importancia de su trabajo en la comisión de reformas y en la enseñanza del nuevo derecho”⁴⁷.

En su colaboración jurídica con los nazis Kohlrausch abandona ciertas posturas que había defendido durante la época de Weimar, y de esos casos, el más grave es, seguramente, el de la pena de muerte, de la que antes no había sido partidario, virando en favor de ella, y apoyando incluso la aplicación de métodos crueles de

38 Ibidem, p. 183, valiéndose de una cita de Radbruch en ese sentido.

39 Karitzky, H., obra citada, pp. 183, 300, 358 y 359.

40 **Freisler, Roland** (1893-1945) es una figura suficientemente conocida por su fanatismo y el recuerdo de las filmaciones documentales sobre su brutal actuación como presidente de la Corte Suprema del Reich en el juzgamiento de los responsables del atentado contra Hitler en julio de 1944. Durante su presidencia, las sentencias de muerte de su tribunal pasaron de 102 en el año 1941 a 2097 en 1944, lo que le valió el mote de “juez sanguinario”. En la comisión de reforma penal luchó denodadamente para que se incluyera en el código penal la “ley de protección de la sangre”. Ver: “Personen Lexicon 1933-1945”, obra citada, págs. 130-132.

41 Muñoz Conde, F., “La herencia...”, obra citada, p. 16.

42 De todos modos, es preciso señalar que la mayor parte de este elenco de penalistas logró atravesar los procesos de desnazificación con pocas dificultades, y continuaron sus carreras durante la ocupación aliada, y también en la República Federal.

43 Karitzky, H., obra citada, pp. 17 y 18.

44 Ibidem, p. 100.

45 Ibidem.

46 Ibidem, pp. 107, 108 y 119.

47 Ibidem, p. 122.

ejecución, como el envenenamiento⁴⁸. En artículos de prensa publicaba con frecuencia los trabajos de la comisión y detallaba los servicios que prestaba al sistema, de modo que, al no ser totalmente discreto, su actuación no pasó desapercibida para la sociedad.

Ahora bien, si lo referido basta para formarse una idea negativa de Kohlrausch, su figura depara nuevas sorpresas de sentido contrario. Así, es asombroso que nunca estuviera afiliado al NSDAP, pese a su alto nivel de reconocimiento por el gobierno nazi. De todos modos, se pudo comprobar que perteneció a la “SA reserva II”, y a la Federación Nacionalsocialista de Juristas Alemanes⁴⁹. Y hay sorpresas aún mayores, ya que, cuando luego de 1945 se investigó su actuación durante el nazismo por parte de las fuerzas de ocupación aliadas, **abundaron los testimonios en su favor de judíos a los que ayudó a escapar o protegió**, e incluso dio su apoyo en la universidad, tal como hiciera con su primera habilitada (y posteriormente su asistente) judía Ehrlich. Según tales testimonios de víctimas del nazismo, Kohlrausch parece haber salvado la vida de varios judíos, contribuyendo a ocultarlos o facilitando su escape, y logrado incluso mejorar la situación de varios condenados a muerte por Freisler⁵⁰. Sin embargo, un judío emigrado que sobrevivió a la guerra, el Dr. Kurt Hiller, lo persiguió incansablemente, y fue quien denunció a Kohlrausch ante la universidad, calificándolo hasta de “criminal” y también publicando artículos en los medios y enviando cartas a sus discípulos y colaboradores. Aparentemente, la denuncia a la universidad disparó la comisión investigadora por la cual Kohlrausch caería en desgracia⁵¹ a raíz de sus publicaciones del período nazi, en particular, por un artículo sobre “traición a la raza en el extranjero”⁵², pese a que había logrado defenderse con más eficacia respecto a sus publicaciones de 1941 sobre la Blutschutzgesetz.

