

37

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

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2016

37

Revista Penal

Penal

Enero 2016



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

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	Victor 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 Piedecasas. 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
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

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), 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

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	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
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.

Bibliografía

Notas bibliográficas

1. POR UN DERECHO PENAL DECENTE. Recensión del libro “Securitarismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista” (AA.VV. —ed. Arroyo Zapatero, Delmas - Marty, Danet, Acale Sánchez—, Cuenca —Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha—, 2014)

1. Hace más o menos un año me invitaron al XXI Congreso de Estudiantes de Ciencias Penales de Barcelona con el encargo de que resumiera los principales defectos del Proyecto de Reforma del Código Penal que entonces acababa de presentar el Gobierno y que cuando escribo estas líneas se está debatiendo en el Senado. Una lectura, siquiera somera, revelaba ya groseras taras del texto desde la perspectiva más importante de análisis del mismo, que es la de los valores y los principios constitucionales. No digo con ello que tales defectos equivalgan necesariamente a la inconstitucionalidad de los artículos correspondientes, sino solo, al menos, que estos son pobres si se los mide con la axiología constitucional. Que, permitaseme la expresión, son, cuando menos, poco constitucionales.

Recogiendo, creo, el sentir general de los penalistas, y acogiéndome al halo teúrgico del número siete, mi lista de taras graves del Proyecto, mi *top seven* - más bien, debería decir mi *bottom seven* - fue la siguiente:

- se incorpora la cadena perpetua bajo la cosmética denominación de prisión permanente revisable;
- las medidas de seguridad privativas de libertad, al ser prorrogables sin cuento, podrían ser también perpetuas;
- en la misma obsesión por la perpetuidad: se propone una severa ampliación de los plazos de cancelación de los antecedentes penales, que en los delitos más graves podría acompañar al enpenado de por vida;
- la libertad vigilada, medida de seguridad prevista para su ejecución tras la de la pena impuesta a los

- imputables, tímidamente presente en el Código Penal desde el año 2010, pierde ahora tal timidez: se intensifica en duración y se expande a más delitos;
- se desalienta del ejercicio de derechos fundamentales en los nuevos delitos contra el orden público y de provocación a la violencia y al odio, con tipos penales de contornos muy imprecisos;
- la expulsión de extranjeros como sustitución de determinadas penas alcanza también a los que residen legalmente en España;
- la sustitución de algunas faltas por delitos leves comporta en ocasiones efectos de desproporción, significativamente en el hurto.

2. Si bien se lee, de esta reforma habla en realidad el libro que tengo el gusto de presentar. No lo hace expresamente, pero sí, y con gran agudeza, de la visión del mundo, del Derecho, de la pena, que inspira este nuevo modelo de ordenamiento penal y que conceptuamos bajo el sustantivo “securitarismo”. Y sí por cierto se refiere explícitamente a un octavo tumor, extirpado en el paso del Anteproyecto al Proyecto, que tenía por contenido la custodia de seguridad, medida de seguridad privativa de libertad cuyo destinatario es el imputable que ha cumplido su pena. A ella se refieren incisivamente la profesora Acale Sánchez (págs. 151 y ss.) y la contribución de la profesora Rinceanu sobre la custodia alemana y su proceloso devenir constitucional, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluida (págs. 159 y ss.).

Veníamos de otra manera de entender el Derecho Penal. Yo me eduqué en los años 80 en otra visión de la pena y del delito. En una visión mejor, si lo bueno lo medimos con una moral democrática que parte de la igual autonomía moral de todos los ciudadanos. El garantismo, el Derecho Penal mínimo, el Derecho Penal democrático, el Derecho Penal liberal —etiquétense como se prefiera— parte de la pena como una afrenta

grave a la libertad, a la autonomía personal que está en la base del sistema: como un adefesio en la estética constitucional, que por ello ha de ser administrada con desconfianza y desde luego, valga la expresión, con “minimidad”. Además, en segundo lugar, considera el garantismo que las condiciones sociales no son justas, cuando menos no enteramente justas, y que ello incide relevantemente en la opción por la delincuencia. Basta echar un vistazo a las estadísticas acerca del nivel económico y cultural de los presos. El penado es culpable pero no enteramente culpable, y por ello no debe ser enteramente penado. Ha de tener nueva una oportunidad efectiva de participar en la vida social.

Y tercera perspectiva: heredero de la desconfianza hacia el poder del Estado, el garantismo prefiere afrontar la construcción del delito y de la pena desde la óptica del autor potencial y no sólo desde la de la víctima potencial, perspectiva que, como denuncia la contribución del Prof. Arroyo Zapatero, nos acaba conduciendo al subjetivismo y a la irracionalidad (págs. 241 y ss.). A las víctimas hay que apoyarlas, comprenderlas, quererlas, indemnizarlas. Pero es obvio que son las menos indicadas para ser jueces o legisladores.

3. El libro que les invito a leer da cuenta de esa involución en la legislación penal desde el garantismo hacia el securitarismo. El mundo penal está cambiando, y está cambiando a peor: es ya, en expresión de la profesora Giudicelli - Delage un mundo menos habitable (págs. 209 y ss.).

Forma parte de esa inhabilitación, por ejemplo, la peligrosidad sin culpabilidad que consagra la ley francesa del 2008 al establecer medidas de seguridad a inimputables para su cumplimiento tras la pena. Como denuncia la profesora Delmas - Marty (págs. 18 y ss.), se produce “una metamorfosis del ser humano en objeto peligroso, objetivación en sentido literal, que deshumaniza en lugar de responsabilizar” (p. 21). No se parte de la libertad del ser humano para prevenir el delito, sino que se previene desde la privación de la misma. Y todo ello a partir de un pronóstico de peligrosidad reconocidamente acientífico que puede convertirse, subraya la profesora Delmas - Marty, en una auténtica “presunción de iniquidad” (p. 21). Una sola letra en castellano para un giro de 180 grados: de la presunción de inocencia, de inocuidad, a la presunción de iniquidad.

Esta debilidad del pronóstico hace que en realidad no podamos hablar de personas peligrosas, sino de personas presuntamente peligrosas. Que no podamos hablar de un Derecho Penal del riesgo sino simplemente del

Derecho de la precaución. Así lo afirman los profesores Danet y Saas en su capítulo sobre el uso de las nociones de “delincuentes deficientes mentales” y “delincuentes habituales” en las legislaciones alemana, belga, francesa y suiza (págs. 71 y ss.): “Nos aproximamos cada vez más a un sistema que responde mucho más a la lógica del principio de precaución que a la prevención del riesgo. La ley ya no pretende, en efecto, únicamente prevenir un riesgo identificado de reincidencia algo objetivado por una reincidencia o por un trastorno mental diagnosticado, sino proteger contra una amenaza que será apreciada según criterios tan imprecisos como [...] la defensa de la sociedad. Estas medidas de libertad de duración indeterminada, basadas en la amenaza imprecisa de la reincidencia, sólo parecen aceptables si, en cuanto a su pronunciamiento y a su control, se encuadran de manera particularmente garantista y compleja” (pág. 81).

4. El securitarismo al que responden algunas de las recientes reformas penales europeas bebe, como afirma la profesora Acale, de la versión más retro del movimiento de Defensa Social (págs. 125 y ss.), en la que se considera que el delincuente es un enemigo social y que el objetivo del sistema penal es inocuizarle (p. 130). Es así, en palabras conclusivas de la profesora Giudicelli, “un Derecho Penal en rebajas, [...] un Derecho que sus autores quieren libre de las exigencias que pesan sobre el Derecho Penal ordinario, rechazando [...] la unión de lo justo y de lo útil para hacer predominar lo útil sobre lo justo” (p. 223).

Y lo peor de todo es que no hace falta. Lo peor de todo es que no está justificada esa demanda de utilidad. Como refleja el profesor Arroyo, en España vamos hacia las tasas carcelarias más altas con las tasas de delincuencia más bajas (págs. 243 y ss.). A miles de kilómetros lejos de España y en una sociedad de rasgos culturales bien diferentes, encontramos un diagnóstico similar. Lo realiza la profesora Takayama: “A pesar de que la criminalidad ha decrecido en 2003 y de que esta es esencialmente menor que en otros países, la opinión pública japonesa reacciona con mayor severidad ante los delincuentes” (pág. 229). Fruto de ello son “las recientes reformas penales de marcado acento punitivista que se enmarcan dentro de una legislación populista” (pág. 230).

Lo que al parecer importa es el efecto político: apagar con anuncios de pena la hoguera que los mismos poderes y los medios de comunicación han avivado artificialmente. Esconder con penas baratas los recursos que no se gastan en políticas sociales que disminuirían

la delincuencia. En relación con la utilización punitiva de la supuesta peligrosidad señala lúcidamente el profesor D'Ambrosio que la misma "parece asumir perniciosamente las trazas de una coartada de los gobiernos para descalificar los problemas sociales y recalificarlos en amenazas internas" (p. 208). Como concluye su aportación el profesor Nisco, en estas nuevas políticas penales "lo realmente importante son sus efectos emocionales: una sensación momentánea de seguridad. Lo importante en estas normas está quizás en el término 'paquete'. Similar a como pasa con las ofertas de paquetes vacacionales, paquetes de seguros, paquetes informáticos, los legisladores se comportan como vendedores (de seguridad), mientras que los ciudadanos serán vistos como usuarios o clientes (en busca de seguridad). Este intercambio se da a costa de los derechos fundamentales y de las garantías individuales" (pág. 188).

