

26

Revista

Julio 2010

26

Revista Penal

Julio 2010

Penal



Revista Penal

Número 26

Sumario

Doctrina

- Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales por *Manuel A. Abanto Vázquez* 3
- ¿Qué significa «intención de destruir» en el delito de genocidio?, por *Kai Ambos* 46
- Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la «intención de destruir» por *Kai Ambos* y *María Laura Böhm* 65
- Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y *Ana Isabel Pérez Cepeda* 79
- La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del art. 154 del Código Civil por *Miguel Díaz y García Conlledo* 101
- La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger por *Iñaki Esparza Leibar* 130
- Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo, por *Francisco Muñoz Conde* 139
- Denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios (artículo 196 del C.P.): discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por *Pedro Ángel Rubio Lara* 151
- Deconstruyendo la culpabilidad, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 164
- La responsabilidad por actos riesgosos de gestión en las sociedades de capital: Un estudio de derecho comparado por *Stanisław Tosza* 177
- Sistemas penales comparados:** Principio de Justicia Universal 187
- Bibliografía:** Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Juana del Carpio Delgado* 235
- Crónica**
- VII. Seminario Internacional del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, por *Salvador Herencia Carrasco* 257
- Fe de erratas** 263



Universidad de Salamanca



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
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Wilfried Bottke. Univ. Augsburg
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Modena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Jaume I^o
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer y Lars C. Berster (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvas (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani (Italia)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168
Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367

Bibliografía

Notas bibliográficas

1. El penalismo olvidado

Comentarios a Filippo GRISPIGNI/Emund MEZGER, *La reforma penal nacionalsocialista*, y a Karl BINDING/Alfred HOCHE, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, Colección El penalismo olvidado, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.

Con el extraño, pero sugerente título de «El penalismo olvidado», la editorial argentina EDIAR, de Buenos Aires, ha emprendido bajo la dirección del eminente penalista Eugenio Raúl Zaffaroni la tarea de sacar a la luz algunos textos de penalistas famosos, que, por diversas razones, son prácticamente desconocidos en la actualidad, o aún siendo conocidos, lo son más por referencias indirectas que porque realmente hayan sido leídos.

Entre los primeros se encuentra el raro opúsculo en el que, en una época aún no muy lejana, dos famosos penalistas, uno alemán, Edmund Mezger, y el otro italiano, Filippo Grispiñi, rivalizaron, en el sentido académico de la palabra, en mostrar cuál de sus posiciones teóricas respecto a temas tan fundamentales del Derecho penal, como la culpabilidad y la pena, la peligrosidad y las medidas de seguridad, era más acorde con la ideología nacionalsocialista y fascista dominantes en aquel momento en sus respectivos países, y podían dar una mejor cobertura teórica a la esterilización y castración de delincuentes sexuales, o a la aplicación de la pena de muerte a los menores autores de delitos graves, que en aquellos momentos se estaban llevando a cabo principalmente en la Alemania nazi.

La obra a la que nos referimos (Filippo Grispiñi/Edmund Mezger, «La reforma penal nacionalsocialista»), publicada por la editorial Giuffrè de Milán en 1942, quedó arrumbada sin que nadie que yo sepa, en las generaciones posteriores de penalistas, tuviera noticia de su existencia o al menos diera noticia directa de ella. Sesenta años después, cuando estaba trabajando en la segunda edición de mi libro «Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo» (editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002), la entonces colaboradora científica del Instituto Max Planck de Derecho penal Internacional y Comparado de Freiburg en Brisgovia, la Dra. María José Pifarré, me indicó que en la biblioteca de dicho Instituto se encontraba un ejemplar de

esa obra, para mi hasta entonces desconocida, y me mandó una fotocopia de la misma. Con su lectura no sólo confirmé una vez más la estrecha vinculación que entonces tenía el famoso penalista alemán, Edmund Mezger, con el régimen nacionalsocialista, sino además constaté una no menor, o incluso mayor, afinidad ideológica del otro coautor, el famoso penalista italiano Filippo Grispiñi, con el régimen fascista imperante todavía en aquel momento en Italia. Enfrascado como estaba entonces en mi trabajo sobre el pasado nazi de Mezger, me limité, sin embargo, sólo a dar cuenta de ello en una nota a pie de página, señalando que sería conveniente que se investigara también el pasado de otros penalistas importantes italianos y españoles de aquella época, dada las estrechas relaciones existentes entre los regímenes políticos, nacionalsocialismo, fascismo y dictadura franquista, que regían los destinos de los respectivos países.

Una vez más la torpe reacción de alguien empeñado a toda costa en desacreditar tanto la investigación que estaba llevando a cabo sobre el pasado nazi de Mezger, como a mi personalmente, dedicándome todo tipo de insultos, acusaciones de plagio y otras lindezas por el estilo, me obligó a leer con más detenimiento esta monografía y a responderle en un comentario bibliográfico, publicado primero como tal en España, en Revista Penal, 2002, y luego como artículo independiente en Argentina en Nueva Doctrina Penal, 2003/A, p.303 a 315., y en Alemania, en versión al alemán de Moritz Vormbaum, en Journal der juristischen Zeitgeschichte, 2004.

Posteriormente Raul Zaffaroni, gran conocedor de la historia de las ideas penales, mostró gran interés en traducir al español y publicar esta monografía, que a su juicio revelaba claramente el turbio pasado totalitario de los dos penalistas que a mediados del siglo XX mayor influencia ejercieron en los penalistas argentinos y los de otros muchos países de habla española, incluyendo naturalmente España. Y como resultado de ese interés acometió junto con Rodrigo Codino la traducción que ahora se publica en la editorial EDIAR, con Prólogo del mismo Zaffaroni, recogiendo como Apéndices mi comentario antes aludido y otro escrito expresamente para esta edición por Rodrigo Codino.

Esta publicación inicia una serie que bajo el nombre de «El penalismo olvidado» pretende, en palabras del propio

... Zaffaroni, «difundir textos antiguos del penalismo, señeros aunque olvidados o silenciados, algunos de ellos *horripilantes*» (cursivas en el original).

El otro texto que inmediatamente sigue a éste en la citada colección es el no menos «horripilante» de Karl Binding y Alfred Hoche, «La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida», publicado en Alemania en 1920/22 bajo el título «Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Mass und Ihre Form» (reeditado en 2006, con prólogo de Wolfgang Naucke, por la Berliner Wissenschaftsverlag). A diferencia del anterior este texto es más que conocido y es citado frecuentemente como un antecedente inmediato de las medidas eutanásicas que quince años más tarde se llevaron a cabo por médicos de algunos Hospitales alemanes especialmente autorizados por Hitler para eliminar enfermos mentales irrecuperables o terminales, lo que costó la vida, según los cálculos que Zaffaroni maneja, a unos 200.000 pacientes clasificados de esta manera. En este caso la traducción al español es de Bautista Serigós, quien añade valiosas notas explicativas sobre las diversas ediciones del texto alemán, su traducción a otros idiomas, y el significado de algunos términos y expresiones utilizadas por los autores.

En este momento no me parece necesario hacer una reseña del contenido de ninguna de estas obras. De la primera de ellas, «La reforma penale nazionalsocialista», de Grisigni y Mezger, me he ocupado ya pormenorizadamente en el comentario a la misma que escribí en su día y que se reproduce íntegramente en esta nueva edición. La segunda sobre la licencia para eliminar vidas desprovistas de valor vital, de Binding y Hoche, ha sido ya objeto de muchas reflexiones y comentarios no sólo en la literatura penal, y no creo que se pueda añadir nada nuevo a lo que se ya se ha dicho repetidas veces: Que es un antecedente inmediato de las medidas eutanásicas llevadas a cabo pocos años después por los médicos nazis, algunos de los cuales fueron luego juzgados por ello en Nuremberg y condenados a muerte.

Querría hacer, sin embargo, un breve comentario a las Introducciones que Zaffaroni ha escrito para cada una de ellas, que constituyen en sí mismas una aguda reflexión sobre las implicaciones y consecuencias que las ideologías nacionalsocialista y fascista tuvieron en el pensamiento de algunos destacados penalistas, y sobre la influencia que otras construcciones teóricas elaboradas anteriormente tuvieron en las prácticas eutanásicas y genocidas que llevó a cabo luego el régimen nazi. Pero, al mismo tiempo, las respectivas Introducciones de Zaffaroni son también una reflexión sobre la responsabilidad del científico en general y del penalista en particular a la hora de suministrar teorías aparentemente inocuas o pretendidamente científicas que directa o indirectamente sirven para legitimar políticas genocidas.

Comienza Zaffaroni su Introducción al libro de Grisigni/Mezger con una serie de consideraciones sobre la oportunidad y aún conveniencia de que este tipo de obras no queden en el olvido, ya no sólo para que las generaciones futuras conozcan mejor el pasado, sino también para

«calmar la tremenda angustia» que nos ocasiona saber que autores de tanto prestigio en su época y que han seguido teniéndolo posteriormente hayan llegado a legitimar o justificar con sus elucubraciones teóricas las atrocidades que entonces se cometieron por el poder político de sus respectivos países y que hoy igualmente están cometiéndose en otros muchos. Ante eso, Zaffaroni se pregunta si no estaremos nosotros también promoviendo ideas y teorías que el día de mañana puedan ser valoradas con la misma sensación de horror e incluso de asco que hoy nos causan las teorías vertidas en el libro que comentamos. ¿Son la temporalidad y la historicidad del ser humano tan relativas que lo que hoy nos parece normal puede ser considerado mañana como una aberración jurídica e incluso humana? Si esto fuera así no cabe duda de que «arrojar sombras sobre la memoria de los muertos», como dice Zaffaroni, resultaría, además de antipático, inútil, porque más o menos el día de mañana todo lo que hacemos o decimos hoy deberá pasar por el filtro de la crítica de las generaciones venideras que probablemente muchas veces se horrorizarán con las cosas que decimos o hacemos hoy sin sentir el menor sentimiento de culpa o de que estamos haciendo algo malo. Pero hay algo que nos dice que ni siquiera admitiendo la relatividad de los juicios morales podemos pasar por alto, perdonar o tratar con condescendencia ideas, juicios u opiniones que ya en la misma época en que se emitieron eran harto discutibles e incluso absolutamente rechazables por estar en inmediata conexión con la barbarie que ya en aquellos momentos se estaba cometiendo, aplicando esas teorías. No se trata, pues, de meras elucubraciones teóricas desprovistas de toda conexión con la realidad, sino de reflexiones sobre leyes y actos genocidas de depuración racial, de esterilización y castración de delinquentes o simplemente de asociales, o de homosexuales, de exterminio de seres desprovistos de valor vital, que se estaban produciendo en aquel mismo momento por el poder político de los países en los que estos autores propugnaban estas ideas o las fundamentaban con conceptos más o menos ingeniosos o sofisticados.