Tras la capitulación alemana en 1945 el pasado de Kohlrausch fue investigado varias veces, pero logró superar esas pruebas, ya fuera por la falta de testimonios en su contra, o por el cerrado apoyo de sus colegas, incluyendo al propio Radbruch⁵³, así como por la desaparición de mucha documentación comprometedora, a raíz de la guerra y del grado de destrucción acaecido

en Berlín. Al ser preguntado por su ideología, Kohlrausch respondió que era un “Liberal, sin pertenencia partidaria”⁵⁴. Luego logró pasar los primeros controles universitarios ocultando su pertenencia a dos organismos partidarios nazis y afirmando haber estado en total desacuerdo con esa ideología, tras lo que fue calificado como “aceptable”⁵⁵, mudándose de Potsdam a Berlín para poder seguir bajo la administración de la universidad, que, a resultas de la división en zonas quedó bajo la jurisdicción del SMAD, o sea, de la administración soviética. Nuevamente se producen a partir de allí circunstancias curiosas en torno a Kohlrausch, ya que si bien la corriente de ideas de Liszt fue considerada reaccionaria y burguesa en los inicios de la DDR, gozaba de cierto prestigio en Rusia, país en el cual Liszt había logrado imponer algunos de sus puntos de vista en la legislación, y donde contó con renombrados juristas seguidores de sus ideas. Lo cierto es que cuando se reabre la Universidad de Berlín, Kohlrausch es nombrado Decano Comisario, el 27 de octubre de 1945, y Profesor de Derecho Penal el 29 de enero de 1946, con lo cual completa su periplo en el último de los sistemas políticos en el (o al) cual prestaría servicios; de inmediato logró imponer al SMAD el plan de estudios de derecho tradicional de antes de 1933, con algunos retoques, sin que en su programa de derecho penal hubiera alusiones al socialismo⁵⁶. Asombrosamente, en 1946 es nombrado también Miembro Ordinario de la Academia de Ciencias⁵⁷. Karitzky considera un misterio las fuentes de las cuales se valieron los soviéticos para elevarlo a tan altos cargos, del mismo modo que los de sentido contrario, que se aplicarían luego para alejarlo. Pero antes de ser licenciado, Kohlrausch dio nuevas muestras de su versatilidad, al actuar como **Jurado en los procesos de desnazificación del cuerpo profesoral**, desde donde promovió limpiezas de los sospechosos de vinculaciones con el nazismo⁵⁸. También intervino en varios asuntos que nuevamente reflejan su duplicidad, y que omitiremos reproducir aquí, en homenaje a la síntesis.

En cuanto a la coherencia de sus posiciones político-criminales, Kohlrausch había sostenido, ante quienes investigaron su pasado, **que las ideas de Liszt**

48 Ibidem, pp. 475 y 476.

49 Ibidem, p. 110.

50 Ibidem, pp. 132 a 139.

51 Ibidem, pp. 440 y ss., 446 y 453.

52 El trabajo proponía la creación de nuevos tipos penales para perseguir los matrimonios entre judíos y alemanes realizados en fraude de la ley, fuera de las fronteras alemanas.

53 Karitzky, H., obra citada, p. 458 y ss.

54 Ibidem, p. 65.

55 Ibidem, p. 154.

56 Ibidem, pp. 25, 147 y 173 a 175.

57 Ibidem, pp. 151 y 152.

58 Ibidem, pp. 160 a 163.

eran completamente defendibles en el Estado nacionalsocialista, en especial en temas como la pena indeterminada. Y por ende, no causa ya asombro que tampoco tuviera problemas para sostener, durante su decanato bajo administración soviética, que la pena indeterminada “era un logro socialista”⁵⁹. No podía faltar tampoco, que en octubre de 1945 el presidente del DJV (Deutsche Zentralverwaltung für Justiz —del Sector Oriental—) le encargara que formase una comisión para la reforma penal, en la cual se elaborara un proyecto. Para 1947 se consideró suficiente la desnazificación en el proyecto hasta allí elaborado, y se dejó para el futuro una reforma total, **que también debía quedar bajo la presidencia de Kohlrausch**⁶⁰.