5. Concluyo. No se trata de sólo de lamentarse de lo mal que van las cosas nada menos que en materia de libertad, que es lo que para sus fines de protección restringe el Derecho Penal. Se trata, como hace este libro, de exponer razonablemente este lamento y de exigir, desde los valores, que las cosas cambien.

No creo que ello sea inútil. Quiero creer que la deliberación académica y la expresión pública de sus resultados influyeron en su día en que no prosperara la custodia de seguridad que figuraba en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Y en que ha influido también en que en su paso por el Congreso hayan desaparecido del Proyecto algunos de los groseros defectos que enumeraba al principio: las medidas de seguridad prolongables sin límite, la ampliación de los plazos de cancelación de antecedentes penales, y, en buena medida, la profusión de la libertad vigilada.

Queda aún mucho por cambiar. Pero queda el Senado. Sigue habiendo esperanzas en impedir que el mundo sea menos habitable. Que, como subtitula este libro, el Derecho Penal sea no sea menos humanista.

Juan Antonio Lascuraín
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

2. REINHART MAURACH: EL PENALISTA VENIDO DEL FRÍO

A propósito de la obra de VIKTOR NERLICH, "*A Baltico ad Euxinum*", *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung* (Reinhart

Maurach y la primera época de la investigación en Alemania sobre el Derecho del Este (europeo), *Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Münchner Universitätsschriften, Juristische Fakultät, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2015, 552 páginas.

1. Con este extraño título entrecomillado que literalmente traducido significa "Desde el Báltico al Euxinum", es decir al Mar Negro, el autor de esta monografía describe en la Primera parte de la misma (p. 25 a 175) la Historia de la investigación llevada a cabo en diversas instituciones alemanas desde principios del siglo XX, y sobre todo tras la Primera Guerra Mundial, en el Instituto del Este de Europa de Breslau sobre el Derecho de los países del Este europeo; y luego, en una Segunda y más extensa parte (p. 177 a 425), como ya se advierte en el subtítulo, expone la vida y obra de Reinhart Maurach (1902/1976), que antes de ser Profesor de Derecho penal en la Universidad de Munich desde 1948 hasta su jubilación en 1970 y Director del Instituto de Derecho del Este europeo en Munich desde 1957, había sido un destacado especialista en el Derecho de los países del Este de Europa, sobre todo del ruso, durante sus años de Director de esta Sección en el Instituto del Este de Europa en Breslau entre 1925 a 1937. y luego como profesor de esta materia y de Derecho penal en la Universidad de Königsberg desde 1940 a 1945.

Desgraciadamente, Nerlich apenas se refiere a la faceta de Maurach como Profesor de Derecho penal, lo que sin duda constituye una laguna evidente de este por lo demás excelente trabajo de investigación, en cuyo Apéndice (p. 437 a 537), además de las referencias a la bibliografía utilizada, se recogen expuestas en cuadros sinópticos, cronológicamente y por materias, las diversas Revistas sobre Derecho del Este europeo entre 1925 y 1945, las actividades académicas sobre esta materia llevadas a cabo en el Instituto de Europa del Este en Breslau entre 1918 a 1945, las actividades docentes de Maurach en ese Instituto y luego en la Universidad de Königsberg entre 1925 y 1944, y el extensísimo catálogo de las publicaciones de Maurach hasta 1976, que un noventa por ciento tratan del Derecho de los países del Este europeo, y especialmente del Derecho penal de la Rusia soviética, y solo en un diez por ciento de cuestiones relacionadas con la Dogmática jurídico - penal.

No obstante, en la obra de Nerlich se encuentran datos y referencias que, aunque sean marginales desde el punto de vista jurídico - penal, permiten también sacar algunas conclusiones sobre la obra de Reinhart Maurach como penalista, lo que, por las razones que segui-

damente trataré de explicar, es lo que más me interesa destacar ahora en este comentario a la obra de Nerlich.

2. En los primeros años del presente siglo, cuando llevaba a cabo mi investigación sobre Edmund Mezger (véase MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª edición, Valencia 2004) en el Bundesarchiv de Berlín, encontré allí diversos documentos que mostraban claramente, por más que le pesara a algunos, los estrechos vínculos de Mezger con el régimen nacionalsocialista; pero también aproveché estas visitas para investigar las actividades que durante aquel tiempo llevó a cabo el otro Profesor de Derecho penal de la Universidad de Munich, Reinhart Maurach, a quien, como luego diré, llegué a conocer personalmente, y del que, como otros penalistas españoles, estudié su Tratado que constituyó entonces una de las principales fuentes de mi formación como penalista.

En el curso de mi investigación sobre Mezger también encontré documentos y datos relevantes sobre el pasado de Maurach, algunos de los cuales son recogidos ahora en la obra de Nerlich. Desgraciadamente, buena parte de la documentación que recogí entonces la perdí en un viaje que en el 2004 hice por China, a donde me llevé dicha documentación para poder estudiarla con tranquilidad en el tiempo libre que tuve en dicho viaje. La frustración que ello me produjo y el tiempo que tuve que dedicar a responder a los airados, injuriosos y estúpidos ataques que me dedicó algún colega español cuando comencé a publicar mis primeros descubrimientos sobre el pasado nazi de Mezger, hicieron que en aquel entonces dejara a un lado la investigación sobre Maurach, de la que solo conservé y aún conservo algunos datos y documentos aislados, de los que ya he dado cuenta en otra ocasión.

Mi interés por la obra de Maurach como penalista, independientemente de sus vinculaciones con el régimen nacionalsocialista, es fácil de entender. Para un penalista español de mi generación, nacido tras la Guerra civil española o tras la Segunda Guerra Mundial, la Ciencia penal alemana, sobre todo en lo que se refiere a la elaboración sistemática llevada a cabo por la llamada Dogmática jurídico - penal, seguía gozando, a pesar de la derrota y de la división de Alemania en dos naciones ideológica y políticamente enfrentadas, de gran prestigio y se utilizaba como referente obligado en las obras generales, Manuales y Tratados de Derecho penal, de aquella época, 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 penal español. El vacío cultural y el desierto bibliográfico tras la Guerra civil, pudo ser rellenado con continuas referencias 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 tras la Guerra civil, como 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 (subjética o tipo subjético). 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 y criticado 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, 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 mi artículo “La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal de la dictadura franquista” (Revista Penal, 2015), al mismo tiempo que sirvió en España como válvula de escape

para evitar comprometerse con el 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, determinó una importante influencia de la Dogmática jurídico-penal alemana en España y en los países de habla española, y también en Portugal y Brasil.

Sin embargo, ya a comienzos de los años 60 se introdujo entre nosotros 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 Munich, 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 snobismo o por simple mimetismo de la última teoría que viniera de Alemania, revestida de la autoridad que entre nosotros gozaba y goza la versión dogmática dominante en la Ciencia del Derecho penal en aquel país. El Tratado de Maurach era un gran Tratado de Derecho penal y su eclecticismo en absoluto desmerecía, o incluso en parte mejoraba el Tratado Mezger, quien después de la Guerra siguió manteniendo, aunque en tono menor, su sistemática en un Studienbuch, que no era más que un resumen del Tratado, que no volvió a reelaborar (la 3ª edición alemana de 1949 no fue más que una reimpresión de la 2ª de 1933). Pero también como tal Tratado era muy superior en información y amplitud de su contenido al de Welzel, quien nunca llegó a escribir un verdadero Tratado, sino un Manual en el que en un solo volumen de apenas 500 páginas exponía tanto la Parte General, como la Especial del Derecho penal, y cuya 11ª y última edición de 1969, en lo que se refiere a la Parte General, fue traducida al español

por los penalistas chilenos Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1970.