Esto es evidente en el caso de Grisigni y Mezger. Cualquiera que lea los artículos contenidos en «La reforma penale nazionalsocialista», se dará inmediatamente cuenta de que ninguno de estos autores crítica o rechaza este tipo de prácticas, sino simplemente discrepan sobre si las mismas se fundamentan mejor con el concepto de peligrosidad o con el de culpa por la conducción de vida, con el de pena o con el de medida de seguridad. Así, por ejemplo, cuando Mezger propone su teoría de la culpa por la conducción de vida para fundamentar la reforma del Derecho penal juvenil alemán que permitía la aplicación del Derecho penal de adultos y, por tanto, la pena de muerte para los autores de delitos graves menores de dieciocho años, Grisigni lo único que hace es criticar el concepto de «culpa por la conducción de vida» que ofrece Mezger, pero no la aplicación del Derecho penal de adultos a menores de dieciocho años o que se les aplique la pena de muerte, que para él en este caso sería simplemente una medida de defensa social, que, como el mismo dice, «se encuadra(n) en tal movimiento de

reforma (sc. el del nacionalsocialismo) como un anillo de éste» (cfr página 77), y por si cabe alguna duda respecto al acierto de su diagnóstico a la hora de calificar la reforma penal nacionalsocialista del Derecho penal de menores como la aplicación consecuente de las ideas positivistas basadas en el concepto de peligrosidad, lo confirma con la siguiente frase: «¡Piénsese que por aplicación de esta norma, ya han sido condenados a muerte varios menores de dieciocho años!» (p. 81 de esta edición).

A este respecto quisiera señalar que cuando algún autor (Bernd Rüthers, recensión bibliográfica a Muñoz Conde, Francisco, Edmund Mezger, Beiträge zu einem Juristenleben, Berlin 2007, publicada en Revista Penal, núm. 25, 2010), comentando la versión alemana de mi libro sobre Mezger, después de valorarlo positivamente como una importante contribución el estudio del Derecho penal nacionalsocialista, deplora «el tono moralizante» («moralischer Unterton») y la «indignación» («Empörung»), que, según él, muestro cuando se trata de juzgar este tipo de comportamientos e ideas en el caso de Mezger (Rüthers, ob. cit., p. 219), quizás ignore algunos datos que bien podrían ayudarle a entender por qué en mi libro se trasluce en algún momento ese estilo que él deplora. Ciertamente, la brutalidad y gravedad de los insultos que recibí desde la aparición de la primera edición de mi libro sobre Mezger motivaron alguna respuesta por mi parte, un poco más dura de lo que suele ser habitual en el ámbito académico, que de todas formas he procurado suavizar en sucesivas ediciones, dejando al menos sin mencionar nominalmente a los que me agredieron de forma tan bochornosa e injuriosa, utilizando un lenguaje más propio del ámbito tabernario que de una polémica académica. Pero tampoco puedo negar que el «caso Mezger» me pareció entonces, a medida que iba descubriendo su colaboración activa y sus intentos de legitimación teórica de los aspectos más «horripilantes» del régimen nazi, y me parece todavía hoy, que no puede ser meramente descrito como un hecho histórico sin ningún tipo de valoración moral. Sobre todo si se tiene en cuenta el papel que Mezger desempeñó luego como Vicepresidente de la Comisión de reforma del Derecho penal ya en la etapa de la República Federal de Alemania, y el éxito que siguió teniendo como uno de los penalistas más influyentes en Alemania y fuera de Alemania a través de su Tratado de Derecho penal y del Manual resumido del mismo (Studienbuch) que publicó tras la Segunda Guerra Mundial, utilizado por varias generaciones juristas de la posguerra., Como tampoco se puede olvidar que Mezger fue uno de los protagonistas más relevantes de la discusión suscitada con su colega Hans Welzel durante los años cincuenta del pasado siglo acerca del concepto causal o final de la acción como fundamento de la teoría del delito, y sobre la posición sistemática en la misma del dolo, que provocó miles de páginas e influyó (y aún hoy influye) en casi todos los penalistas de habla hispana. Pero lo verdaderamente impresionante (y vergonzoso) es que todo esto sucediera sin que nadie dijera ni una palabra respecto a su pasado nazi, sin que se dijera nada de que junto con el criminólogo Franz Exner, fue autor de uno de los Proyectos más

vergonzoso y genocida de la legislación penal, destinado al tratamiento (reclusión en campos de concentración, castración y esterilización) de los por él llamados «extraños a la comunidad», o que acto seguido en marzo de 1944 presentó un escrito firmado de su puño y letra ante la Sección IV de las SS, encargada del control y vigilancia de los Campos de Concentración, solicitando permiso para visitar campos de concentración como el de Dachau y observar in situ «a ciertos tipo de sujetos» que allí se encontraban. Todos estos datos, recogidos y apoyados documentalmente en mi libro sobre Mezger y que prácticamente permanecieron ocultos hasta que los encontré y publique a principios del siglo XXI, más su posterior integración sin ningún tipo de problemas en el mundo académico normalizado de la posguerra, en el que incluso además recibió algunos doctorados *honoris causa* y ocupó cargos importantes en Comisiones gubernamentales, recibió un Libro Homenaje con motivo de jubilación en 1952/52, son, a mi juicio, más que suficientes para motivar un «cierto tono moralizante» e incluso la indignación que puede traslucirse en algunos pasajes de mi obra sobre Mezger.

También Zaffaroni se muestra duro en sus juicios valorativos negativos acerca de lo que entonces dijeron Mezger y Grispiñi, pero lo que verdaderamente le inquieta «es que quienes nunca pudieron ser sospechosos de la más mínima cercanía con el nazismo pasaran por alto estas páginas y —lo que quizá es peor— el propio contenido autoritario y francamente antiliberal de la construcción de Mezger, consideraron un dato menor lo que aquí se expresa, y pareciera que también creyeron que el discurso de Grispiñi era una simple defensa o manotazo del peligrismo agonizante» (p.19 de la Introducción a «La reforma penale»). Es verdad que algunos colegas han cambiado esta condescendencia e ingenuidad en auténtica indignación o por lo menos estupor a raíz de mis primeras publicaciones sobre el pasado nazi Mezger y mis comentarios a este libro conjunto de Mezger con Grispiñi. En este sentido quiero recordar las palabras de estupor que me transmitió la hija de Conrado Finzi, el traductor del Studienbuch de Mezger al español en la década de los cincuenta e hijo del penalista italiano Marcello Finzi, que tuvo que exiliarse en Argentina expulsado de su cátedra de la Universidad de Módena por aplicación de la Ley antihebraica del régimen fascista, al conocer quien era Mezger y su pasado nazi..

Pero también ha habido quienes, contra toda evidencia, no sólo siguieron negando el pasado oprobioso de tan famosos penalistas, sino que aprovecharon la publicación de mi libro sobre Mezger para, además de vengar alguna reyerta académica del pasado, verter de camino todo tipo de injurias contra mi, en un afán desesperado por matar al mensajero que se había convertido en un enemigo incómodo al que había que silenciar lo antes posible. Pero quizás también lo hacían porque conociendo ese pasado, querían a toda costa seguir manteniéndolo oculto, amenazando e intentado desacreditar a quienes empezábamos a sacarlo a la luz. Personalmente, estoy convencido de que había muchos penalistas contemporáneos de Mezger y Grispiñi que conocían ese pasado y que por las razones que

fueran prefirieron no revelarlo, distrayendo la atención de las generaciones siguientes con polémicas tan abstractas como el concepto ontológico de acción o la posición sistemática del dolo en la teoría del delito. No parece, desde luego, pura casualidad que el *Studienbuch* de Mezger y el *Diritto penale* de Grispiñi, fueran casi simultáneamente traducidos al español y publicados en Argentina país en el que se habían refugiado muchos dirigentes destacados del régimen nazi, como Adolf Eichmann, luego secuestrado en Buenos Aires por un comando israelita y condenado a muerte a muerte en Jerusalén por su participación en la planificación y organización del Holocausto, o a científicos como el Dr. Mengele, el «doctor muerte del Campo de exterminio de Auschwitz», o al antropólogo austriaco Oswald Menghin, conocido por sus planteamientos racistas, que luego se convirtió en una destacada personalidad de la Antropología argentina (véase Marcelino Fontán, Oswald Menghin: Ciencia y nazismo, El antisemitismo como imperativo moral, Buenos Aires, 2005).

Mientras tanto el libro de Mezger/Grispiñi que ahora Zaffaroni y Codino traducen, publican y comentan, quedaba arrumbado en las bibliotecas, sin que a nadie se le ocurriera, a pesar de su inequívoco e inquietante título echarle un vistazo y decir algo al respecto. No deja de ser, por tanto realmente sorprendente que todavía en el año 2002 hubiera alguien que mostrara su indignación ante el hecho de que yo, desde mi primera publicación sobre el tema, indicara la afinidad con el pensamiento nacionalsocialista y la ideología fascista de Grispiñi, quien, según decía su apasionado defensor, «nunca hizo suyas las veleidades (sic) de los Derechos penales totalitarios» (véase el Apéndice de Rodrigo Codino a la edición argentina de la obra de Mezger/Grispiñi, quien en las páginas 127 a 132 describe brevemente las biografías de personalidades del mundo del Derecho nazi, como Gürtner, Frank o Freisler, a quienes Grispiñi cita con auténtica admiración y muy elogiosamente).