La persecución de Hiller finalmente acorraló a Kohlrausch, cuando sus cartas a las autoridades universitarias determinaron que se formara una comisión investigadora en febrero de 1947. Cabe señalar que la credibilidad de Hiller surgía del hecho de ser judío, homosexual y marxista, muy conocido por su activismo y sus publicaciones como escritor y periodista durante la República de Weimar⁶¹. Tras pasar por un campo de concentración nazi, logró evadirse de Alemania, exiliándose en Inglaterra en 1938.

Mientras la comisión investigadora recolectaba material, Kohlrausch fue informado, a fines de agosto, de que le pedirían que abandonara el decanato⁶² y casi simultáneamente, el 30 de agosto de 1946, recibió un ofrecimiento de la universidad de Frankfurt a/M. Como destaca Karitzky, en ese momento clave Kohlrausch cometió un error fatal: renunció a la cátedra en Frankfurt el 21.4.47, e hizo saber a las autoridades de Berlín que prefería permanecer allí⁶³. De haber hecho lo contrario, la comisión investigadora hubiera cesado su actividad en Berlín, y él podría haber continuado su carrera en Alemania occidental. Finalmente, Kohlrausch cayó en desgracia en el sector oriental, bajo la imputación de proteger docentes nazis en 3 casos y bloquear el acceso a luchadores antifascistas. Karitzky considera que los soviéticos utilizaron a Kohlrausch como una herramienta para la fase de transición, y que finalmente

lo licenciaron el 5 de septiembre de 1947 “hasta que se aclaren sus circunstancias”⁶⁴. Según la investigación de Karitzky, la muerte de Kohlrausch al día siguiente (el 6 de septiembre de 1947) habría sido un suicidio, disimulado por la familia. Este autor destaca la ironía de que si el camaleónico discípulo de Liszt hubiese aceptado la cátedra en Frankfurt no solo habría podido continuar su carrera sin sospechas en su contra, sumándose al pelotón de los juristas alemanes comprometidos con el nazismo que prosiguieron su carrera del lado occidental sin problemas, y que, de vivir lo suficiente, seguramente también hubiera tenido protagonismo como legislador en la República Federal después de 1949. En la DDR la adecuación total de las universidades y los planes de estudio al marxismo-leninismo se produjo recién en 1951, y a partir de allí Kohlrausch fue citado en la doctrina jurídica del socialismo como un ejemplo de “ideología burguesa” al igual que su maestro Liszt⁶⁵.

Eberhard Ludwig Ferdinand Schmidt (1891-1977)

En este punto, resaltaremos algunos aspectos de la vida y obra de otro discípulo de Liszt, considerado como el tercero en importancia en la proyección de la obra de su maestro⁶⁶. Eberhard Schmidt se destacó especialmente en temas de historia del derecho penal y de derecho procesal penal, y participó en distintos aspectos del proceso de reforma, especialmente durante la República de Weimar, el Tercer Reich y la República Federal. Nuestro interés se centra en la interpretación que imprimió a las ideas de su maestro con miras a la reforma penal y a la política criminal.

Schmidt fue asistente de Liszt desde 1914, hizo su habilitación sobre historia del derecho en Berlín en 1920, y luego asumió los cargos de Profesor Ordinario en Breslau (1921), Kiel (1926), Hamburgo (1929 —donde también fue rector entre 1933 y 1934—), Leipzig (1935) y Göttingen (1945). En 1948 sucedió a Radbruch en Heidelberg, donde también fue rector entre 1952 y 1953, hasta su retiro como Emérito en 1959. Entre otras funciones de reforma legislativa en la Re-

59 Ibidem, p. 475.

60 Ibidem, pp. 382 a 385.

61 Puede consultarse su trabajo en defensa de la libre homosexualidad en su publicación “A 1928 Gay Rights Speech” publicado por Lauritsen, John and Thorstad, David, “The Early Homosexual Rights Movement” (1864-1935), Nueva York, 1974, con una segunda edición revisada en Ojai, California 1995. Sobre la persecución de los homosexuales durante el Tercer Reich puede verse: Plant, Richard, “The Pink Triangle: The Nazi War Against Homosexuals”, Nueva York, 1986. Otras actividades de Hiller, en Karitzky, H., obra citada, pp. 16 y 17.