Maurach era además autor de una excelente Parte Especial, algo verdaderamente excepcional entre los profesores alemanes de Derecho penal de entonces y de ahora. No hay más que ver que los más grandes tratadistas del Derecho penal alemán en el último cuarto del siglo XX, Jescheck, Roxin o Jakobs, solo se ocupan de la Parte General (y en el caso de Roxin y Jakobs ni siquiera de la Consecuencias Jurídicas del Delito), dejando la Parte especial en los Comentarios del Código penal, normalmente realizados por varios autores, o en breves Manuales que solo se ocupan de ella de forma incompleta y bastante esquemática. La Parte Especial de Maurach era, en cambio, una exposición bastante amplia y exhaustiva de las distintas figuras delictivas, expuestas de forma sistemática en dos grandes grupos: Delitos contra las persona y Delitos contra la sociedad, que a su vez se dividían, por lo que respecta a los Delitos contra las personas, entre delitos contra los valores de la personalidad y delitos contra los valores patrimoniales, y por lo que respecta a los Delitos contra la sociedad, entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra los valores sociales estatales (véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5ª ed. 1969). Posteriormente la obra de Maurach, por lo que se refiere a su Parte General fue continuada por sus discípulos Heinz Zipf y Karl-Heinz Gössel (MURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 8ª ed. 1992; MURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 7ª ed. 1989. Del Teilband 1 se anuncia por la editorial Müller una nueva edición, la 9ª, a cargo de Christian JÄGER), y por lo que se refiere a su Parte Especial por su discípulo Friedrich-Christian Schroeder y por Maiwald (MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1*, 9ª ed. 2003; Teilband 2, 8ª ed., 1999).

Sin embargo, y a pesar de la importancia y actualidad de estas dos importantes obras, la concepción dogmática de Maurach, quizás debido a su posición ecléctica y a su mayor orientación a la praxis, no es frecuentemente citada ni tenida en cuenta en las polémicas teóricas habidas entonces entre causalistas y finalistas, y posteriormente entre ontologicistas y funcionalistas. Ciertamente, no puede decirse que haya en ellas mucha originalidad o un planteamiento dogmático revolucionario, pero independientemente de las consideraciones, algunas de ellas bastante novedosas, que hace sobre la relación entre culpabilidad y peligrosidad, las formas de congruencia entre el tipo objetivo

y el subjetivo, el tratamiento del error de prohibición, etc., aportó la importante novedad de introducir entre las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad lo que él llama las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*), una nueva categoría en la que incluye sistemáticamente 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 los que Maurach considera no se puede decir que exista 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, con la que constituyen una única categoría a la que llama “atribuibilidad” (“*Zurechenbarkeit*”) (véase, 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. La tesis es mantenida todavía en la actualización de esta obra llevada a cabo por Zipf y Gössel, anteriormente citada, cuya 7ª ed. de 1987 fue traducida al español por Bofill Genzsch, dos volúmenes, Buenos Aires 1995; véase capítulos 32 a 34). Esta tesis 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 los dictámenes que hizo en la posguerra en favor de los acusados en varios de los Procesos de Nuremberg y concretamente en el que se llevó a cabo contra Ohlendorf en el Proceso de Nuremberg contra los Einsatzgruppen (véase infra 5).

Desgraciadamente, Nerlich no se ocupa, o solo de un modo muy secundario, de la faceta de Maurach como penalista, dedicando apenas tres páginas (p. 412/415), a lo que llama sus “últimos años de vida”, que, en realidad son los casi veinticinco años que pasó como Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo (y desde 1957 como director del Instituto de Derecho del Este de Europa) en la Universidad de Munich. Desde luego, es difícil comprender que un trabajo de investigación tan exhaustivo y completo como el que se dedica a Maurach en lo que se refiere a su actividad como especialista en Ostrecht (toda la Segunda Parte, p. 177 a 415), prácticamente ignore esa otra parte importante de su actividad como especialista en Derecho penal. Ello solo puede explicarse, porque, como el mismo Nerlich se encarga de decir ya desde la Introducción a su libro, la finalidad principal de su investigación es el estudio de la fase inicial de la investigación que se

llevó a cabo en Alemania, principalmente en el Instituto de Europa del Este de Breslau, antes de 1945, sobre el Derecho de los países del Este europeo, incluyendo en ellos no solo a Rusia (Unión Soviética), Países Bálticos, Polonia y Checoslovaquia, sino también a los que están ubicados en el Sureste europeo como la antigua Yugoslavia, Ucrania, Hungría, Bulgaria, Rumania y Crimea. Es difícil, y Nerlich lo reconoce ya en la Introducción a su obra, que todos estos países, de cultura, tradición jurídica y lenguas diferentes, puedan englobarse jurídicamente bajo un mismo concepto de “Ostrecht”; pero no cabe duda que con ello se pretendía incluir en un mismo grupo todos aquellos territorios, que, de un modo u otro, habían estado históricamente o aún estaban bajo la influencia política y económica de Alemania, y en los que habitaban amplios grupos de población alemana que ocupaban en ellos importantes puestos profesionales y económicos; sobre todo en los llamados “Ostgebiete”, o territorios irredentos, que los alemanes consideraban se les habían arrebatado injustamente en el Tratado de Versalles tras su derrota en la Primera Guerra Mundial. Ello explica el título entrecortado del libro de Nerlich, “A Baltico ad Euxinum”, pues ciertamente esa línea geográfica que va desde el Mar Báltico al Mar Negro y concretamente hasta la península de Crimea, que los romanos llamaron el Ponto Euxino, era por razones históricas, políticas, sociales y económicas, de especial interés para Alemania.

Es difícil asumir, por tanto, la tesis de que defiende Nerlich en varias partes de su libro, de forma ocasional, pero insistentemente, de que el interés de estas investigaciones llevadas a cabo principalmente en el Instituto de Europa del Este de Breslau, por los países del Este europeo y concretamente por su Derecho, fuera un interés puramente científico, aunque ciertamente su estudio e investigación se llevara a cabo de forma metodológicamente científica y quienes se dedicaran a ello tuvieran a título personal también un interés científico o cultural.

A mi juicio, si se observa la Historia europea en el siglo XX, se puede detectar que el interés de Alemania por el Este europeo y por su Derecho a través de tres situaciones políticas diferentes que lógicamente tuvieron que incidir en la actividad profesional de quienes, como Maurach, se dedicaban a la investigación de esta material.

En una primera etapa, tras la Primera Guerra Mundial, había lógicamente un interés por reivindicar los territorios del Este que habían sido arrebatados a Alemania en el Tratado de Versalles, para formar incluso Estados independientes como Polonia a costa de dividir

la antigua Prusia en dos partes geográficamente separadas solo unidas por el pasillo de Danzig; pero también por reivindicar los derechos de la población alemana que vivía en ellos, como en los Sudetes de la antigua Checoslovaquia o en algunos territorios ocupados por la Unión Soviética. No es casualidad que que la tesis doctoral que presentó Maurach en 1925 en la Universidad de Breslau fuera sobre la “situación jurídica de los extranjeros en la URSS” (“Die Rechtsstellung der Ausländer in der U.d.S.S.R”, Breslau 1925).

En una segunda etapa, a partir de 1933 y especialmente de 1939, durante el régimen nacionalsocialista, la obra y el interés de Maurach por el Este europeo y por su Derecho se integraba en la llamada “Bodenpolitik”, es decir, como parte de la “política territorial” por la que los nazis consideraban como un derecho natural de Alemania a expandirse territorialmente hacia el Este de Europa a costa de los pueblos eslavos y de los grupos judíos instalados en dichos territorios, a los que consideraban “Untermenschen” o “razas inferiores”, que debían ser eliminados físicamente o convertidos en esclavos de los poderosos alemanes pertenecientes a la “raza aria”. En este sentido es interesante destacar que los escritos de Maurach, sobre todo a partir de la publicación de su amplia monografía “Die Judenpolitik in Russland” en 1939, tuvieran no solo un claro contenido antibolchevique, sino también antisemita, vinculando en ellos comunismo con judaísmo, tesis fundamental del pensamiento político nacionalsocialista.

Y finalmente, en una tercera etapa, tras la Segunda Guerra Mundial, el objetivo principal del estudio del Derecho del Este de Europa y del Instituto dirigido por Maurach desde 1957, fue difundir un claro sentimiento de hostilidad y rechazo, también en el ámbito jurídico, contra los Estados miembros del Pacto de Varsovia (también contra la llamada República Democrática Alemana, la parte de Alemania que quedó bajo la zona de influencia de la Unión soviética). Este sentimiento estaba muy extendido en la población de la República Federal de Alemania que vivió durante toda la etapa de la llamada Guerra fría hasta la caída del Muro de Berlín (1989) con el recuerdo de las barbaridades que habían cometido las tropas rusas en su avance por el Este hasta la toma de Berlín (solo comparables a las que habían cometidos el Ejército alemán y los Einsatzgruppen cuando invadieron Polonia, Ucrania, Rusia y los Países Bálticos), y con miedo a una nueva invasión por parte de la Unión Soviética, cuya presencia en la República Democrática Alemana se consideraba como una amenaza para la seguridad de la República Federal Alemana, en la que igualmente se encontraban las

tropas norteamericanas. A ello se unía los problemas que suscitaban las malas relaciones entre los dos Estados alemanes, surgidos tras la Segunda Guerra Mundial, que se reflejaban sobre todo en la difícil situación en la que quedó la ciudad de Berlín dividida por un Muro cuyo paso ilegal costó la vida por disparos de los guardias fronterizos de la República Democrática a muchos de sus ciudadanos que pretendieron pasar a la República Federal, en la que se integraba la zona Oeste de la ciudad.