Pero quizás lo más relevante es que ni siquiera los mismos autores de este panfleto, después de la derrota y desaparición de los respectivos regímenes, con cuyo Derecho penal se mostraban tan a gusto y a cuya legitimación contribuían sin la menor reserva, nunca más volvieron a propugnar o asumir como ideas legítimas, fundadas en la culpabilidad «por la conducción de vida» o en la pura peligrosidad social o criminal del sujeto, la esterilización o castración coactiva de los delincuentes sexuales, o la pena de muerte para los menores de dieciocho años autores de delitos graves. Algo nos indica que, por encima de sus planteamientos teóricos, que, como Zaffaroni indica, en el caso de Mezger podían derivarse de su adscripción al neokantismo, y en el de Grispiñi del positivismo criminológico peligrosista, había también una actitud de «oportunismo político» que, sin mucho esfuerzo, les permitió adaptar sus teorías a la ideología del régimen, democrático o totalitario, que en esos momentos regía en sus respectivos países. Esto me parece evidente en el caso de Mezger, cuyo Tratado de Derecho penal, redactado todavía en el período democrático de finales de la República de Weimar (1931), era coherente con un Derecho penal basado en el principio de

legalidad, en la culpabilidad por el acto y en la pena como justa retribución del mismo respetuosa con la dignidad del condenado, y que poco tiempo después en el régimen nacionalsocialista propugnaba la analogía como fuente del Derecho penal, la culpabilidad por la conducción de vida y la pena como «exterminio de los elementos dañinos al pueblo y la raza»; para volver, finalmente, después de la derrota del régimen nazi a mantener en su *Studienbuch* el principio de legalidad, la prohibición de la analogía, la culpabilidad por el acto aislado (aunque aún mantuviera su teoría de la ceguera jurídica para el tratamiento del error de prohibición) y la pena como retribución. En el caso de Grispiñi no se ve tan claramente esa adaptación oportunista al régimen político de turno, porque nunca abjuró de sus planteamientos peligrosistas, pero, desde luego, una vez desaparecido el régimen fascista, nunca más volvió a propugnar medidas como la esterilización o castración coactiva de los delincuentes sexuales, que con tanta contundencia defiende en esta monografía. No estoy, pues, tan seguro, como parece estarlo Zaffaroni al menos respecto a Grispiñi (p. 13 y ss. de su Introducción)), de que las tesis que mantiene en esta monografía se derivara tanto o exclusivamente de su *obcecación científica*, sino más bien (o también) de una camaleónica adaptación a las ideas del régimen político que en cada momento estuviera en el poder, aunque fueran tan opuestos como uno fascista y otro democrático. En el caso de Mezger hay pruebas más que sobradas de que esto fue así; y en el de Grispiñi, basta con que se lea la cita que hace en la página 70, nota 12 de un trabajo suyo «de próxima publicación» sobre «La funzione della pena secondo Benito Mussolini», en la que dice: «demostraremos que las doctrinas penales del fascismo italiano son completamente análogas» (a las del nacionalsocialismo, naturalmente) (No tengo constancia de que esa trabajo llegara finalmente a publicarse).

Otro tipo de consideraciones pueden hacerse respecto a la monografía de Binding/Hoche. Ciertamente, cuando hay una mayor distancia temporal entre las teorías que se propugnan y la aplicación práctica de las mismas, es más fácil que su autor pueda quedar exento de responsabilidad, y hasta que nunca hubiera podido siquiera imaginar que aquello que propuso en un plano exclusivamente teórico pudiera adquirir en la realidad las dimensiones monstruosas que luego adquirió. En este sentido muchas de las teorías que se propugnaron a finales del siglo XIX como la del «delincuente nato», de Lombroso, la eugenesia, de Galton, o la inocuización de los incorregibles, de von Liszt, se pueden considerar como antecedentes inmediatos de las leyes y prácticas aberrantes que se llevaron luego a cabo en los campos de esterilización de algunos Estados de Estados Unidos, de Suecia o de Alemania, o de los campos de concentración alemanes en la época nazi. Es muy probable que estos autores se hubieran espantado al ver los resultados prácticos de sus teorías cuando unos individuos desalmados y sin escrúpulos las aplicaron hasta sus últimas consecuencias.

Pero este distanciamiento moral o afectivo ya no es tan evidente cuando, como sucede con el libro que a princi-

prios de los años 20 del siglo XX publicaron el jurista penalista Karl Binding y el médico psiquiatra Alfred Hoche, las ideas que se propugnaban coincidieron casi al pie de la letra, apenas dos décadas después, con el exterminio realmente masivo de seres humanos que se llevó a cabo en las instituciones psiquiátricas alemanas en la época nacionalsocialista. Desde luego se puede establecer sin mucho esfuerzo una estrecha conexión entre las medidas eutanásicas que se llevaron a cabo en los centros psiquiátricos de la Alemania nazi y las propuestas que hacían en su famosa monografía Binding y Hoche. De ellas se deduce claramente que ni Binding, quien murió el mismo año de la publicación, ni Hoche hubieran estado en absoluto en desacuerdo con lo que los nazis llevaron a cabo pocos años después, aplicando sus teorías casi al pie de la letra. En todo caso, sus planteamientos creaban, como dice Zaffaroni gráficamente (p.30 de su Introducción al libro de Binding/Hoche), «el pozo jurídico que se tragó a Binding y a doscientos mil pacientes psiquiátricos». Y lo mismo se puede decir de Hoche, en cuya autobiografía escrita en 1933 menciona sin problemas esta publicación, aunque posteriormente en la reedición que de la misma se hizo en 1950, se quitaron los párrafos que reflejaban más claramente su afinidad con las ideas nazis. No deja de ser curioso que en las referencias biográficas que hace a Binding Eberhard Schmidt en su «Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege», no se mencione para nada esta monografía.

Como tampoco deja de ser curioso que entre los antecedentes más inmediatos de las prácticas genocidas y exterminadoras realizadas por el régimen nazi en los campos de concentración, no se mencione el régimen de trabajos forzados, ayuno y azotes que cincuenta años antes proponía Von Liszt en su Programa de Marburgo para la inocuización de los «incurables». Desde luego, cualquiera que lea los párrafos que von Liszt dedicaba en su famosa «La idea de fin en Derecho penal» al tratamiento de los «incurables», podrá ver que el mismo en nada se diferenciaba del régimen que luego se impuso en los campos de concentración nazis, en cuya entrada, irónicamente, se decía que el «trabajo libera» («Arbeit macht frei»). Y lo que no deja de ser chocante, en todo caso, es que este párrafo de la conocida obra lisztiana haya pasado sin mayores comentarios ni observaciones críticas durante más de un siglo por toda la literatura penal que de él se ha ocupado, sin que se haya señalado el estrecho parentesco que estas ideas tienen con Leyes como la alemana del delincuente habitual de 1933, o el Proyecto que redactaron Mezger y Exner en 1943 para el tratamiento de los «extraños a la comunidad»; o incluso con leyes aparentemente menos duras, pero igualmente deplorables como la española Ley de Vagos y Maleantes de 1933, redactada por Luis Jiménez de Asúa, quien paradójicamente tuvo luego que exiliarse a Argentina, donde murió treinta años después, huyendo de la dictadura filonacionalsocialista y fascista del régimen franquista (véase al respecto mis artículos: «Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker», en *Festschrift für das 200 hundertjährige Jubiläum der Humboldt-Universität*,

Berlin 2010; y «Das Erbe Franz von Liszts», en *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010).

Todo esto se ha pretendido disfrazar algunas veces de una pretendida «asepsia científica», acompañada también, como dice Zaffaroni, de una «obcecación científica», que se preocupaba más del triunfo académico de las ideas que de las consecuencias prácticas que podían derivarse de ellas. Esto se ve muy claramente, como dice Zaffaroni, en la posición incluso arrogante que adopta Grisigni, en el libro que escribió con Mezger, cuando defiende con brillantez frente a Mezger sus tesis a favor de la peligrosidad y de las medidas de seguridad, como la mejor forma de fundamentar científicamente la esterilización forzosa de los delinquentes sexuales, sin hacer la menor reserva u observación crítica a la medida como tal. Es lo que la ciencia recomienda y punto. En esto, según Grisigni, nada tiene que decir el concepto de culpa o cualquier otra consideración moral o metafísica.

Pero, como antes decíamos, tampoco pueden excluirse determinadas actitudes de oportunismo político o incluso social. Siempre me ha extrañado que a von Liszt se le haya calificado como un «liberal de izquierda» (así Manuel Rivacoba en su prólogo a la edición española publicada en Chile de «La idea de fin en el Derecho penal», 1984, p.12/13), siendo así que toda su vida mostró una gran admiración y afinidad con los planteamientos políticos autoritarios de Otto von Bismarck, llamado el «Canciller de Hierro», y más que conocido por su ninguna simpatía con el liberalismo y mucho menos con el socialismo. Las propuestas, verdaderamente duras e inhumanas, de von Liszt sobre cómo debía llevarse a cabo la «inocuidización de los incorregibles» eran, por tanto, bastante coherentes con la ideología autoritaria bismarckiana. Pero tampoco eran menos duras las propuestas que hacía su gran rival de la época Karl Binding, quien ciertamente criticaba la fundamentación peligrosista que von Liszt le daba a sus tesis, pero al mismo tiempo proponía que la pena basada en la culpabilidad pudiera llegar, en el caso de la reincidencia, incluso a ser la de muerte para acabar, decía literalmente, «con esa ralea criminal». Y lo que, en todo caso, no parece es que a Binding le preocupara mucho la «culpabilidad» a la hora de proponer el exterminio de los seres humanos que consideraba desprovistos de valor vital («lebensunwerte Leben»), que es lo que, paradójicamente, al final de su vida parece que le interesaba más.

Es difícil saber cuáles pudieron ser las razones que llevaron a Binding a hacer una propuesta tan dura y desprovista del menor sentimiento humanitario. Es probable que las hubiera pensado toda su vida y que sólo al final se atreviera a formularlas tan abiertamente, sobre todo al ver que eran compartidas por su colega y probablemente también médico de cabecera Alfred Hoche. Pero tanto Zaffaroni (p.44), como Naucke (en la página 24 de su Introducción a la edición alemana), consideran que esta propuesta de Binding descansa, al menos en parte, en su concepción de las «Normas», a cuya elaboración había dedicado la mejor obra de su vida («Die Normen und Ihre Übertretung», en cuatro tomos aparecidos en diversas fechas), que él interpretaba

como el antecedente inmediato de la Ley penal positiva. «Normas» que en este caso autorizarían a quebrantar la «prohibición de matar» que de un modo general se incluye en las leyes penales positivas. Así, por ejemplo, considera Binding, invocando directamente la libertad como norma suprema, que el homicidio a petición no debería ser punible, igual que no lo es el suicidio mismo (véase páginas 50 y ss. de este planteamiento). Un planteamiento similar admiten hoy muchos autores invocando directamente el derecho constitucionalmente consagrado a la libertad; y algún autor como el alemán Günter Jakobs, llega incluso a decir que el homicidio a petición no es más que un suicidio en «división de trabajo» («Arbeitsteilung»), considerando que su permanencia en el derecho positivo no tiene otra justificación que la de ser un «delito de peligro abstracto», que el legislador tipifica pensando que el que no tiene fuerza para matarse a sí mismo puede que no tenga una voluntad lo suficiente madura y decidida de morir, pero sí en el caso concreto la voluntad del sujeto que no quiere vivir es clara y suficientemente madura, carece de sentido castigar a quien le ayuda a llevarla a cabo hasta el punto de producirle él mismo la muerte (cfr. Jakobs, Suicidio, eutanasia y Derecho penal, traducción de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, introducción de Muñoz Conde, Valencia 1999). Pero dejando aparte este planteamiento que puede ser discutible y discutido, Binding va mucho más lejos, y no sólo propone la eutanasia, indolora eso sí, de los que ya están a punto de morir y aquejado de graves dolores, pero ya han perdido la conciencia para solicitar que se les de la muerte (p.60 y ss.), sino directamente también el exterminio de quienes desde el nacimiento son «imbéciles incurables» o se han vuelto tales como los paralíticos en el último estadio de su vida» (p.73 ss.). Para Binding, como estas personas no pueden decidir, su «homicidio no colisiona con ninguna voluntad que deba ser quebrada..... su muerte no provoca ningún sentimiento de vacío para nadie» (lug. cit.), y acto seguido dice: «De nuevo no encuentro en absoluto motivo alguno, tanto desde el punto de vista social, como ético o religioso, para no otorgar licencia para la muerte de estos seres humanos, que configuran la horrorosa contraimagen de los verdaderos humanos y que en casi en todo despiertan un espanto que mueve a desembarazarse de ellos» (p. 74).