62 Karitzky, H., obra citada, p. 179.

63 Ibidem, p. 180.

64 Ibidem, pp. 163 a 181.

65 Ibidem, pp. 168 a 170.

66 Ni Kohlrausch ni Schmidt hicieron su habilitación con Liszt, pasaje de formación profesional que en Alemania es considerado indispensable para ser “discípulo” de un maestro, en sentido lato. De todos modos, la estrecha colaboración de ambos con Liszt durante muchos años, en especial en su seminario, la IKV y sus publicaciones, permiten tenerlos por auténticos portavoces de la obra de Liszt, tal como ellos mismos se reconocían.

pública Federal, integró la Gran Comisión de Reforma Penal, entre 1954 y 1959⁶⁷. En fecha reciente apareció una extensa biografía de Schmidt⁶⁸, de Simone von Hardenberg, muy elogiada por su aporte de datos sobre la vida y obra del jurista, pero objetada al mismo tiempo por su falta de perspectiva crítica⁶⁹.

Ya hemos visto que Schmidt participó un corto tiempo en la primera guerra mundial, y que regresó a Berlín y a su universidad para ser testigo del ocaso de la vida académica de Liszt y de su seminario. También se señaló que, para su sorpresa, Liszt le delegó la tarea de actualizar la próxima nueva edición del Manual de Derecho Penal, transfiriéndole la responsabilidad en común con el abogado Oborniker⁷⁰. Por cierto, Schmidt fue el colaborador directo más joven junto a Liszt, y si bien transitó cuatro diferentes sistemas políticos, debe recordarse que recién se habilitó tras la muerte de Liszt, con lo cual puede admitirse que su verdadero protagonismo teórico (sin perjuicio de las actividades académicas que compartía desde temprano junto a Liszt) comienza formalmente en la República de Weimar.

Ya se señaló que el Proyecto de reforma penal 1913 fue retomado en 1919 y publicado en 1921. En esa etapa también se publicó un proyecto de reforma de la organización de justicia y del sistema procesal⁷¹, y Schmidt se manifestó escéptico (en aquél momento) frente al proyecto⁷². El proceso de reforma penal de posguerra continuaba, en buena medida, el debate y las ideas impulsadas por Liszt, a las que se sumarían los aportes de Radbruch (el discípulo de mayor protagonismo político durante la República de Weimar) para elaborar el Proyecto de 1922, que incorporó ciertos aspectos de liberalización del sistema penal⁷³, y un proyecto de re-

forma de la organización de justicia y del sistema procesal, sin perjuicio de que dichas iniciativas también arrastraban vicios antiliberales provenientes del Programa de Marburg. La Ley Judicial Juvenil aprobada en 1923 daba amplia cabida a las ideas de Liszt en esa materia, que fueron expuestas a lo largo de este trabajo. También hubo cambios en el sistema de ejecución penal orientados por principios liberalizadores⁷⁴. El Proyecto de 1925 se basó en el trabajo de Radbruch, con modificaciones que limitaban las mejores intenciones del mayor discípulo de Liszt⁷⁵, y que finalmente fueron reforzadas en el Proyecto 1927. Finalmente, hubo un Proyecto 1930, que fracasó ante la resistencia, o más bien sabotaje de los representantes del NSDAP⁷⁶. Tal vez el mejor aporte de Schmidt sobre este proceso fue el que realizó como historiador, relatando y documentando este largo y accidentado proceso⁷⁷.