Evidentemente, de algún modo, estos avatares políticos tuvieron que influir en la investigación del Derecho del Este europeo, pero también en algunas de las construcciones teóricas que se hicieron entonces en la Dogmática jurídico - penal alemana, y desde luego en la mentalidad y la forma de ser de muchos de sus principales cultivadores en aquellas épocas, uno de los cuales fue sin duda Reinhart Maurach, cuya vida y obra refleja perfectamente la evolución política de Alemania durante buena parte de la primera mitad del siglo XX.

3. El interés de Maurach por el “Ostrecht” se comprende perfectamente si se conocen los detalles más relevantes de su biografía, que se recogen con todo detalle y aporte de material documental en la Segunda Parte del libro de Nerlich.

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, buscando mejores perspectivas profesionales en un Hospital de aquella ciudad, en el que fue Director de la Sección de Oftalmología. Lógicamente, en un principio, tuvo la educación que tendría cualquier niño en el seno de una familia alemana viviendo en un país extranjero con diferente lengua y costumbres, bien recibiendo directamente de sus padres las primeras letras y conocimientos (su madre, Antonia, tenía un buen nivel intelectual que demostró en los años 30 escribiendo varios artículos sobre los años pasados 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 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 solo 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 vida, cultura y mentalidad rusa, que luego le serviría para convertirse en un especialista en el Derecho de lo que tras la Revolución se convirtió en la Unión Soviética, pero también posteriormente para trabajar como asesor y traductor de las tropas alemanas en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial.

En otoño de 1918, a los dieciséis años, aprovechando que Crimea estaba ocupada por las tropas alemanas, Maurach consiguió huir a Riga, 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 Trosky (a este respecto Nerlich, p. 186/187, cita un artículo de Maurach, que entonces utilizaba el nombre de Reiko, contando su experiencia como soldado en dicha Guerra). En los Países Bálticos vivían también otros muchos alemanes que 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 absolutamente 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 eran una misma cosa o estaban indisolublemente unidos; argumento que, como veremos más adelante, utilizó después en su dictamen en defensa del dirigente de los Einsatzgruppen, Ohlendorf, en el Proceso que contra él y otros dirigentes de esos grupos se llevó a cabo en Nuremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

A partir de 1933 se producen en la vida de Maurach importantes acontecimientos. 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 venía colaborando desde 1925. Paralelamente es nombrado Juez de Instancia en la misma ciudad y en 1934 consigue habilitarse, con el apoyo de su maestro, Johannes Nagler, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Breslau, en Dere-

cho del Este y en Derecho penal con 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 sonreía, 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, tanto en el Instituto, como en la Universidad. La causa inicial de estos problemas fue la actitud de rebeldía o incluso de desprecio que 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 el mismo estuviera controlado por gente de la “Kieler Schule”, es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, que claramente preconizaban una orientación del Derecho y concretamente un Derecho penal de autor, que ya su maestro Nagler había criticado (sobre este enfrentamiento entre los penalistas de Kiel y de Breslau, a pesar de su coincidencia en su fidelidad al nacionalsocialismo, véase DITT, “Stosstrupp fakultät Breslau”, Tubinga 2011, quien en las págs. 150 y ss. se ocupa de lo que el llama “ascenso y caída de Maurach” en aquel tiempo).

Esta actitud provocó que el Ministerio de Educación no autorizara su actividad docente en la Universidad, a pesar de la pertenencia de Maurach al partido nacionalsocialista, e incluso después de haber vuelto a realizar el curso de adoctrinamiento docente algunos años más tarde.

Pero el principal problema que estuvo a punto de acabar también con su carrera en el Instituto fue un expediente disciplinario que se le abrió en 1937 por el Departamento de Seguridad dentro del propio Partido nazi, como consecuencia de una denuncia en la que se acusaba a Maurach de tendencias probolcheviques y de mantener contactos con juristas judíos de algunos países del Este europeo. Una denuncia de este tipo solo podía provenir de gente del propio Instituto y de colegas enemistados que pretendían ocupar su puesto o simplemente 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 difamar a Maurach y expulsarlo del Instituto, lo que efectivamente sucedió. A raíz de estas denuncias, Maurach, según el mismo relató posteriormente, fue suspendido de su cargo como director del 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. Durante horas fue interrogado en varias ocasiones por inspectores del Servicio de Seguridad venidos directamente de Berlín, sobre los hechos por los que era denunciado, y tuvo que soportar además el registro de su casa, de su despacho, correspondencia y documentos, y el secuestro de los libros de su biblioteca.

En el capítulo 4 de su obra (p. 209/296) Nerlich informa exhaustivamente no solo del procedimiento disciplinario mismo, cuyas actas se encuentran en el Bundesarchiv, sino de los escritos de Bockhoff, a los que califica de “*Verleumdung*” (calumnia), motivados por rencillas y odios personales, pero a cuyas tesis sobre el bolchevismo y la negación de la Unión Soviética como sujeto de Derecho internacional dedica incluso más páginas que a las alegaciones de Maurach refutando esas afirmaciones (p. 230 a 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 que hizo todo lo que pudo para que su antecesor en el Instituto fue 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 tanto como en la época más dura de la Inquisición Española, en el siglo XVI o XVII, alguien hubiera ser 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 sobreseído 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, y que durante todo ese tiempo siguió como Juez con el apoyo del Ministerio de Justicia, directamente enfrentado en este asunto 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, en la que finalmente fue nombrado en 1941 catedrático de Derecho penal y Derecho del Este europeo. Pero mientras tanto ya había comenzado la Operación Barbaroja, con 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 territorio ruso, reforzado en la retaguardia por la acción de los Einsatzgruppen, grupos de voluntarios que se encargaban de la limpieza étnica, asesinando indiscriminadamente a grupos enteros de judíos, incluyendo mujeres y niños, y a personas sospechosas de apoyar a los comunistas, partisanos, etc. En dicha contienda dada la proximidad de Königsberg con el frente y su dominio del idioma ruso, Maurach actuó como intérprete de la tropas alemanas y finalmente como soldado hasta que cayó prisionero de los rusos en marzo de 1945.

Pero mientras tanto, sobre todo a partir de 1939, se había operado un cambio importante en su orientación investigadora. Como se puede ver en la lista de las publicaciones de Maurach entre 1939 y 1944, que añade Nerlich en el Apéndice de su libro (p. 539/540), prácticamente todas ellas se ocupan sobre todo, a partir de su amplísima monografía “*Russische Judenpolitik*” (1939) de diversos temas relacionados con la posición de los judíos en la Unión Soviética, en las que se puede observar un claro sentimiento antisemita, insistiendo siempre en la relación entre judaísmo y comunismo y en la influencia de los judíos en la política de la Unión soviética. Parece que con ello Maurach sólo quería refutar las sospechas y acusaciones de sus tendencias prosoviéticas y projudías que habían motivado el expediente disciplinario a que había sido sometido poco tiempo antes, y que no era un verdadero antisemita. Pero conviene recordar que en esa época ya se había generalizado la persecución y el exterminio de los judíos, y no meramente su discriminación jurídica y política que se manifestó en las Leyes de Nuremberg de 1935. A partir de 1938, y sobre todo tras la Kristallnacht en noviembre de 1938 comenzó el internamiento masivo de los judíos en los Campos de Concentración,

y la reunión en Wansee en 1942 se decidió su “Endlösung” (la “solución final”) en los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka. ¿Tenía Maurach algún tipo de conocimiento de lo que en aquel momento estaba sucediendo con los judíos?

Nerlich se esfuerza en la parte dedicada a esta etapa de la vida de Maurach (p. 365/380) en matizar o al menos relativizar el evidente antisemitismo que se refleja en sus publicaciones de esta época, achacándolo a su afán por desmentir las acusaciones de Backhoff, Achmeteli y de otros que habían provocado su expediente disciplinario, su expulsión del cargo que ostentaba en el Instituto de Breslau y casi la ruina de su carrera académica. Pero independientemente de cuáles fueran sus motivos personales, lo cierto y verdad es que ya anteriormente Maurach había dado pruebas 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 el que 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 Nuremberg. 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.

Desde principios de 1945 Maurach luchó en el frente 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 llevaban a cabo los Einsatzgruppen en la retaguardia contra los grupos judíos y eslavos sospechosos de colaborar con las tropas soviéticas, aunque él nunca lo mencionara. En una sesión que tuvo lugar en 1956 en el Instituto de Historia contemporánea de Munich, Maurach relató que presenció directamente el asesinato masivo de centenares de judíos ejecutados el 25/26 de junio 1941 en las afueras de la ciudad lituana de Kawnas a manos de

partisanos lituanos, que llevaron a cabo esos asesinatos ante la pasividad del ejército alemán.