A partir de ahí lo único que le preocupa a Binding es determinar quiénes son las personas que pueden realizar las medidas eutanásicas, el procedimiento para llevarlas a cabo, e incluso el tratamiento dogmático que hay que darle a los casos de error, es decir, al «homicidio sin permiso de un incurable con el convencimiento de que están dadas las condiciones que lo licencian» (p. 79 ss.), a lo que no parece darle mucha importancia, pues, como dice con énfasis al final de su trabajo, después de todo «¿quién quisiera ver limitadas las aplicaciones de este bello impulso de la naturaleza humana por una referencia a ese error? (p. 82).

Como consideración final, podemos preguntarnos ¿qué valor, aparte del histórico, pueden tener hoy en días las tesis de Binding y Hoche? Es probable que si quince años más tarde los médicos nazis no hubieran llevado a cabo

de forma masiva lo que Binding y Hoche proponían en el librito que escribieron, no hubiera gozado de la popularidad que posteriormente alcanzó y su nombre apenas sería conocido más allá del estrecho ámbito de la Dogmática juricopenal alemana. El que esto no haya sido así, se debe también, a mi juicio, a que trataban un problema que ni entonces ni ahora ni nunca dejará de estar de actualidad, y que no es el otro que el del valor que tiene en sí mismo la vida humana por el hecho de serlo (al respecto véase, por ejemplo, las interesantes comparaciones entre las tesis de Binding/Hoche y los modelos eutanásicos existentes actualmente en Holanda y algunos Estados de los Estados Unidos de América que hace Juan Jesús Mora Molina, Derecho a la vida y permiso para destruir «vidas sin valor», Sevilla 2002).

En la Historia hay muchos casos en los que una teoría se ha hecho famosa muchos años después de haber sido elaborada, cuando con el tiempo se han verificado los postulados de los que partía. El «eppur si muove» de Galileo es la mejor prueba de que lo que en su tiempo se consideró erróneo o incluso una herejía, que estuvo a punto de costarle la vida a su autor, es hoy una verdad incontestable. No parece que vaya a suceder esto, sin embargo, con la tesis que en este librito propugnaron Binding y Hoche. La historia no sólo no les ha perdonado, como pretende algunos de sus biógrafos, sino que de algún modo les ha también hecho responsables de las consecuencias fatales a las que llegó el régimen nacionalsocialista cuando, en aplicación de sus ideas, puso por encima del valor de la vida y la dignidad del ser humano otros intereses puramente utilitaristas, desprovistos de cualquier contenido humanitario.

Pero tanto si los planteamientos de estos autores se debían, como dice Zaffaroni, a una pretendida asepsia científica o a la obcecación y al orgullo científicos, o, como creo yo, también al oportunismo político o social, o incluso a la moda científica del momento, lo que con ello se plantea es el problema de la responsabilidad del teórico por las consecuencias que pueden producir la aplicación consecuente de sus teorías. No se trata aquí de ninguna responsabilidad penal, o siquiera de una de tipo moral; sino de la responsabilidad en general que incumbe al que sabe que sus teorías pueden ser aprovechadas por el poder político para llevar a cabo sus objetivos, y a pesar de ello las ofrece como legitimación para, como dice Zaffaroni (p. 11 de su Introducción al libro de Binding/Hoche), «su utilización por parte de quienes siempre están atentos para pescar discursos útiles a su ejercicio del poder». Y en esto no podemos negar que Binding/Hoche eran muy conscientes de que lo que propugnaban, o de una u otra manera legitimaban, era el empleo abusivo del poder contra los que se consideraban que debían ser eliminados como una carga social, por ser seres desprovistos de valor vital. Del mismo modo que tampoco se puede negar que las propuestas de Mezger/Grispigni iban directamente dirigidas a acabar con los reincidentes, internándolos en campos de concentración; a esterilizarlos o castrarlos cuando se podía esperar de ellos «una herencia indeseable» o una tendencia sexual que les llevara cometer delitos sexuales, incluyendo entre

ellos la homosexualidad; o simplemente a eliminarlos físicamente aunque fueran menores de 18 años si su «culpa por la conducción de vida» (Mezger), o la defensa social (Grispigni) así lo requerían. El que estos autores fueran además excelentes especialistas y cultivadores del Derecho penal, no es más que la prueba de que tanto entonces, como ahora, Ciencia del Derecho penal y barbarie penal pueden estar más unidas de lo que a primera vista pudiera parecer.

Francisco Muñoz Conde

2. Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, reimpresión de la edición española de 1935, dos tomos, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010 (*).

(*) El presente texto constituye la Introducción escrita por el autor para la reimpresión del Tratado de Mezger).

El 24 de marzo de 1962 moría a la edad de 79 años en un Hospital de Göppingen el que fue el más importante penalista alemán de la primera mitad del siglo XX, el autor de este Tratado de Derecho penal, el Catedrático de la Universidad de Munich, Edmund Mezger. Con él llego a la cima una forma de entender y explicar el Derecho penal, la llamada Dogmática jurídicopenal, que había surgido con esplendor en la Alemania pujante y avasalladora tanto económica, como tecnológica y culturalmente de finales del siglo XIX. Con ella se trataba de elaborar fundamentalmente una Teoría Jurídica del Delito que sirviera como una especie de Gramática común a todos los delitos en particular. De ellos se extraen sus elementos relativamente constantes y se construye un edificio conceptual en forma piramidal, cuya base es la acción, a la que luego se le añaden, peldaño a peldaño, una serie de categorías, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y determinadas condiciones objetivas de punibilidad, que progresivamente van delimitando los diferentes niveles de imputación de la responsabilidad penal. El carácter secuencial de esta construcción en principio puramente sistemática, que ya había sido expuesta en sus características esenciales por el que fue maestro y director de la tesis de Mezger, Ernst Beling, en su fundamental obra «Die Lehre vom Verbrechen» («La teoría del delito») en 1907 y había sido continuada por Max Ernst Mayer en su Tratado de 1922, adquirió en el Tratado de Mezger una dimensión material valorativa, al poner en relación cada una de estas categorías con determinados valores y principios jurídicos, siguiendo los patrones del movimiento neokantiano que a través de la llamada Escuela Sudoccidental alemana se había introducido también en la Filosofía del Derecho merced a los trabajos de Rickert.

Para Mezger, la conducta humana, voluntariamente realizada, es el sustrato común tanto a la acción en sentido estricto, como a la omisión propia e impropia (comisión por omisión) (véase parágrafos 12, 13 y 14), Entre ella y el resultado (en los delitos de lesión) se requiere una determinada relación de causalidad en la que, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones y asumiendo

las restricciones que hacía a la misma la teoría de la causalidad adecuada, se limitan las causas que pueden considerarse jurídicamente relevantes (véase parágrafo 15). Con esta concepción jurídica de la causalidad Mezger establece las bases de lo que después se ha conocido como teoría de la imputación objetiva en la forma en que la ha elaborado y desarrollado posteriormente Claus Roxin, si bien a diferencia de lo que hace éste Mezger no ofrece criterios claros sobre lo que debe entenderse en el plano causal como «jurídicamente relevante», dejando la solución de este problema a la interpretación del sentido de los correspondientes tipos penales.

Para fundamentar la comisión por omisión u omisión impropia, es decir, la imputación de un determinado resultado a un simple no actuar, exige Mezger además la posición de garante de quien omite una «acción esperada» que debía realizar el sujeto en base a una obligación legal, asumida voluntariamente o a la creación precedente de una situación de peligro (idea de la ingerencia) (parágrafo 16).

A esta base añade Mezger la antijuricidad, entendida como la contradicción entre la acción exteriorizada y las normas objetivas valorativas del derecho. Para Mezger la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad se deriva de la diferencia entre normas objetivas de valoración, que constituyen el fundamento de la antijuricidad, y normas subjetivas de determinación, que sirven de fundamento a la culpabilidad. Las primeras corresponden a la ordenación objetiva de la vida que corresponde hacer al Derecho y se dirigen a todos los ciudadanos; mientras que las segundas se derivan de las primeras y se dirigen sólo al personalmente obligado. De ello se deriva la separación entre antijuricidad objetiva y la culpabilidad subjetiva (parágrafo 19). Pero esta separación entre antijuricidad y culpabilidad, que se corresponde con la separación entre lo objetivo y lo subjetivo, no es en Mezger tan tajante como en sus predecesores von Liszt, Beling o Marx Ernst Mayer, pues, como ya había puesto de relieve en un trabajo anterior, que constituyó la base de su Tratado, «Die subjektiven Unrechtselemente» («Los elementos subjetivos del injusto»), publicado en la revista Gerichtssaal en 1924, a veces la constatación de la antijuricidad de una conducta requiere la presencia de determinados elementos subjetivos, intenciones, tendencias, móviles, etc, sin los cuales la acción carece de relevancia penal. Sucede esto en algunos delitos como el hurto, en el que es necesario que el apoderamiento de la cosa mueble ajena se haga con ánimo de apropiación y de no mero uso: los abusos sexuales, que requieren un particular ánimo lascivo, el ánimo de injuriar en la injuria, etc (parágrafo 20). Con ello abre Mezger la puerta a una subjetivización parcial y excepcional de la antijuricidad entendida de un modo predominantemente objetivo.

La antijuricidad sólo adquiere relevancia penal, según Mezger, en la medida en que el legislador la convierta en el supuesto de hecho de una norma penal; es decir, la convierta en una conducta antijurídica tipificada en la ley penal como delito. En la construcción de Mezger, la tipicidad, cuya autonomía en la teoría del delito había acuñado Beling como una categoría meramente descriptiva, no es ya

una mera descripción neutra del suceso delictivo objetivo externo, y ni siquiera, como pretendía Max Ernst Mayer un indicio de la antijuricidad del hecho, sino la propia esencia («ratio essendi») de la antijuricidad. El delito no es ya, por tanto, la conducta típica y antijurídica, sino la conducta «típicamente antijurídica». Por tanto, el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no existe una causa de exclusión del injusto (parágrafo 22).