Las objeciones hechas en tiempos recientes a la actuación profesional de Schmidt apunta a su desempeño durante la dictadura nacionalsocialista⁷⁸. En todo ese lapso mantuvo su cargo de profesor en Hamburgo, donde además asumió como rector, pronunciando un discurso en el que manifestaba la adhesión de las universidades alemanas, a Adolf Hitler y al Estado nacionalsocialista⁷⁹. También adhirió con su firma, el 11 de noviembre de 1933, a una larga lista de profesores de universidades y escuelas superiores que expresaban su adhesión a Hitler y al régimen⁸⁰.

Suele destacarse un aspecto de sus actividades — poco estudiado pero muy cargado de sospechas en su contra — en el campo de la justicia militar, con la que colaboró como consejero al más alto nivel, publicando también un libro sobre el tema, y artículos en una re-

67 Koch, Arndt: Schmidt, Eberhard, en *Neue Deutsche Biographie* (NDB), tomo 23, Duncker & Humblot, Berlin 2007, p. 181 y s. (digitalizado). También Vogel, J. obra citada, p. 33.

68 von Hardenberg, Simone: "Eberhard Schmidt (1891–1977). Ein Beitrag zur Geschichte des Rechtsstaats", Dunker y Humblot, Berlin, 2009.

69 Koch, Arndt: "Pflichtbewusst, fleißig und bescheiden", comentario bibliográfico en *Rg* 17/20110. También Vormbaum, T., obra citada, p. 160, cita 90.

70 Ver: Schmidt, E., "Persönliche Erinnerungen...", obra citada, p. 545 y ss.

71 Proyecto "Goldschmidt-Schiffer".

72 Vormbaum, T., obra citada, p. 178

73 Ejemplos: ampliación de las penas de multa y reducción de las penas cortas, nuevo sistema para el registro de antecedentes para facilitar la reinserción social, etc.

74 Vormbaum, T., obra citada, pp. 170 a 184

75 Ibidem, pp. 170 y ss.

76 Ibidem, p. 177.

77 Schmidt, E.: "Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege", tercera edición, Vandenhoeck y Ruprecht, Göttingen 1983, capítulo 3 B II, p. 334 y ss.

78 Vormbaum, T., obra citada, pp. 160/161, nota 90.

79 Klee, Ernst, "Das Personenlexikon zum Dritten Reich". S. Fischer Verlag, Frankfurt a/M, 2003, p. 544, con transcripción literal, del mismo modo que en Vormbaum, T. obra citada, p. 189.

80 Klee, E., Idem.

vista especializada⁸¹. En 1935 y hasta el fin de la guerra, Schmidt se mudó a la muy relevante Universidad de Leipzig, ciudad que también albergaba a la Corte Suprema del Reich (Reichsgericht). Tras la caída del régimen nazi y la derrota alemana, fue detenido por el ejército estadounidense en 1945, como prisionero de guerra⁸².

Si bien la actuación de Schmidt durante el nacionalsocialismo no tuvo los niveles de participación y compromiso alcanzados por su colega Kohlrausch, no quedan dudas sobre su adhesión al proceso ni su colaboración con la justicia militar durante la guerra, y las ideas afines a los objetivos nazis, expresadas en sus publicaciones. Como señala Vormbaum, fueron justamente estos dos discípulos de Liszt los que se esforzaron en desplegar ante el régimen la compatibilidad de las teorías de su maestro con el “nuevo pensamiento”⁸³; también quedaron registradas las opiniones de Schmidt en 1942, cuando sostuvo (entre otras apreciaciones del mismo tenor) que “la concepción de la pena de Liszt es negada totalmente cuando se la concibe como “teoría blanda y concesiva del mejoramiento”⁸⁴.