Según cuenta Maurach, ese día se dirigió al Coronel que mandaba las tropas alemanas denunciando el Pogrom que los nacionalistas lituanos estaban realizando en las afueras de la ciudad, éste le contestó que “tenía orden de no inmiscuirse en asuntos internos”. En relación con este hecho, Nerlich (p. 380) se limita a citar lo que dicen al respecto KRAUSNICK/WILHELM, Die Truppen des Weltanschauungskrieges, Stuttgart 1981, p. 206). Cuando realizaba mi propia investigación sobre Maurach encontré la misma referencia en libro de la sola autoría de Helmut KRAUSNICK, Hitlers Einsatzgruppen, 1981, p. 179, en cuyas notas 311 y 313 se menciona “la declaración del ‘Sonderführer’ y posteriormente Prof. Dr. R. Maurach realizada el 13.10.56 en una sesión del ‘Arbeitskreis der Europ. Publikation E.V.’”, que se encuentra recogida en el Institut für Zeitgeschichte de Munich (IfZ, ZS/28, p. 59).

En el curso de mi investigación sobre Maurach solicité del Institut für Zeitgeschichte de Munich una copia del documento citado por Krausnick, pero ni siquiera me contestaron. Más adelante, en el volumen IV de la colección de Actas de los Juicios de Nuremberg (en el siguiente link de Internet: 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) encontré la referencia al informe del SS-Brigadeführer Stahlecker (Informe Stahlecker) realizado 15.10.1941, en el que se relata con todo detalle el hecho que presenció Maurach, según la referencia que se hace a su declaración en la obra de Krausnick. Este volumen IV recoge las Actas del Proceso de Nuremberg contra los Einsatzgruppen en el que, como después veremos, intervino Maurach como asesor de la defensa de Ohlendorf, uno de los principales acusados (véase infra 5.). En dichas Actas no hay ninguna constancia de que Maurach hubiera presenciado personalmente lo que Stahlecker decía en su informe. Pero luego en 1956 declaró que lo había presenciado, por lo que no hay por qué ponerlo en duda.

El informe de Stahlecker que se recoge en las Actas del Juicio contra los Einsatzgruppen (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 Kawnas, 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 acciones, 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 este tipo de ejecuciones masivas que se llevaron a cabo en los territorios ocupados por las tropas alemanas, a los grupos de partisanos eslavos, en este caso lituanos, que ciertamente colaboraron a veces con entusiasmo en las ejecuciones que llevaban a cabo los Einsatzgruppen, o que las realizaron ellos mismos, ante la pasividad y complacencia de los alemanes, que incluso llegaron a inducirlos directamente para que las realizaran, como sucedió concretamente en este de Kawnas que Maurach presenció directamente. Pero incluso aunque en este caso los ocupantes alemanes se hubieran mantenido en total pasividad, contemplando como los grupos nacionales lituanos realizaban esos Pogroms, el hecho no deja de ser igualmente grave, teniendo en cuenta que como en el Informe de Stahlecker se dice expresamente que una vez que los partisanos lituanos fueron desarmados terminaron estas acciones de limpieza.

En todo caso, lo que no se puede negar, y así quedó más que demostrado en el Proceso de Nuremberg en el que fueron juzgados los principales responsables de los Einsatzgruppen es que fueron estos los que en la mayoría de los casos cometieron planificada y fríamente las ejecuciones masivas de judíos y de eslavos sospechosos de apoyar a los comunistas. Y es obvio que Maurach, estando en aquellos lugares, tuvo necesariamente que contemplar también esas ejecuciones, aunque no participara directamente en ellas. Ante esto, parece inevitable hacerse la siguiente pregunta: ¿Intervendría Maurach también denunciando a sus superiores las ejecuciones sumarias de familias judías enteras, mujeres y niños incluidos, que llevaban a cabo los tristemente famosos Einsatzgruppen?

Desde luego, no se puede negar que en muchos países eslavos, fueron los propios nacionales los que llevaron a cabo acciones de exterminio de los grupos de judíos que vivían allí. A este respecto, es muy ilustrativo el suceso conocido como la “masacre de Jedwadne”, pueblo cercano a Varsovia, en el que el 10 de junio de 1941 fueron asesinados todos sus habitantes judíos, al menos unos quinientos incluyendo mujeres y niños, encerrados en un granero al que prendieron fuego sus vecinos polacos; suceso que hasta el 2001 fue atribuido a las tropas alemanas. Fue el trabajo de investigación de de Jan Gross, “Neighbors”, 2001, el que descubrió la realidad de lo sucedido, lo que llevó al Gobierno polaco a pedir disculpas públicamente. En el drama teatral “Our class”, de Tadeusz Slobodzianek, estrenado en Londres en el 2009, se representa este trágico suceso, del que se puede encontrar ahora abundante información en Internet. También existe una película del director polaco Wladyslaw Pasikowski, “Aftermath,” estrenada en Varsovia 2013, donde fue premiada, pero también provocó alguna polémica.

Pero también hay abundante información sobre las ejecuciones llevadas a cabo por las tropas alemanas y los Einsatzgruppen en los territorios bálticos, ya no como actos aislados de grupos incontrolados, sino como parte de una política de exterminio total planificada por la cúpula del régimen nacionalsocialista, siguiendo las órdenes directas de Hitler. Esto quedó claramente establecido no ya sólo en algunos de los Procesos de Nuremberg, como sobre todo en el Proceso 9 contra los Einsatzgruppen, sino también en algunos de los pocos procesos que se llevaron a cabo en la República Federal Alemana contra miembros de estos grupos en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial. Así, por ejemplo, en el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld con-

tra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok (Polonia), estos fueron acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc., tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, ocultándose o intentando huir. También la Sinagoga de Bialystok fue incendiada por los alemanes con centenares de judíos en su interior (véase Katrin STOLL, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok*, Berlín 2012).

Más conocido es el Proceso que tuvo lugar entre abril y agosto de 1958 en la ciudad alemana de Ulm contra miembros de los Einsatzgruppen. En él quedó probado que más de cinco mil judíos, hombres, mujeres y niños, fueron fusilados, tras haber sido transportados como animales a base de latigazos y culatazos a los lugares en los que iban a ser ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándoles primero a que abrieran unas zanjas delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo que previamente tenían que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales de estos hechos, luego acusados en el proceso de Ulm, se fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjas, celebrando las ejecuciones con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentosamente.

Como ya he indicado en otra ocasión, las condenas pronunciadas por los tribunales alemanes en estos casos fueron de escasa relevancia en relación con la gravedad de los delitos que eran objeto de sus condenas, ya que aplicaban la llamada “teoría subjetiva de la participación” por la que se consideraba que los que ejecutaron directamente estos hechos eran meros cómplices, porque no actuaban con “voluntad de autor”, sino de cómplices (“*animus socii*”), siguiendo las órdenes que les habían impartido (sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado, en *Revista Penal*, 2013). Más adelante, en base a una confusa interpretación de un precepto introduci-

do en 1968 en el Código penal alemán (Parágrafo 50, actualmente 28, II), oficialmente sólo para resolver el problema de la participación de los no cualificados en los delitos que exigen algún elemento o circunstancia personal en el autor, se entendió que, al no concurrir en los ejecutores el móvil bajo de la motivación racista (elemento subjetivo o personal que se entendió sólo concurría en Hitler, Himmler o Heydrich, ya fallecidos), realmente no habían cometido asesinatos, sino meros homicidios que, conforme a la legislación vigente en mayo de 1945, habían prescrito en mayo de 1965 (véase MUÑOZ CONDE, La participación en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, en *Homenaje a Alfredo Etcheverry*, Santiago de Chile, 2015).

Nerlich (lug.u.cit.) reconoce, desde luego, que las publicaciones de Maurach en aquella época tenían un claro contenido antisemita que de algún modo legitimaban las barbaridades que en aquellos momentos se llevaban a cabo contra los judíos. Pero le parece exagerado afirmar, como hace Kappeler (citado por Nerlich, lug.u.cit., nota 105), que las publicaciones antisemitas de Maurach, Seraphim y otros contribuyeran “a la preparación del exterminio de los judíos”. Sobre ello volveremos más adelante.

4. Como se ha dicho, ya al final de la Guerra, en marzo de 1945, Maurach cayó prisionero de las tropas soviéticas, lo que, en principio, dados sus antecedentes, 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, que recoge Nerlich, 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 ocupados por las tropas soviéticas, en Baviera, buscando trabajo como profesor en diversas Universidades de la zona, como Wurzburg o Munich.

Como tantos otros profesores, funcionarios, etc., miembros del partido nacionalsocialista durante el régimen nazi, 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 Mau-

rach, dados sus antecedentes, podía tener serias dificultades para salir bien librado de este proceso; pero una vez más tuvo suerte. Según informa Nerlich (p. 389 ss.), sacando el dato directamente del expediente del proceso de nazificación, Maurach fue clasificado, efectivamente, al principio, como “Belasted”; es decir, como alguien bastante implicado con 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 a la Comisión encargada de la desnazificación no llegó a tener noticias de las publicaciones antisemitas durante su etapa en Königsberg, que Maurach ocultó astutamente, consiguió ser clasificado como “Unbelastet”, lo que según el mismo confesó en carta a un amigo, suponía “su completa rehabilitación”.