Pero quizás lo más relevante de esta concepción de la antijuricidad en Mezger como injusto típico o conducta humana típicamente antijurídica, es el contenido material que le atribuye como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Con ello introduce como elemento fundamental de la teoría del delito el concepto de bien jurídico, que ya había sido elaborado a mediados del siglo XIX por Birnbaum, como criterio que sirve de fundamento a la intervención del Derecho penal. La misión del Derecho penal no sería otra que la protección de bienes jurídicos, entendido como la participación de la voluntad individual o social en el mantenimiento de un determinado estado (parágrafo 25). Para Mezger el bien jurídico es además la línea directriz en la interpretación del tipo delictivo, dando lugar a la forma de interpretación que denomina interpretación teleológica. Este círculo vicioso que se produce al entender que la determinación y conocimiento del bien jurídico se logra mediante la interpretación de la ley, y al mismo tiempo es el criterio que se sirve para su interpretación, lo resuelve Mezger considerando que el concepto de bien jurídico se deduce de los fundamentos últimos del Derecho, del total complejo de cultura y de la idea racional del Derecho mismo que consiste en crear un equilibrio justo entre los intereses de la colectividad y del individuo (parágrafo 26).

De la concepción de la antijuricidad material como lesión de bienes jurídicos deduce Mezger que la misma queda excluida cuando desaparece el interés por voluntad de su titular en los casos en los que este puede disponer válidamente del mismo, o cuando se trata de salvar un interés preponderante de valor superior al que se sacrifica. Con este criterio dualista clasifica Mezger la causas de exclusión de la antijuricidad o causas de justificación entre las que suponen ausencia de interés (consentimiento) y las que suponen un interés preponderante (ejercicio de derechos y deberes preponderantes, legítima defensa, estado de necesidad) (véase la exposición de cada una de ellas en los párrafos 27 a 31). A estos principios Mezger añade un principio general de justificación derivado de la evaluación de bienes jurídicos, lo que, ante la estrechez con la que entonces se regulaba en el Código penal alemán el estado de necesidad, permitía una causa general de exclusión de la antijuricidad de carácter suprallegal que ya había admitido el Tribunal Supremo alemán para justificar el aborto realizado para salvar la vida de la madre, y que Mezger extiende al tratamiento médico curativo (parágrafo 32).

Pero quizás donde Mezger mejor refleja el punto culminante de la Dogmática jurídicopenal alemana inmediatamente anterior a la elaboración de su Tratado es en la construcción del concepto de culpabilidad (párrafos 34 a 49). La concepción clásica de esta categoría era una

meramente psicológica que se agotaba en la constatación de la imputabilidad, mayoría de edad penal y normalidad mental del autor del delito, y en la de la relación psíquica existente entre el autor y su acto, bien fuera ésta atribuible al dolo o a la culpa o imprudencia. Ésta era, por ejemplo, la concepción de la culpabilidad que mantenía en su Tratado de Derecho penal a finales del siglo XIX Franz von Liszt. Pero mientras tanto se había ido ya elaborando una construcción más refinada y ajustada a la realidad desde que Reinhard Frank en 1907 había publicado una breve monografía, «Der Aufbau des Schuldbegriffs» («La estructura del concepto de culpabilidad»), en la que consideraba la culpabilidad como un reproche que se hacía al autor del delito, teniendo también en cuenta, junto a la imputabilidad y al dolo y la culpa, sus circunstancias personales. Esto da lugar a que Mezger admita unas causas específicas de exclusión de la culpabilidad en los casos de exceso en la legítima defensa, de fuerza o coacción, estado de necesidad en caso de peligro para la vida y la salud y de obediencia debida (parágrafo 48). Esta concepción de la culpabilidad llamada normativa, había sido culminada con la introducción en la misma de la teoría de la no exigibilidad, elaborada por Goldschmidt y Freudenthal, que, en una época de crisis económica y social como fue la de la República de Weimar, tras la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial y en las condiciones humillantes que le impusieron las potencias vencedoras en el Tratado de Versalles, proponían la absolución de quienes en circunstancias extremas, por miedo, por ejemplo, a perder su empleo, se veían obligados a cometer un hecho delictivo. Mezger asume en su Tratado este planteamiento como culminación de su concepto de culpabilidad (parágrafo 49), entendiendo que el pensamiento jurídicopenal como pensamiento individualizador no puede utilizar solamente criterios formales y rígidos, sino que demanda formas que hagan posible una adaptación a las necesidades de la vida concreta.

En todo caso, Mezger considera que la culpabilidad es culpabilidad por el acto aislado; un reproche que se hace al autor del hecho típicamente antijurídico que pudo actuar de una manera distinta a como lo hizo; y rechaza expresamente que pueda haber una culpabilidad por el carácter o una culpabilidad en sí en la que el hecho delictivo sólo sea un síntoma de la misma. En el centro del concepto de culpabilidad sitúa la personalidad del sujeto consciente del fin y susceptible de ser motivado por normas jurídicas (párrafos 34 y 35), y considera la imputabilidad del autor del delito, es decir su capacidad para ser considerado culpable, como el presupuesto y puerta de entrada al concepto de culpabilidad. En esta materia destacan sus reflexiones sobre las alteraciones de las facultades intelectivas y volitivas que determinan la ausencia o disminución de la capacidad de culpabilidad, en las que acredita unos profundos conocimientos psicológicos y psiquiátricos en consonancia con el nivel de desarrollo de la Psiquiatría de aquella época (parágrafo 39).

La relación psicológica entre el autor y su acto se configura jurídicamente de dos formas: Por un lado, como dolo, caracterizado por un elemento intelectual, el cono-

cimiento de las circunstancias del hecho y la significación de su acción, y otro volitivo, consistente en la admisión en la voluntad del resultado (parágrafo 42); y, por otro lado, como culpa, entendida como infracción de un deber de cuidado que personalmente le incumbe al autor de la acción, pudiendo o debiendo prever la aparición de un resultado (parágrafo 46).

Ambas formas de culpabilidad, igual que la acción requieren un querer, pero mientras que a la acción pertenece todo lo que es efecto del querer, en el dolo y la culpa esa voluntad tiene un determinado contenido, que es expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. En esto radica la diferencia fundamental entre la construcción sistemática de Mezger y la que años más tarde propuso Hans Welzel con su teoría final de la acción, en la que como es sabido el dolo (y en parte la culpa) pasan a formar parte del tipo de injusto. Mientras que en Welzel el dolo es sólo el conocimiento (y voluntad) de los elementos de la tipicidad y de él separa el conocimiento de la antijuricidad que sigue manteniendo en la culpabilidad (teoría de la culpabilidad); en Mezger ambas clases de conocimiento son elementos integrantes del dolo, y requieren un conocimiento actual, que en el caso del conocimiento de la significación antijurídica sólo requiere un conocimiento «paralelo en la esfera del profano». Por consiguiente, para Mezger tanto el error sobre el tipo, como error sobre la antijuricidad tienen las mismas consecuencias: excluir la imputación a título de dolo y todo lo más mantener la imputación, si está legalmente prevista y se dan los presupuestos de la misma, a título de culpa (teoría del dolo) (parágrafo 44). En todo caso, la reducción de las dos fuentes de imputación subjetiva del hecho delictivo al dolo o a la culpa, lleva en la construcción de Mezger a la exclusión del Derecho penal de la pura responsabilidad objetiva y otras formas arcaicas de responsabilidad por el resultado derivadas de la construcción medieval del *versari in re illicita*.

En una Segunda Parte del Tratado (B), se ocupa Mezger de lo que llama «especiales formas de aparición del delito»: la tentativa, la participación de varias personas y el concurso de delitos. Respecto a la primera, Mezger parte de que la resolución de cometer el delito el fundamento conceptual de la tentativa, pero exige, coherentemente con su concepción material de la antijuricidad, para su punibilidad la puesta en peligro del bien jurídico, lo que a su vez requiere que hayan comenzado al menos los actos de ejecución del delito, cuyas características objetivas y diferencias con los actos meramente preparatorios deduce formalmente del tipo legal y a la vez, materialmente, del bien jurídico protegido (parágrafos 51 y 52). Esta restricción objetiva a una concepción puramente subjetiva del fundamento de la tentativa se nota sobre todo en la exposición que hace de la idoneidad de la tentativa (parágrafo 53). En contra de la tesis subjetiva que mantenía entonces el Tribunal Supremo Imperial alemán, que llevó, por ejemplo, a castigar la tentativa de aborto con medios absolutamente inidóneos o en caso de mujer no embarazada (creyendo el autor del hecho, obviamente, que lo estaba), Mezger mantiene un punto de vista objetivo, requiriendo para su

punibilidad que la tentativa sea peligrosa en relación con el bien jurídico material de que se trata, por lo que en estos casos no habría delito por «ausencia de tipo».

En relación con la participación, Mezger parte de un concepto extensivo de autor, según el cual siempre y sólo es punible el que ha causado el resultado mediante su acción. Pero igual que decía respecto a la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, la equivalencia causal de las distintas contribuciones personales a la realización de un delito, no supone idéntica valoración jurídica; de ahí que Mezger acepte, siguiendo el criterio del Código penal alemán, una ulterior distinción entre las diversas formas de autoría (directa, coautoría, autoría mediata) y participación (instigación y complicidad) (parágrafo 57). Para él, esta distinción es sólo producto de una valoración jurídica, ya que en esencia toda contribución causal al delito fundamenta la misma responsabilidad penal, y del hecho de que las formas de participación, especialmente la complicidad, tengan un tratamiento penal de menor gravedad deduce que, en el fondo, son «causas de restricción de la pena», y no, como acepta un sector doctrinal, «causas de extensión de la pena». Y esa forma de entender la participación es lo que le lleva, por ejemplo, a rechazar también aquí la teoría subjetiva que para diferenciar entre coautoría y complicidad recurría al ánimo del sujeto, si actuaba con ánimo de autor (*animus auctoris*) era tal, pero si lo hacía con ánimo sólo de ayudar (*animus socii*) era cómplice. Para Mezger la distinción se debe basar en una teoría objetiva formal, según la cual el cómplice no ejecuta la acción típica, sino sólo ayuda a su realización (parágrafo 62); pero tanto la complicidad, como la instigación o inducción son accesorias de la autoría, y, en consecuencia, si el acto principal del autor no es antijurídico y culpable, no pueden ser castigadas como tales, sin perjuicio de que pueda exigirse una responsabilidad penal en base a otras figuras (autoría mediata, tentativa, etc) (principio de la accesoriedad máxima de la participación) (parágrafo 63).