Tras la capitulación alemana y su breve detención, Schmidt fue considerado “apto” y retomó su carrera académica. Publicó de inmediato, en 1947, su exitoso libro “Introducción a la historia de la justicia penal alemana” en el que alaba como una personalidad a Kohlrausch y oculta toda prueba o documento de su paso por la comisión de reformas del nacionalsocialismo⁸⁵. Karitzky deja incluso planteada la sospecha de que un párrafo que el propio Kohlrausch cita en su defensa al ser investigado por su desempeño en el nazismo, pudo haber sido agregada con posterioridad al manuscrito⁸⁶; también detecta variaciones en las ediciones posteriores mejorando la imagen de Kohlrausch. El libro de Schmidt tuvo tal influencia, que inició una especie de leyenda glorificadora de la figura de Kohlrausch⁸⁷,

admitida por gran parte de la doctrina, por lo menos hasta la aparición de la implacable investigación de Karitzky. En esa obra, Schmidt intenta *pasar por alto el pensamiento jurídico nacionalsocialista, y re-conectar la teoría penal con la etapa previa, de la República de Weimar*⁸⁸, como si lo acontecido entre 1933 y 1945 hubiera sido un “desperfecto”, fácilmente superable y destinado al olvido⁸⁹. Este aporte de Schmidt es un relevante indicador de los posteriores debates sobre la “anormalidad” de la etapa jurídica nazi, o bien (en sentido contrario), **como parte de las ideas de la modernidad**. Cabe recordar que la **ley contra delincuentes habituales peligrosos y medidas de seguridad y corrección**, del 24 de noviembre de 1933, la primera ley penal importante del nacionalsocialismo, adoptaba puntos de vista centrales de las propuestas político-criminales de Liszt, tales como la *Custodia de Seguridad* para delincuentes peligrosos habituales. Como señala Vormbaum, era una medida ya prevista en el proyecto de 1919, y en el de Radbruch de 1922. Por cierto que ello también daba continuidad a la coexistencia de penas y medidas que provenían, originariamente, del anteproyecto de 1909. El agravamiento por reincidencia y la custodia de seguridad para delincuentes peligrosos habituales se correspondía con el derecho penal de autor del nacionalsocialismo y sus excesos, pero se apoyaba en la categoría de autores antes consagrada por Liszt. También con la introducción de la categoría de *imputabilidad disminuida* el proyecto consagró una vieja exigencia de la escuela de Liszt y de la criminología orientada al autor. Esta ley, tan “típicamente nazi” **permaneció en vigencia luego de 1945** y ha sobrevivido en el derecho penal alemán federal en lo referente al delincuente habitual —con ligeras modificaciones hasta 1968— y en lo restante, hasta hoy⁹⁰. Puede deducirse entonces, que el debate sobre la “continuidad” no es una cuestión de exquísitez dogmático-penal, sino un

81 Sobre la actuación de la Justicia militar durante el nazismo, puede consultarse el libro de Messerschmidt Manfred, y Wüllner, Fritz: “Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus-Zerstörung einer Legende”. Nomos-Verlag, Baden-Baden 1987. Ver también: von Hardenberg, S., obra citada, p. 260 y ss.; además: Vormbaum, T., obra citada, pp. 160-161; Vogel, Joachim: “Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht”, ZStW, 115, Berlín, 2003, p. 31; Klee, Ernst, “Das Personenlexicon zum Dritten Reich”. S. Fischer Verlag, Frankfurt (Frankfurt a/M), 2003; y Müller, Ingo: “Furchtbare Juristen”, Kindler, Munich, 1987. Traducción al castellano, de Carlos Armando Figueredo, con el título “Los juristas del horror”, Ed. Álvaro Mora, Bogotá, reimpresión 2014, pp. 188 a 197 del original.

82 Von Hardenberg, S., obra citada, pp. 334-335.

83 Vormbaum, T., obra citada, p. 133, y el libro de Marxen, Klaus: “Der Kampf gegen das liberale Strafrecht”, Dünker & Humboldt, Berlín, 1975.

84 Schmidt, E: “Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt”, en: Monatsschrift f. Kriminologie 1942, 205 y ss., y 221 y ver: Vormbaum, T., obra citada, p. 189. De modo parecido se expresó también Eduard Kohlrausch; ver sobre ello las referencias expuestas respecto a la biografía de Kohlrausch de Karitzky. Ver también: Marxen, Klaus: “Der Kampf gegen das liberale Strafrecht”, obra citada, p. 94 y ss.