** Sobre estos procesos de “desnazificación” y en relación concretamente con el de Edmund Mezger, puede verse en mi libro “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo” ant. cit., capítulo IV, cómo Edmund Mezger, tras haber sido inicialmente clasificado como “principal responsable”, terminó siendo clasificado como “Mitläufer” (literalmente “compañero de correrías”), un grado superior al de “Unbelastet”, que no le impidió reincorporarse posteriormente a su cátedra de Munich. En general, la clasificación de “Mitläufer” fue bastante generalizada y no impedía al así clasificado incorporarse a su puesto en la función pública después de haber pagado una multa. A los certificados que se presentaban por amigos y vecinos en favor del sometido a estos procesos se les llamaba “Persilscheine”, en recuerdo de la marca de jabón del mismo nombre, que en este caso servía para lavar el pasado naz. Según relata Nerlich, el mismo Maurach escribió uno de esos “Persilscheine” en favor de su amigo y pariente Peter-Heinz Seraphim).*

En las siguientes páginas de su obra, Nerlich (p. 396 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, que le permitieron vivir holgadamente. Pero lo más importante para él fue, sin duda, que, por fin, logró incorporarse como profesor a la Universidad de Munich. Contando, entre otros, con el apoyo decisivo de Edmund Mezger, finalmente consiguió la cátedra de Franx Exner, importante criminólogo, que años antes había redactado para el Gobierno nacionalsocialista, junto con Mezger,

el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad (*sobre este Proyecto puede verse el capítulo III de mi libro “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo”, ant.cit.) y había sido además abogado defensor del General Jodl en el Proceso de Nuremberg contra los principales responsables del régimen nacionalsocialista (Proceso 1). Jodl fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

A tenor de la correspondencia que mantuvo Maurach con algunos colegas y amigos que lo apoyaron en su reentré universitaria, que Nerlich recoge con todo detalle, aquellos años fueron para Maurach unos años difíciles, pero también felices, porque, por fin, pudo rehacer su vida familiar y profesional, tras la penurias pasadas, primero escapando de su ciudad natal en sus primeros años de juventud y participando en las Guerra Bálticas; luego cuando fue sometido a investigación en el expediente disciplinario que le abrió su propio Partido en su etapa de investigador y director de la Sección jurídica del Institut de Osteuropa en Breslau, del que fue fulminantemente cesado; después participando directamente en la Segunda Guerra Mundial como intérprete y soldado en el frente ruso, pasando unos duros meses como prisionero de guerra de los soviéticos, y luego superando el proceso de desnazificación que, en principio, dado su pasado nazi, tenía pocas posibilidades de superar.

Después de todas estas vicisitudes, Maurach volvió a encontrarse con su familia en Munich, halló una buena vivienda y regresó a su actividad como profesor, una ilusión que no había podido llevar a cabo antes, por las razones ya dichas, en Breslau, y que apenas había podido satisfacer durante su breve estancia en Königsberg. Y no solo volvió a ser profesor de Derecho penal, publicando 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); sino también de Derecho del Este europeo, materia a la que siguió vinculado, publicando a partir de 1948 diversos trabajos sobre la Constitución soviética, la situación de los prisioneros de guerra alemanes en la URRS, 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).

5. 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, como consecuencia de un Dictamen que redactó en fa-

vor de Otto Ohlendorf, uno de los principales acusados en el Proceso contra los Einsatzgruppen que se llevo a cabo en Nuremberg y al que después haré referencia con más detalles. Según Nerlich (p. 403/404), Maurach escribió dictámenes para diversos procesos de Nuremberg: para la defensa de los acusados en el Proceso 6 contra la IG-Farbe (fabricante del gas Zyklon 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. También, como después diré, escribió años más tarde otro Dictamen en favor de un acusado ante un tribunal alemán de haber cometido crímenes de guerra. Este último no es citado por Nerlich. Todos ellos demuestran no solo 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 con 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 que realmente le trajo algunos problemas fue el que escribió en favor de Otto Ohlendorf en el Proceso que tuvo lugar en Nuremberg entre el 17 de septiembre de 1947 y el 10 de abril de 1948 contra los Einsatzgruppen (el Proceso 9 de los llamados Nachfolgenprozesse tras el primero contra los principales responsables del régimen nazi).

Merece la pena dedicarle algunas páginas a este dictamen, no solo por las consecuencias negativas que pudo tener para Maurach, sino también porque en él mantiene, encubiertamente, como si no fuera suya, una tesis que ya, al menos en una etapa de su vida, había mantenido y que coincidía con una de las tesis principales del régimen nacionalsocialista y de los miembros de los Einsatzgruppen acusados en dicho proceso: consideraban a los judíos como una especie de aliados naturales del bolchevismo a cuya expansión en la Rusia soviética había contribuido, y contra los que, por tanto, había que luchar y aún si fuera preciso exterminar en defensa del Estado nacionalsocialista. El que luego 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 solo él podría

contestar. En todo caso, de su dictamen se pueden sacar algunas conclusiones al respecto.

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). En este volumen se recoge el llamado “Einsatzgruppen case”. En él se juzgó a los principales responsables de los “grupos de intervención” (“Einsatzgruppen”) 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, durante la Segunda Guerra Mundial. 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 estos grupos, el economista y alto cargo de las SS, Dr. Otto Ohlendorf. Como experto legal y asesor de su defensa, llevada a cabo por el Dr. Aschenauer, actuó el Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo, el Dr. Reinhard Maurach, quien, según se recogen en el Apéndice que contiene la Lista de Testigos en este caso (p. 593-594) 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.

No es este el momento de transcribir aquí íntegramente el informe de Maurach, al que Nerlich se refiere en su versión alemana, citando sólo algunos párrafos o partes seleccionadas del mismo (p. 403/412). Pero me parece interesante hacer algunas consideraciones sobre las tesis principales que en él se mantienen. Para hacerse una idea de la totalidad del mismo basta con transcribir el Índice en cuyos distintos apartados se ocupa de diversas cuestiones de derecho procesal, derecho aplicable a los acusados (ruso, alemán), derecho internacional, especialmente derecho de guerra, y derecho penal material, sobre todo cuestiones relacionadas con el estado de necesidad y la legítima defensa:

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.*

I. *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, entró a discutir los hechos de los que era acusado 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 manifiesta muy claramente que él no se va a ocupar de la *antijuricidad* de los actos que estos realizaron, sino de la *culpabilidad* de los acusados (cursivas en el original) (p. 339). Esta contundente afirmación sorprende 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", busca argumentos que puedan ayudar a exonerar o al menos atenuar la responsabilidad de su mandante, aduciendo una serie de consideraciones y sobre todo una peculiar forma de entender el estado de necesidad y la legítima defensa, cuyos límites y presupuestos reinterpreta en relación con el caso que se está juzgando.

A este respecto hay que observar, que los Jueces americanos del Tribunal estaban poco acostumbrados a las sutilezas de la dogmática jurídica alemana, o mejor dicho, ni las conocían, ni parece que les preocuparan mucho conocerlas. Incluso hoy en día, estas distinciones, básicas en la Dogmática jurídico - penal alemana, como son también las diferencias entre causas de justificación y causas de exculpación, o entre legítima defensa real o putativa, sólo son admitidas por muy pocos penalistas americanos, y, desde luego, prácticamente desconocidas en los tribunales de justicia.

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. El Tribunal dice que 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.

No cabe duda de que, independientemente de la validez que pudiera tener este argumento, lo que Maurach quería demostrar era su buen conocimiento del Derecho soviético, a cuyo estudio había dedicado buena parte de su vida profesional, citando repetidas veces su libro "Sistema del derecho soviético", de 1928, p. 101 ss. (p. 346 s.), pero no otras publicaciones sobre la misma materia que podrían comprometerlo.

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, etc., y que, en definitiva, 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 también, 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 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”. Es decir, una especie de “ius in bello”, que les permitiría utilizar todos los medios que fueran necesarios y eficaces para asegurar su misión. Partiendo de una trasnochada concepción del Derecho de guerra, venía a decir que los Einsatzgruppen en esas circunstancias podían emplear cualquier medio con tal de ganar la guerra y acabar con el enemigo. Este argumento evidentemente no está de acuerdo con la actual doctrina del Derecho internacional que lo rechaza de plano, pues está claro, al menos en teoría, que de acuerdo con el Pacto de la Haya y aún más claramente con la Convención de Ginebra aprobada tras la Segunda Guerra Mundial, en una guerra, tanto si es justa, como si no lo es, hay que respetar ante todo a la población civil, evitando que ésta sufra las consecuencias de la guerra, y, por supuesto, también al enemigo cuando se rinde. Lo contrario supone cometer los crímenes de guerra que ahora se tipifican en el art. 8 del Estatuto de Roma.