En la teoría del concurso de delitos se ocupa de tres cuestiones fundamentales: 1. ¿Cuándo existe una sola acción, y cuándo varias? 2. ¿Cómo ha de enjuiciarse una acción cuando se corresponda con varios tipos penales? 3. Como ha de enjuiciarse la pluralidad de acciones? En estas tres cuestiones se plantean las diferencias entre las diversas clases de concurso de delitos, ideal y real, y entre el concurso de delitos y el de leyes. Para la delimitación del concepto de unidad de acción, básico para delimitar las distintas clases de concurso de delitos, Mezger, tras adoptar como punto de partida un concepto de unidad natural de acción basado en un único acto de voluntad (parágrafo 66), atiende a la interpretación de los respectivos tipos penales e introduce también elementos valorativos basados en la experiencia diaria, la continuidad temporal, etc; de ello deduce que pueda haber también una unidad jurídica de acción en el caso de una pluralidad de acciones naturales. Cuando está unidad de acción jurídica da lugar a la realización de varios tipos delictivos deben tratarse como un concurso ideal, salvo que por aplicación de las reglas del concurso de leyes (subsunción, absorción, especialidad

y alternatividad), sólo uno de ellos venga en consideración, excluyendo la aplicación de los demás (parágrafos 67, 68 y 69).

La exposición de la Teoría del Delito, que constituye la Segunda Parte del Tratado, va precedida, como es lógico, de una Primera Parte, en la que trata de la Teoría de la Ley Penal, en la que además del concepto e historia del Derecho penal (parágrafos 1 a 3) y de una exhaustiva exposición de la bibliografía y del Derecho penal comparado existente en aquel momento (parágrafos 4 a 6), se ocupa de la esfera de validez espacial, temporal y personal de la Ley penal (parágrafos 7, 8 y 9), del principio de legalidad penal, con una interesante reflexión sobre el carácter de Derecho fundamental que tiene el mismo en la Constitución alemana de 1919 y su diferente enunciación en el Código penal de entonces (parágrafo 10), y de la interpretación de la ley penal, en la que le da gran importancia a la interpretación teleológica conforme a los fines del Derecho penal, lo que le lleva a introducir luego en la Teoría del Delito principios generales como el valuación de bienes jurídicos o la teoría de la no exigibilidad (véase lo dicho supra al respecto), pero rechaza en todo caso su aplicación analógica, aunque destaca las dificultades que hay para diferenciar interpretación de analogía (parágrafo 11).

El Tratado termina con una Tercera Parte dedicada a la Teoría de la Pena, más breve que las dos precedentes. En ella parte de un concepto retributivo de pena, entendido como privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable. Pero esto no es incompatible, en su opinión, con asignar a la pena el cumplimiento de finalidades de carácter preventivo general y preventivo especial, además de garantizar de manera justa los intereses del individuo, respetando su personalidad (parágrafo 75). De este modo, Mezger se sitúa en una posición ecléctica que ya en aquella época se iba imponiendo frente a la anterior «Lucha de Escuelas», que dividió a la Ciencia alemana del Derecho penal de finales del siglo XIX entre los partidarios de la retribución (Binding) y los partidarios de la prevención especial (von Liszt). No deja de ser destacable, sin embargo, que añada el respeto a la personalidad del delincuente como un fin independiente que exige que el individuo no sea castigado sino por lo que valen sus actos: «Aquí —dice— constituye el pensamiento de la retribución, al que no es inmanente en verdad nada «místico», el firme baluarte contra ataques injustificados en la esfera jurídica del particular». En consecuencia, le atribuye escasa relevancia a las medidas de seguridad, como privación de libertad adicional a la pena, basada en la peligrosidad, y aunque no descarta de lege ferenda una especie de pena de seguridad que cumpla las funciones de ambas, considera que a la conciencia jurídica del presente corresponde mejor un sistema dualista, es decir, la separación estructural entre pena y medida de seguridad (parágrafo 76).

2. Hasta aquí los aspectos que me parecen más importantes de esta completa exposición sistemática de la Parte General del Derecho penal que constituye el Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger. Ya desde su primera edición alemana, en 1931, causó un gran impacto no sólo

en Alemania, sino en otros muchos países, particularmente en España, donde el más importante y prestigioso penalista, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid, Luís Jiménez de Asúa, discípulo directo de Von Liszt y cotraductor de su Tratado de Derecho penal al español, había realizado conscientemente un giro desde sus posiciones originarias, más afines a la Política criminal e incluso a la Criminología, al planteamiento dogmático representado a su máximo nivel en ese momento por el Tratado de Derecho penal de Mezger. Ya en 1931, Jiménez de Asúa dedicó a la Teoría Jurídica del Delito, de acuerdo con estos planteamientos dogmáticos, su lección inaugural del curso en la Universidad de Madrid, y pronto se encargó su discípulo José Arturo Rodríguez Muñoz de la traducción al español del Tratado de Mezger, del que ya en poco más de un año había salido en Alemania una segunda edición (1933), que fue finalmente la que se vertió al español, apareciendo en dos tomos publicados por la editorial Revista de Derecho privado, Madrid 1935.

Pronto esta traducción se convirtió en un texto de obligada referencia para todos los penalistas de habla española, y ello no en última instancia, aparte de por los valores mismos de la obra, por la excelente traducción que de la misma llevó a cabo Rodríguez Muñoz. En ella no sólo consiguió verter claramente y en buen castellano el texto alemán, sino que además acuñó los términos técnicos que expresaban con fidelidad y elegancia los equivalentes alemanes. El ejemplo más conocido y representativo es la traducción del término alemán «Tatbestand», literalmente traducible como «supuesto de hecho», por el término español de «tipo»; y el de «Tatbestandsmäßigkeit», literalmente traducible como «adecuación al supuesto de hecho», como «tipicidad», con lo cual la definición del delito como acción «típica», antijurídica y culpable, quedaba lingüísticamente perfecta sin perder un ápice de su fidelidad al texto original.

Pero no fue éste el único mérito de Rodríguez Muñoz. Tanto o más relevante que la traducción misma fue la adición de unas agudas e inteligentes notas, en las que no sólo a veces completaba, comentaba o criticaba con observaciones propias algunas de las tesis que Mezger exponía en su Tratado, sino también, lo que fue fundamental para el nacimiento del interés por la Dogmática jurídica penal en los países de habla española, aplicando dichas tesis para resolver problemas interpretativos del Derecho penal vigente entonces en España, demostrando la necesidad y conveniencia de su conocimiento tanto en el ámbito de la docencia, como en el de la praxis del Derecho penal. A partir de esta traducción ya no hubo prácticamente en España Tratado o exposición del Derecho penal que no siguiera a veces casi literalmente los parámetros del Tratado de Mezger y las criterios que en base a él proponía Rodríguez Muñoz para la interpretación del Derecho penal español.

Pero también pronto sucedió lo mismo en la mayoría de los países latinoamericanos, aunque ello se debiera principalmente a una trágica y desgraciada coincidencia, pues poco tiempo después de la publicación del Tratado de Mezger se desencadenó en España una pavorosa Guerra civil (1936/39) que determinó el exilio de un gran número de

penalistas, encabezados por el que en aquel momento era el más importante y prestigioso y maestro de muchos de ellos, el catedrático de la Universidad de Madrid y político relevante durante la Segunda República, Luís Jiménez de Asúa. Prácticamente, todos ellos se llevaron en su equipaje como valiosa mercancía el Tratado de Mezger, y ello unido al propio prestigio de los que siguieron dedicándose en su mayoría a la enseñanza del Derecho penal en diversos países e instituciones académicas latinoamericanas, determinó que este Tratado se convirtiera en el libro de cabecera también de los penalistas del otro lado del Océano, que, igualmente que los españoles que se exiliaron o se quedaron en España, lo utilizaron como base de sus propios Tratados y exposiciones doctrinales.

3. Después de todo lo dicho, se pensará que el Tratado de Mezger debería haber seguido una trayectoria triunfante similar sobre todo en la propia Alemania, en la que en poco más de un año ya había llegado a tener dos ediciones, sobre todo si se tiene en cuenta que a principios de 1933, el año de la aparición de la segunda edición el Tratado, Edmund Mezger llegaba triunfante y en pleno apogeo académico, procedente de la Universidad de Marburgo, en donde había sido catedrático varios años, a la Universidad de Munich, como sucesor de su maestro Ernst Beling. Sin embargo, no fue así. Por razones que ahora trataré de explicar brevemente, Mezger no volvió nunca más a revisar su Tratado, del que sólo hizo una reedición inalterada en 1949, y en lugar de ello se puso inmediatamente a trabajar en otras cuestiones que al parecer le interesaban mucho más o le eran políticamente más afines. Y es que casi al mismo tiempo que Mezger tomaba posesión de su cátedra en Munich, Adolf Hitler, tomaba posesión de su cargo de Primer Ministro del Gobierno que había surgido tras unas elecciones en las que no consiguió la mayoría, pero en el que pronto, tras el incendio, probablemente provocado por los propios nazis, del Reichstag, se hizo con el poder absoluto. Es evidente que un suceso de este tipo, que en poco tiempo había de conmover la política y la sociedad alemana y la paz y la estabilidad en todo el mundo, no podía dejar de tener consecuencias para el Derecho penal y en las personas que se dedicaban a su estudio. En el caso de Mezger, pronto se dedicó a la renovación de su concepción del Derecho penal de acuerdo con los postulados ideológicos propugnados por el régimen nacionalsocialista. Por lo pronto ya en el Prólogo, fechado el 15 de octubre de 1933, el día que cumplía cincuenta años, a su «Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage» («Política criminal en su fundamento criminológico», traducida al español en 1941, también por Rodríguez Muñoz, pero esta vez sin más notas ni comentarios del traductor), reflejaba claramente cuales debían ser las finalidades del Derecho penal del nuevo régimen teniendo en cuenta que «el nuevo Estado total se construye sobre las dos ideas básicas de pueblo y raza». En consecuencia, asignaba a la pena la tarea de «exterminar (Ausmerzung) los elementos dañinos o parásitos (schädlichen) a la raza.... Pues la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no sólo directamente la forma de delinquir

del individuo, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad».

Esta afinidad ideológica con el nuevo régimen y su propio prestigio como autor del más importante Tratado de Derecho penal de aquella época, le llevaron inmediatamente a ser nombrado miembro a la Comisión para la Reforma del Derecho penal que pronto aprobó los principales textos del nuevo Derecho penal: La ley para el tratamiento del delincuente habitual, que introducía en el Código penal la medida de internamiento en custodia de seguridad por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte para los reincidentes; la admisión de la analogía como fuente del Derecho penal «conforme al sano sentimiento del pueblo»; y la esterilización coactiva, de los portadores de enfermedades hereditarias, que Mezger proponía también para los asociales y determinados tipos de delincuentes (cfr. su trabajo «Inwieweit werden durch Sterilisierungsmassnahmen Asoziale erfasst?», publicado en el tomo V de las *Mitteilungen der kriminologischen Gesellschaft*, Graz 1938, y traducido por mí y recogido como Apéndice en mi libro *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4. ed., Valencia 2004).