85 Karitzky, H., obra citada, pp. 8 y 11.

86 Ibidem. p. 463, en especial, nota 57.

87 Ibidem, pp. 8 y 9, en especial las notas que acompañan al texto.

88 Vogel, J., obra citada, pp. 36 y 37.

89 También Vormbaum, T., obra citada, p., y Karitzky, H., obra citada, p. 185.

90 Vormbaum, T., obra citada, p. 196.

asunto que implica profundas consideraciones filosóficas y políticas.

En cuanto a los protagonistas del siglo XX, puede decirse que ellos sí mantuvieron una continuidad inalterada, ya que prácticamente la totalidad de los juristas alemanes vivos prosiguieron en 1945 sus tareas, insertos en la nueva sociedad de posguerra, que pasaría a ser la República Federal en 1949. Los escasos juristas que fueron objetados por su pasado nazi lograron, sin embargo, reingresar más adelante a la universidad o la justicia, por distintos caminos de acceso⁹¹. Recordemos también que tras los procesos contra el nazismo no hubo ni un solo juez activo durante el régimen condenado por sus sentencias, en virtud del argumento del “privilegio de los jueces”, porque se habrían atenido en sus sentencias a la ley vigente y no podían negarse a fallar.

Como señalamos al inicio, en 1948 Schmidt sucedió a Radbruch en Heidelberg, donde también fue rector entre 1952 y 1953, hasta su retiro como Emérito en 1959. Y por cierto, integró la Gran Comisión de Reforma Penal, entre 1954 y 1959, en la cual sus opiniones tuvieron mucho peso para configurar el derecho penal alemán de posguerra como un refloreamiento de las ideas político-criminales de su maestro von Liszt⁹². Como señalamos en la reseña biográfica previa de Radbruch, Eberhard Schmidt, propició un rescate del Proyecto de Código Penal de 1922, reactivando el pensamiento político criminal de Liszt en la década de 1960, reinstalándolo como un modelo todavía vigente para la reforma penal en la flamante República Federal, tema que ya excede el marco de esta investigación.

Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945.

Tal como señalamos a lo largo de nuestro trabajo “Nodrizas”, el mismo tuvo como objetivo concentrarse en la vida y obra de von Liszt, durante el período 1899-1919, con interés predominante en los aspectos **políticos** de su desempeño. En este fragmento nos hemos limitado a aportar una información sucinta sobre tres de los discípulos más famosos de Liszt con protagonismo en los proyectos de reforma y de políticas criminales posteriores al retiro y fallecimiento de su maestro. Y por cierto, ha sido necesario revisar los acontecimientos históricos posteriores a 1920, con proyecciones que llegaron, incluso, hasta la década de 1960, e incluso hasta la actualidad. Ese más de Medio siglo de evolución jurídica alemana también está, por cierto, ligado al debate sobre la obra de Liszt, que algunos autores mo-

ernos han abarcado en su conjunto, como en la reciente obra de Thomas Vormbaum. De todos modos, creemos que aún es necesaria una investigación integral y comparada de la mayor parte de los discípulos de Liszt y de quienes compartieron sus ideas luego de 1919 que, como prueban los casos aquí expuestos, dejan aún muchos aspectos por esclarecer. Por tales razones, llegados a este punto, y considerando que nuestro objetivo de mera información crítica ya fue alcanzado, nos vemos forzados a establecer un corte, conformándonos apenas con el esbozo de algunos debates que quedan pendientes, o que solo tienen un desarrollo parcial, o que se encuentran en estado de franca controversia.

Se nos ocurre que los aspectos más importantes de una evaluación moderna de la reforma penal alemana debería abarcar los siguientes aspectos:

1. categorización jurídica, moral y política del proceso de reforma penal y sus protagonistas durante el nacional-socialismo.