El Tribunal rechaza el argumento de Maurach recordando que fue Alemania la que invadió sorpresivamente la Unión soviética, rompiendo sin previo aviso, o avisándolo el mismo día de la invasión, el Pacto de No Agresión que poco antes había firmado con la Unión soviética. Y que, por tanto, la invasión de la Unión soviética era una verdadera “Guerra de Agresión”, uno de los cargos que se imputaron a los dirigentes nazis en los Procesos de Nuremberg y para lo que ya había base jurídica en el Pacto Brian-Kellog, firmado años antes.

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, pues cualquiera que fuera la ideología de los Jueces, que se puede suponer no era nada afín al comunismo bolchevista, 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 aislamiento en Guetos como el de Varsovia, la pérdida de sus derechos como ciudadanos y 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, sino, sobre todo por lo que se refiere a los judíos, a la eliminación física de familias enteras, mujeres y niños incluídos, a su deportación en masa a los Campos de Concentración, a 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”?

Aquí es donde entra el argumento fundamental en el que se apoya Maurach para sostener su tesis. Según Maurach, los Einsatzgruppen no asesinaban a los judíos porque fueran judíos, sino porque los identificaban con los bolcheviques, es decir, con los comunistas. Es lo que Maurach llama en su dictamen el “elemento subjetivo (apartado III, C, 2). Veamos en qué consiste.

Según Maurach los acusados, y concretamente su mandante Ohlendorf, habían sido previamente adoctrinados en la tesis oficial nacionalsocialista de que Judaísmo y Bolchevismo eran una misma cosa, que ponían en peligro la misma existencia del Estado nacionalsocialista, y que, por tanto, siguiendo fielmente esta doctrina y las órdenes impartidas por el Führer, actuaban convencidos de que eliminando a los judíos, cuantos más mejor, incluyendo niños, defendían al Estado nacionalsocialista. Maurach no defiende ciertamente en su dictamen esta teoría; es más, pretende distanciarse de ella, considerándola una aberración. Pero no deja de sorprender esta postura, cuando años atrás había sido él, en muchos de sus trabajos entre 1939 y 1944, el que sostenía esa vinculación entre judaísmo y bolchevismo. 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 explicable que actuaran como actuaron; es decir, en “legítima defensa putativa del Estado por razones ideológicas”.

Con esta argumentación lo que, en realidad, estaba afirmando era la existencia de uno de los elementos que luego en el Estatuto de Roma se ha convertido no sólo en la característica principal de los Crímenes contra la Humanidad: que son los cometidos como parte de un “un ataque generalizado y sistemático contra la población civil” (art. 7), sino también del elemento característico del delito de Genocidio, que fue definido posteriormente en la Convención de la ONU de 1948, como la intención de destruir totalmente grupos humanos pertenecientes a una determinada etnia, raza o nacionalidad (art. 6 del Estatuto de Roma). El Tribunal sentenciador llega a utilizar el término “genocidio”, entonces desprovisto todavía de contenido jurídico, para terminar finalmente calificando los hechos cometidos por los Einsatzgruppen como, aparte de otros delitos singulares, un Delito contra la Humanidad.

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 (p. 369), 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. Una vez más la astucia y el oportunismo de Maurach quedan en evidencia, pero también su afán en devolverle la pelota a 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. Por aquellas fechas publicó su monografía “Schuld und Verantwortung im Strafrecht”, en la que siguiendo la tesis que había ya mantenido en su

trabajo de habilitación sobre el estado de necesidad en 1935 (“Kritik der Notstandlehre”), consideraba que en caso de conflicto entre bienes de de igual valor (vida y vida), el estado de necesidad era una especie de causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, una categoría que luego incluyó sistemáticamente en su Tratado entre la justificación y la exculpación, para explicar de un modo objetivo situaciones en las que ciertamente no cabía la justificación, pero tampoco exigir responsabilidad a quien se encontraba en esas situaciones (véase, 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, ant.cit.). Esta era en su opinión, según manifiesta años mas tarde en su Tratado, la situación de los médicos que ejecutaron las medidas eutanásicas ordenadas por Hitler a enfermos mentales y terminales, interpretando dichas ordenes de manera restrictiva y salvando así a muchos de estos enfermos que si se hubieran cumplido las órdenes deberían haber sido asesinados también. Pero nunca cita en este contexto en su Tratado el caso de los Einsatzgruppen.

El recurso a la legítima defensa putativa del Estado nacionalsocialista por razones ideológicas, traslada el problema al ámbito del error de prohibición o error sobre la existencia de una causa de justificación. No es este el momento de explicar aquí el tratamiento dogmático de esta clase de error. Maurach admite en su Tratado con muchas restricciones la posibilidad de que un particular pueda actuar en legítima defensa del Estado (ver Tratado an. cit., vol. I, p. 388); pero no se refiere para nada a casos como el de los Einsatzgruppen.

La posibilidad de invocar la obediencia debida a las órdenes del Führer es rechazada también enérgicamente por el Tribunal, pues en su opinión, éstas nunca podían ser vinculantes, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, para justificar las ejecuciones masivas de grupos enteros judíos y civiles, incluidos niños, que no habían atacado a las fuerzas alemanas ocupantes. El convencimiento que tenían los Einsatzgruppen de que matar judíos era igual que matar bolcheviques no era una creencia errónea ideológicamente condicionada, como pretendía Maurach, sino simplemente una perversión de los más elementales valores éticos de la humanidad, que obviamente el Tribunal sentenciador no podía admitir.

En consecuencia, rechazando el dictamen de Maurach y los argumentos del abogado defensor de Ohlen-dorf, lo condenó por su responsabilidad en unas 90.000 ejecuciones, a la pena de muerte (p. 510 y 587), que,

tras haber sido confirmada, finalmente se ejecutó en 1951.

Téngase en cuenta que, 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. 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 definitiva, en el Proceso contra los Einsatzgruppen el Tribunal que lo juzgó apreció la existencia de los cargos que constituyen hoy el núcleo del actual Derecho penal internacional, tal como se configura a partir del Estatuto de Roma. Junto con el cargo de “pertenencia a una asociación ilegal”, la base jurídica para la condena de los Einsatzgruppen en este proceso fueron: “guerra de agresión”, “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad”. Posteriormente, a partir del Convenio de la ONU de 1949, se añadió el delito de “genocidio”, quedando, sin embargo, en la nebulosa jurídica la configuración de la “guerra de agresión” (sobre el estado actual del Derecho penal internacional y la configuración típica de cada uno de estos delitos véase WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., Valencia 2011).

Desde luego los argumentos de Maurach, que no convencieron al Tribunal, tampoco han convencido posteriormente a otros autores que se han ocupado de estudiar a 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 interesante una clara posición”). Lo que, a mi juicio, sí queda claro es que el dictamen de Maurach en favor de Ohlendorf, era bastante parcial y tenía escaso fundamento jurídico, y sí, en cambio, mucho de ideológico.

Sería interesante estudiar desde el punto de vista dogmático los argumentos que Maurach mantuvo en este y en otros Procesos de Nuremberg para defender a los acusados de los mismos por similares crímenes de guerra. Pero desgraciadamente no conozco el con-

tenido de esos dictámenes, ni sé tampoco si alguien ha realizado este estudio, y tampoco Nerlich se refiere a su contenido.

A los que Maurach no convenció ciertamente 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 que, por tanto, debía ser expulsado inmediatamente de la cátedra para la que acababa de ser nombrado en la Universidad de Munich. Concretamente, según relata Nerlich (p. 403), el Director de la sección cultural de la Oficina del Gobierno militar norteamericano, Alonso Grace, solicitó a la Universidad de Munich 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”. C

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 a Mezger, que manifestaran su opinión sobre el dictamen de Maurach. La respuesta 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, por supuesto, no estaban de acuerdo. El Ministerio de Educación, por su parte, dio largas al asunto, entendiéndolo 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 y durante el semestre de verano de 1949 Maurach quedó 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 Nuremberg 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, convertidos a la democracia, sino su actual anticomunismo visceral, del que habían dado ya prueba durante la etapa nacionalsocialista, y de la que diariamente daban prueba continuamente en sus actividades profesionales, académicas o políticas. Y en el caso de Maurach no había la menor de duda de su anticomunismo. Solo tuvo que ocultar el antisemitismo del que había hecho gala entre 1939 y 1944.

Sin embargo, todavía algunos años más tarde no tuvo inconveniente en extender también el manto piadoso de la exención de responsabilidad penal a un sujeto acusado de haber cometido hechos similares a los de los Einsatzgruppen. Según relata Hans Magnus ENZEMBERGER (Política y delito, Barcelona, 1968, p. 23 y 24):

“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 hombres, 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 Munich 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”.