Paralelamente a su labor como asesor de estas reformas legales, Mezger continuó con su labor como profesor universitario y publicó diversos trabajos en los que poco a poco fue abandonando los principios acogidos en su Tratado, adaptándolos a la nueva concepción del Derecho penal.

Durante todos aquellos años, Mezger se convirtió en el gran penalista teórico del nuevo régimen, pero curiosamente sin mencionar siquiera su Tratado, sino haciendo manuales de divulgación para jóvenes estudiantes de Derecho, como el *Leifaden* (*Deutsches Strafrecht*, 1936) o el *Grundriss* (*Deutsches Strafrecht*, 1938), en los que exponía los principios básicos del nuevo Derecho penal; o publicando trabajos más profundos y extensos en los que revisaba las concepciones básicas mantenidas en su Tratado y las sustituía por otras más en consonancia con la ideología del régimen nacionalsocialista. Así, por ejemplo, como fuente última del Derecho penal, en lugar del principio de legalidad ya socavado por la admisión de la analogía, invocaba la «voluntad del Führer», que también servía para determinar el contenido material de la antijuricidad, considerando que en el futuro el Derecho penal será «un instrumento llamado especialmente en manos del Führer a configurar y conformar la voluntad política alemana. A él se le ha transmitido la formación consciente de las sanas concepciones del pueblo como una misión especial y con ello es un factor decisivo para determinar lo que se entiende por antijuricidad material» (cfr. su artículo «Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht, «La antijuricidad material en el Derecho penal futuro», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1936).

Poco a poco fue sustituyendo la concepción de la culpabilidad por el acto aislado mantenida en su Tratado, por una «culpabilidad por la conducción de vida», que servía para fundamentar la culpabilidad de quien, aunque en el momento de cometer el delito no fuera culpable, era responsable de la forma en que había conducido su vida an-

teriormente. En su importante artículo «Die Straftat als Ganzes» («El hecho punible como totalidad»), publicado en la revista más importante del Derecho penal alemán, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, propugnaba también una consideración totalizadora que superara su anterior tripartición del concepto de delito. Para terminar modificando su teoría del dolo, que exigía el conocimiento actual de la antijuricidad del hecho, sustituyéndola por una teoría de la «ceguera o enemistad jurídica», que permitía aplicar la pena del delito doloso (que podía ser incluso la de muerte), en casos en los que el sujeto ciertamente no conocía la antijuricidad de su hecho, pero debido a su actitud de enemistad o ceguera jurídica derivada de su forma de conducción de vida o de su no pertenencia a la «comunidad del pueblo», debía ser castigado como si la conociera, sobre todo si se trataba de «crímenes odiosos como el aborto, la realización de acciones homosexuales o el ultraje a la raza» (véase su artículo «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», «Error de derecho y ceguera de Derecho», publicado en el *Festschrift für Kohlrausch*, 1944).

Por todo ello no es extraño que cuando el régimen nacionalsocialista comenzó a derrumbarse, sobre todo tras la derrota en Stalingrado y la caída del frente ruso en 1943 y el desembarco de las tropas de las Potencias occidentales en Normandía en 1944, y aumentaban la conflictividad, la oposición, el disgusto y el desorden social en la población, abrumada por los constantes bombardeos aéreos, el Ministro del Interior y Jefe de las SS Heinrich Himmler y el de Justicia Thierack, pensaran en Mezger, cuya afinidad y fidelidad con el régimen nazi estaba fuera de toda duda, para darle visos de juridicidad a una de las creaciones jurídicas más monstruosas de finales del régimen nacionalsocialista: La Ley para el tratamiento de los «extraños a la comunidad», un eufemismo que inventó el propio Mezger para posibilitar el internamiento en campos de concentración junto a vagos, mendigos refractarios al trabajo, autores de delitos de poca gravedad con inclinación delictiva, reincidentes, etc, también de los disidentes y opositores al régimen; su esterilización «para prevenir una herencia indeseable», o la castración de los delincuentes sexuales, incluyendo en ellos también a los homosexuales. En esta tarea le ayudó su colega müniqué, el criminólogo Franz Exner, cuya «Biología criminal» había sido traducida al español por Juan Del Rosal, y que luego fue abogado defensor de varios criminales de guerra acusados en los Procesos de Nuremberg.

Pero Mezger fue mucho más lejos y tras defender este Proyecto de Ley ante la Academia de Derecho alemán, solicitó ante el Jefe de la Sección de las SS encargada del control de los Campos de Concentración, en marzo de 1944, visitar campos de concentración «para observar in situ los tipos de sujetos, querulantes y similares, que allí se encontraban», quedando constancia documental de que al menos visitó el campo de concentración de Dachau, uno de los más importantes y con un régimen más severo de los muchos que hubo durante el régimen nacionalsocialista.

Después de todo esto se comprenderá que Mezger tuviera algunos problemas tras la caída del régimen nacionalso-

cialista. Por supuesto, fue separado temporalmente de su cátedra y sometido a un proceso desnazificación e incluso estuvo algún tiempo detenido en Nuremberg, pero de todo ello salió prácticamente incólume. La Guerra fría había comenzado y a las Potencias occidentales, especialmente a los Estados Unidos de América, les interesaba mantener en sus puestos a los antiguos nazis que obviamente no eran sospechosos de ninguna veleidad ni concomitancia con los comunistas de los Países del Pacto de Varsovia. Así que Mezger volvió a su cátedra de Munich, recibió en 1953 un libro Homenaje con motivo de su jubilación y fue nombrado por el Gobierno de Konrad Adenauer Vicepresidente de una nueva Comisión de Reforma del Derecho penal, en la que tuvo una participación importante en la redacción del Proyecto de Código penal de 1957. Mientras tanto, publicó en 1950, como Apéndice a la tercera edición de su Tratado que había sido reeditado en 1949, una breve monografía «*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*» («Modernas orientaciones de la Dogmática jurídicopenal», traducida por mí a principios de los años 70, pero no publicada hasta el 2000), en la que con gran cinismo decía que había que retomar el estudio más profundo de la Dogmática jurídicopenal que «en los últimos años había quedado ensombrecida por su más mundana hermana la Política criminal», iniciando una polémica con su colega Hans Welzel, a quien no había prácticamente citado en los años anteriores, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en el sistema de la Teoría del Delito.

Pero sus planteamientos dogmáticos ya no tenían la agudeza y profundidad de las que había hecho gala en su Tratado. Tampoco debía de importarle mucho. Durante los años en los que estuvo separado de su cátedra, a la espera de ser «desnazificado», redactó un *Strafrecht, Kurz-Lehrbuch* (1.ed. 1948), una especie de Manual resumido de su Tratado, y otro volumen más dedicado a la Parte Especial (1. ed. 1949), que pronto se convirtió en el manual más difundido entre los estudiantes de Derecho de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, continuado todavía una década más después de su muerte por un discípulo suyo Hermann Blei, profesor en la Universidad Libre de Berlín, y que fue traducido al español en Argentina por Conrado Finzi, profesor de la Universidad de Córdoba, hijo de un penalista italiano Marcello Finzi, que tuvo que exiliarse de Italia por aplicación de la Ley antihebraica que Mussolini introdujo en Italia en 1938 a imagen y semejanza de lo que había hecho Adolf Hitler en Alemania con las tristemente famosas Leyes de Nuremberg en 1935. Por supuesto que, como la propia hija de Conrado Finzi tuvo ocasión de manifestarme personalmente, su padre jamás supo ni pudo sospechar las vinculaciones de Mezger con el régimen nacionalsocialista.

Y es que esas vinculaciones han sido probablemente el secreto mejor guardado de cuantos ha habido en la Ciencia del Derecho penal de todos los tiempos. Por eso, cuando poco a poco fui descubriendo los documentos y datos que demostraban fehacientemente la vinculación de Mezger con el régimen nacionalsocialista y con las construcciones jurídicas más aberrantes del mismo (véase al respecto

Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo a.cit), también yo me sentí sorprendido y hasta cierto punto decepcionado, porque como muchos penalistas de mi generación y de las dos precedentes, fue en su Tratado donde aprendí mis primeras y mejores nociones de la Dogmática del Derecho penal y el libro al que en aquella época recurría para resolver las muchas dudas que me asaltaban cuando poco a poco me iba introduciendo en los complicados vericuetos de la Teoría del Delito. Todavía hoy, manejo para redactar esta Introducción el cuaderno donde pacientemente, hace más de cuarenta años, fui escribiendo un resumen y las anotaciones que me iba sugiriendo la lectura de este Tratado que fue el primer libro importante de Derecho penal que compré de mi propio bolsillo en la Librería madrileña de Marcial Pons. Y fue ese libro el que me impulsó a estudiar en profundidad el idioma alemán, incluso a traducir su monografía «Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik», a formarme en aquel país; y, posteriormente, a traducir otros libros, Tratados y monografías de otros prestigiosos autores alemanes, sólo o junto con otros colegas, que al igual que yo, admiraban y conocían a la perfección el Tratado de Mezger, que seguía siendo nuestro libro de referencia, por más que ya en aquella época hubiera otros planteamientos, principalmente basados en los postulados sistemáticos de la teoría final de la acción y empezara a considerarse anticuado el causalismo de Mezger frente a la más moderna concepción finalista de la teoría del delito. Después llegaron los planteamientos funcionalistas de los Tratados de Roxin y Jakobs, salvando claro está las diferencias entre uno y otro, en los que de algún modo esta polémica se considera superada; pero todavía hoy el Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger sigue siendo un libro de obligada referencia y, desde luego, absolutamente recomendable su lectura y su estudio, porque en él que se pueden encontrar todavía muchos planteamientos que la Dogmática jurídicopenal actual sigue resolviendo igual que en su día los planteaba y resolvía Edmund Mezger en su Tratado.

Pero a pesar de lo mucho que debo en mi formación como penalista al estudio de este Tratado, creo que ha sido también mi obligación haber revelado, cuando la descubrí y volver a hacerlo ahora, la «otra cara de Edmund Mezger», que prácticamente había quedado oculta durante más de cincuenta años; su colaboración vergonzosa y entusiasta con uno de los regímenes políticos mas crueles, inhumanos y repugnantes de cuantos ha habido en las naciones civilizadas en los últimos siglos. Al sacarla a la luz, no descubro en realidad nada nuevo; sólo pongo de relieve una vez más que, como la Historia de la Humanidad enseña, ni en ésta ni en ninguna otra materia científica, la más refinada técnica, dogmática, gramatical o artística, es incompatible con la barbarie y la inhumanidad. De ello debe ser consciente también el lector de este por lo demás excelente Tratado de Derecho penal, cuya reedición me parece un acierto por el que felicito a la editorial Hammurabi y a su director José Luís Depalma.