2. análisis de las propuestas de Liszt que eran incompatibles con el liberalismo, pero compatibles con la política nacionalsocialista, y su grado de realización práctica en ese sistema⁹³.

3. igual análisis en la etapa inicial de la República Federal y la DDR, y su comparación con lo acontecido en el sistema penal tras la reunificación alemana.

4. ampliar el debate sobre las continuidades y discontinuidades de las ideas modernas y liberales que implicaron todos los procesos de reforma penal alemana, desde el inicio del siglo XX hasta la actualidad.

5. análisis comparativo de las propuestas de Liszt a través de sus discípulos y **de los discípulos de ellos**, hasta el presente.

Demás está decir que no podemos asumir semejantes responsabilidades ahora, y probablemente tampoco en lo que nos reste de vida, pero seguramente el conjunto de trabajos de investigación actuales y futuros permitirán a los investigadores formarse un cuadro cada vez más completo y crítico de un proceso histórico muy complejo y extenso en el tiempo. La larga etapa democrática de la Alemania unificada, la decantación biológica de quienes protagonizaron el nazismo, la guerra y la posguerra de 1945, han posibilitado hoy un explosivo florecimiento de investigaciones históricas sin tabúes ni impedimentos sobre la etapa más negra de la historia mundial, sumando constantemente nueva documentación y enfoques originales sobre aquél lapso de la vida social alemana. Y lo más esperanzador —según nuestro punto de vista— es que una sustancial mayoría de tales investigaciones y ensayos modernos posee una naturaleza marcadamente crítica y desprejuici-

⁹¹ Vogel, J., pp. 28 a 32.

⁹² Ver nota 84, acápite 3 de este capítulo.

⁹³ Vogel, J., obra citada, p. 81, cita 289.

ciada sobre el controvertido medio siglo XX en el que Alemania experimentó dos guerras mundiales y la que fue, posiblemente, la dictadura más absoluta y destructiva de la historia.

En lo que a nuestro reciente libro se refiere, confiamos en haber aportado un enfoque novedoso sobre el tema de la reforma penal alemana, vista **a través de la actividad política de Liszt**, que quizá pueda servir de punto de partida a nuevas y más fructíferas discusiones sobre su obra. Y en cuanto al uso de ideas de Liszt durante el nacionalsocialismo (impulsadas en buena medida por algunos de sus discípulos) nos parece muy apropiado relacionarlas con la opinión de un músico de fama mundial, sobre los usos dados por el régimen nazi a ciertas creaciones de la cultura. Aludimos a Daniel Barenboim (argentino-israelí, director de la Berliner Staatsoper), en su artículo “Wagner y los judíos”:

“Wagner puede haber sido el modelo más importante para Adolf Hitler, tanto en lo personal como en lo ideológi-

co, una suerte de “predecesor” como cuenta Joachim Fest en su biografía del dictador. Hitler lo llamó “El más grande profeta que jamás tuvo el pueblo alemán” y se apropió de la mitología de Wagner como un componente de la ideología nazi. Sin embargo, por más repulsivo que pueda ser el antisemitismo del compositor, difícilmente se lo pueda juzgar responsable por el uso y abuso que Hitler hizo de su música y sus opiniones”⁹⁴.

Es decir que, pese a los prejuicios y errores de un hombre durante su vida, no se le puede responsabilizar por el aprovechamiento posterior de sus defectos, para construir maquinarias inhumanas de terror y devastación que no pudo haber previsto en los días finales de su vida. Entendemos que, en esos casos, como en el de Liszt, más allá de sus contradicciones, la responsabilidad se desplaza a los manipuladores y oportunistas que siempre se valen de ideas ajenas para obtener ventajas por fuera de todo marco de responsabilidad moral.

94 Artículo “Wagner y los judíos” (Revista de libros Review, Buenos Aires, Nº 2, mayo-junio de 2015, pp. 18/19).