Con el nombramiento de Maurach, como Profesor de Derecho penal y proceso penal y Derecho del Este europeo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, y tras narrar los problemas que transitoriamente le causó las presiones del Control del Gobierno de los Aliados para que ese nombramiento fuera removido, termina el libro de Nerlich. A partir de ese momento cesa el trabajo de investigación que deja sin apenas mencionar los que Nerlich llama “los últimos años de su vida”, que fueron más de veinticinco. Pero como ya se ha dicho a Nerlich no le interesa la faceta de Maurach como penalista, o sólo en la medida en que tenga que ver con su otra faceta como investigador y ser uno de los fundadores de la especialidad de Dere-

cho del Este europeo. Una verdadera laguna que sólo a través de las publicaciones en su etapa de Profesor en Munich y de los testimonios de sus discípulos en esa época puede culminarse.

Todavía hay noticia de algún problema que tuvo Maurach en los años 60 por su antiguas relaciones con el nacionalsocialismo. Así, por ejemplo, en 1968 fue uno de los profesores, cuyas clases, junto con las de otros profesores con parecidas relaciones, fueron boicoteadas por un grupo de alumnos que solicitaban su expulsión de la Universidad. En 1965 se publicó por el Consejo nacional de la República Democrática Alemana el llamado “Braunbuch” (“el libro marrón”), un libro, también presentado en 1967 en la Feria del Libro de Frankfurt, donde fue secuestrado por orden judicial, en el que 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 ocupados puestos importantes durante el régimen nacionalsocialista. Uno de ellos era Reinhart Maurach, del que el “Braunbuch” decía lo siguiente (traducción del autor de este artículo):

“Maurach, Reinhart, Prof. Dr.

Antes de 1945: Profesor fascista de Derecho penal y Director del Instituto de derecho del Este europeo en la 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 Munich; miembro de la “Consejo de investigación “Johann-Gottfried-Herder”.

En realidad, nada que no sepamos hoy, incluso con más detalles, gracias sobre todo al libro de Nerlich. Pero no parece que la referencia a su persona en el “Braunbuch”, o las protestas estudiantiles de 1968, hicieran mucha mella en su actividad académica. En realidad, “peccata minuta”, si se comparan estas acusaciones con los avatares que había sufrido en algunos momentos de su vida anterior a 1945 y en los primeros años de su incorporación a la Universidad de Munich después de 1945.

A través del testimonio de sus discípulos directos en la Universidad de Munich no tenemos especiales referencias a su vida anterior a 1945 ni a los problemas que tuvo tras su incorporación a la Universidad de Munich. Ni en la breve biografía que escriben sus discípulos Schroeder y Zipf en el prólogo del libro Homena-

je que le dedicaron en 1972 (Festschrift für Reinhart Maurach, edit. F.Ch. Schroeder/H. Zipf, 1972), ni en las notas necrológicas que escribieron a su muerte en 1976 también sus otros discípulos, K.H. Gössel y M. Fincke, se dice otra cosa que no sea que fue un ejemplar jurista, siempre respetuoso con el Estado de Derecho. En el Libro Homenaje ni siquiera se contienen contribuciones sobre Derecho del Este europeo, ni una lista de sus publicaciones.

6. Lo que para mí, sin embargo, queda claro, es que Maurach, independientemente de sus vinculaciones con el régimen nacionalsocialista y de su mayor o menor afinidad con la ideología de este régimen, fue un gran jurista y uno de los penalistas más importantes de la segunda mitad del siglo XX. Su Tratado de Derecho penal puede considerarse una de las obras más relevantes del renacer de la Dogmática jurídico - penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial. En él se reúne junto a un gran rigor dogmático una buena exposición de las consecuencias prácticas sobre todo jurisprudenciales de sus planteamientos teóricos. En mi opinión, Maurach seguía más fielmente el Tratado de Mezger, que los planteamientos de Welzel, aunque en la exposición sistemática de la Teoría del Delito siguiera la sistemática welzeliana. Probablemente en su etapa de Juez en Breslau (1933/1939) aprendió mucho de la praxis y seguro que tuvo que estudiar a fondo y utilizar el Tratado de Mezger, cuya segunda edición de 1933 (la que fue traducida al español y anotada por Rodríguez Muñoz), sin ninguna contaminación nacionalsocialista, constituía la mejor exposición de la Dogmática jurídico penal alemana elaborada desde los tiempos de Binding y Beling ya a principios de siglo y continuada por M.E. Mayer y por el propio Mezger en los años posteriores a Primera Guerra Mundial, durante la República de Weimar (la primera edición de su Tratado es de 1931). Esta identificación, al menos en su planteamiento dogmático, con Mezger, es quizás lo que, independientemente de la afinidad ideológica que hubiera entre ambos, llevó a Mezger a apoyarlo para que se incorporara al claustro universitario de la Universidad de Munich, como Profesor de Derecho penal, proceso penal y Derecho del este europeo. Y quizás por ello, y como muestra de agradecimiento, fue Maurach quien luego, junto con su otro colega muniqués Karl Engisch, editó el Libro Homenaje a Mezger que se publicó en 1953. En el prólogo a este Homenaje se explica un cierto retraso que sufrió esa publicación en aparecer, con una misteriosa referencia a que ello se debió a que algunos colegas que habían prometido mandar su contribución a dicho

Homenaje, al final, “por razones no explicadas”, no lo hicieron. También se añade que uno de los editores había tenido un grave problema familiar (según he sabido después, el único hijo varón de Maurach murió por aquellas fechas en un accidente, lo que probablemente amargó y, según algunos de los que lo conocieron bien, agrió su carácter los años que vivió hasta su muerte en 1976).

7. Por lo que a mi relación personal con Maurach se refiere, no puedo olvidar que su Tratado, en la excelente traducción que de él hizo Juan Córdoba Roda, junto con el de Mezger, ya anteriormente aludido, fueron las obras sobre las que cimenté mi formación inicial como penalista. Por eso, cuando mi director de tesis, el Profesor José María Navarrete Urieta, discípulo directo de Mezger, me aconsejó que me fuera a Munich a estudiar con Reinhart Maurach, con el que Navarrete, tras su larga estancia en Munich seguía en contacto, no tuve la menor duda de que aquel iba a ser un momento importante en mi carrera académica, entonces apenas comenzada. Conocí personalmente a Maurach, que estaba ya a punto de jubilarse, y estuve vinculado a su cátedra el curso 1969/1970. Por allí estaban por entonces sus asistentes científicos, Heinz Zipf, quien acaba de habilitarse y recibir el llamamiento a la cátedra de Salzburg, y Karl Heinz Gössel quien fue el que se ocupó personalmente de mí. Para esa época su otro discípulo F.Ch. Schroeder había obtenido ya la cátedra de Regensburg, aunque siguió vinculado a Munich como sucesor de Maurach en la Dirección del Institut für Ostrecht. El otro asistente, Martin Fincke, se ocupaba más bien de las actividades de este Instituto.

En aquellas fechas estaban en Munich, los discípulos de Juan Córdoba Roda, José Ramón Casabó, luego catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia, y posteriormente los luego profesores titulares de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, José María Escrivá y Ángel de Sola; y finalmente un jovenísimo Santiago Mir Puig.

Durante ese tiempo, me entrevisté varias veces con Maurach, quien siempre me atendió amablemente y recuerdo que incluso en una de esas entrevistas me dedicó un ejemplar del libro que acaba de editar “50 Jahre des Sowejsrechts”, que todavía conservo. Pero lo más importante para mí, fue que escribió un Gutachten, apoyando mi solicitud de una Beca de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt, que finalmente obtuve.

Cuando regresé a Munich, como becario Humboldt, en septiembre de 1971, acababa de llegar, como suce-

de Maurach, el ya entonces famoso, a pesar de su juventud, Claus Roxin, al que realmente considero mi maestro, aunque no por eso niegue la influencia que tuvo en mi formación inicial como penalista la obra de Maurach, tanto su Parte general, como su Parte especial, lo que se puede ver perfectamente en mi tesis doctoral “El delito de alzamiento de bienes”, Barcelona 1970, y sobre todo en la sistemática de mi “Derecho penal, Parte especial” (1ª ed. Sevilla 1975/76; 20ª edición. Valencia 2015).

Pero con Roxin comenzaba realmente una nueva etapa de la Dogmática jurídico - penal. Quien conozca la evolución de mi obra en los últimos cuarenta y cinco años, puede comprobar hasta qué punto la obra de Roxin fue decisiva en mi formación como penalista, como también lo fueron en mis inicios las obras de Mezger y Maurach, y en menor medida la del italiano

Grispigni, que fueron los autores que me recomendó el Profesor Navarrete Urieta que estudiara cuando inicié mi carrera como penalista. El que, como después se ha demostrado, estos penalistas fueran 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, en nada desmerece la importancia de sus obras en el estudio dogmático o técnico - jurídico del Derecho penal. Conocer también esta otra cara de sus vidas y obras, es algo que siempre debemos agradecer a investigaciones históricas, como ésta de Viktor Nerlich, aunque, como ya he dicho, adolezca, a mi juicio, en lo que se refiere a Maurach como penalista, de una importante laguna, que en la medida de lo posible he procurado colmar con algunas de mis propias investigaciones y con mi conocimiento personal de su vida y obra.

Francisco Muñoz Conde