Francisco Muñoz Conde

3. Historia contemporánea del Derecho - Juristische Zeitgeschichte, Jahrbuch 2008/2009, Thomas Vormbaum (edit.), tomo 10, editorial De Gruyter Recht, Berlin 2009, 416 págs.

En un nuevo formato, este tomo 10 del Jahrbuch aparece en la editorial De Gruyter, manteniendo los mismos niveles de calidad en sus contenidos y con la misma distribución, bajo la experta dirección de Thomas Vormbaum. En el presente tomo, tras una Introducción de Vormbaum explicando sus contenidos, se contienen diversos trabajos generales. Uno de Máximo La Torre, eminente filósofo del derecho, profesor en las Universidades de Catanzaro (Italia) y Hull (Reino Unido) y flamante Premio Humboldt de Investigación jurídica en la Universidad de Münster, sobre «Derecho y poder», en el que hace una serie de reflexiones sobre este interesante tema a raíz del atentado del 11 de septiembre del 2001. A él le siguen sendos trabajos de Johann Braun, de Passau, sobre la filosofía de Radbruch y sus famosos «Cinco minutos de Filosofía del Derecho»; de Stephan Schuester, también de Nassau, sobre la evolución hacia la europeización del derecho a partir de 1945; de Loredana Garlati Giugni, sobre el sistema de penas en la Legislación josefina; de Martin Phlmann, sobre la evolución del Derecho polaco y de Gerit Thulafaut, sobre la Ley de plenos poderes que le permitió a Hitler y al partido nacionalsocialista hacerse con el poder pleno en Alemania ya desde el 23 de marzo de 1933, fecha de aprobación de dicha Ley.

En la sección dedicada al Forum sobre Historia contemporánea del Derecho, se contienen tres trabajos de Wolfgang Graf Vitzthum, de Tübinga, sobre la oposición y la resistencia a Hitler en el caso de los hermanos Stauffenberg y la influencia que tuvo en los mismos y en la Ciencia del Derecho y el Estado el poeta Stephan George. En la sección dedicada a Biografías se contienen un trabajo del penalista italiano, Giorgio Marinucci, sobre el penalista italiano de la posguerra Giuseppe Bettiol; otro del penalista brasileño, discípulo de Roxin, afincado en Munich como asistente de Schünemann, Luis Greco, quien hace un interesante análisis de la obra de Luigi Ferrajoli; y otro de Otmär Jung sobre el jurista alemán Arnold Freymuth.

En la sección dedicada al acontecer actual de la Política del Derecho y de la Justicia hay un trabajo de Robert Chr. Van Ooyen, de Lübeck, en el que se hace un análisis desde diversos puntos de vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, y otro de Máximo La Torre sobre la tortura.

En una sección independiente se contienen diversos trabajos constitutivos de las ponencias presentadas en la reunión anual de la «Associazione Franco Bricola» sobre Seguridad y Derecho penal, en la que intervinieron con sus respectivas ponencias Máximo Donini, Modena, y los conocidos penalistas de la llamada Escuela de Frankfurt, Wolfgang Naucke, Cornelius Prittwitz, Winfried Hassemer y Klaus Lüderssen.

El tomo termina con una sección llamada Judaica, en la que se contienen un trabajo de Hannes Ludyga, Munich,

sobre la legislación alemana del siglo XIX sobre los juicios, y otro de Daniela Tafari. Bologna, sobre Kant y la cuestión judía.

En general, el presente volumen sigue la tónica ya manifestada en los anteriores, con el mismo nivel científico, pluralidad de puntos de vistas entre los diversos autores, con especial relevancia de los autores italianos, con los que Vormbaum tiene una estrecha relación, pero también de otros países, entre los que esta vez falta desgraciadamente algún representante del ámbito hispano.

Francisco Muñoz Conde

– **Journal der Juristischen Zeitgeschichte, 3/2009, 1/2010**, editorial De Gruyter Recht., Berlin.

También en la misma línea de su hermano mayor, el presente cuaderno, el tercero del 2009, contiene un trabajo del filósofo del derecho italiano Massimo La Torre sobre el terremoto de Messina en 1908 y las repercusiones jurídicas del mismo, y otro de Paul Tiedemann sobre la evolución del derecho de asilo en Alemania en los últimos sesenta años. Tras un informe sobre las actividades del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de Kart Dieter Müller, siguen los informes sobre un foro habido en Münster sobre los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn (Mathias Lehner, Münster); sobre el Fiscal general Kart Hafner (Von Lanzanauer, Baden-Baden); sobre la legislación italiana contra los delinquentes extranjeros (Alberto Di Martino, Pisa) y sobre la película alemana de la posguerra «Rosas para el Fiscal», en el que se narra la impunidad en la que siguieron viviendo sobre todo en el ámbito de la Administración de Justicia, Jueces y Fiscales, que habían colaborado con el nacionalsocialismo (la película, que tuvo gran éxito, fue, sin embargo, mal vista por los dirigentes políticos de la época, a los que obviamente disgustaba que se removieran sucesos en los que muchos de ellos habían participado activamente) (Gerhard Pauli, Hagen).

En la sección de bibliografía se contienen interesantes recensiones de libros de Wiegend (Elementos de democracia directa en la historia de la Constitución alemana), de Lamprecht (¿Puede el Estado torturar para salvar la vida de otros?), de Schumman (edit.) (Sobre continuismo y rupturas, en el nacionalsocialismo y en la posguerra), de von Stechov (La ley para la lucha contra la competencia desleal de 1896) y de Hollerbach (Sobre el historiador del Derecho y Juez constitucional, Julius Federer).

El número 1 del año 2010 de este Journal aparece ya en el nuevo formato que le ha dado la nueva editorial De Gruyter. Siguiendo la tónica ya marcada tanto en el Jahrbuch como en este Journal, de ampliar el interés a la Historia contemporánea del derecho en otros países fuera de Alemania, el presente cuaderno contiene sendos artículos de los profesores japoneses Keiichi Yamanaka, de la Universidad Kansas de Osaka, sobre la figura del importante penalista japonés de la posguerra Ryuichi Hirano; y de Minuro Honda, de la Universidad Rizeumeykan de Kyoto, sobre la

evolución de la Lógica jurídica en el Japón anterior a la Segunda Guerra Mundial. Suzanne Klein escribe un artículo sobre la libre Asociación de los abogados en Hannover, donde se plantea el tema de la colegiación versus la libre asociación de estos profesionales del Derecho.

En el tradicional Informe sobre la actividad del Tribunal Constitucional de Karlsruhe Kart Dieter Müller hace una serie de interesantes consideraciones sobre las repercusiones que puede tener en el Derecho penal alemán la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de Estrasburgo que declara contraria al principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables la ley que se hizo en Alemania, refrendada por su Tribunal Constitucional, para aplicar con efecto retroactivo la medida de internamiento de seguridad a sujetos que no habían sido condenados a la misma en el momento de la sentencia.

En la sección llamada Forum hay un Informe de Kathrin Rentrop sobre unas Jornadas celebrada en Rendsburg en septiembre del 2009 sobre Literatura, Derecho y Releición; otro de Klaus Schaefer sobre el Proceso contra Otto John, y una breve nota biográfica de Matthias Blazer sobre Roland Freisler, llamado el «Juez sangriento» («Blutrichter»), uno de esos «Juristas terribles» («Furchtbare Juristen») del Tercer Reich, que en su función de Presidente del Volksgerichtshof condeno a muerte en los últimos años del nazismo a más de dos mil personas por actividades diversas contrarias al régimen. El tristemente famoso personaje murió en febrero del 1945 durante un bombardeo de los Aliados en Berlin, cuando estaba presidiendo uno de los juicios contra los acusados del Golpe de Estado contra Hitler del 20 de julio de 1944.

En la bibliografía se contienen recensiones de diversos libros, como la Introducción a la Historia del Derecho, de Stephan Meder; la Historia de la Constitución de la República Federal de Alemania, de Jörn Pisen; el Renacimiento de la Política del Derecho en el Estado social de Derecho, de Brigitte Zypries (editora); El valor de la dignidad humana, de Christian Thies (editor); las Sentencias en materia penal del Tribunal Imperial Alemán (Reichsgericht), recopiladas por Werner Schubert; y el regreso del exilio del jurista judío Hans Lamm, de Andreas Sinn.

Francisco Muñoz Conde

– **Walter L. BERNECKER/Sören BRINKMANN, Memorias divididas, Guerra civil y franquismo en la sociedad y la política españolas, 1936-2008**, traducción de Marta Muñoz Aunión, Madrid 2009, 369 páginas.

En estos últimos años la recuperación de la llamada «Memoria histórica» en España no sólo ha desatado gran interés dentro del propio país, sino también en muchos observadores extranjeros, buenos conocedores de la Historia reciente de España, que no acaban de comprender cómo un tema que de algún modo se ha ido resolviendo sin demasiados problemas en los países en los que también hubo dictaduras oprobiosas, llenas de crímenes y graves abusos

de los derechos humanos, no acaba de asumirse con naturalidad y objetividad en muchas partes de la sociedad española. Algunos dicen que esta actitud de rechazo a investigar y conocer puede deberse al miedo a resucitar los fantasmas del pasado y perjudicar la reconciliación entre los españoles tan difícilmente conseguida a través de una transición democrática cuajada de peligros, de silencios cómplices y de olvidos lamentables del sufrimiento de las víctimas de una tan larga como oprobiosa dictadura. Pero otros consideran que este rechazo se debe más bien a que la dictadura nunca fue vencida, a que el dictador murió en su cama dejándolo todo, como el decía, «atado y bien atado», y a que los cambios operados a partir de la transición no fueron más que una operación de maquillaje para que las estructuras de poder político y económico creadas por el franquismo o que fueron apoyadas por él, siguieran ocupando un papel hegemónico, haciendo los cambios indispensables para que, como decía Lampedusa, el autor de «El gatopardo», «todo cambiara para que todo siguiera igual».

En definitiva, como se indica en el título de este libro «Memorias divididas», la actual actitud de los españoles ante este tema se encuentra dividida entre la de los que, por un lado, no quieren recordar nada más que lo que les conviene, dejando en la penumbra o en el olvido total las barbaridades que se cometieron en la dictadura franquista; y la de los que a toda costa quieren que se sepa la verdad de lo ocurrido y se restablezca el honor y la dignidad de las víctimas y sus herederos, reconociéndolas expresamente como tales e indemnizándolas al menos moralmente por el daño que sufrieron.

Pero antes de llegar a esta conclusión, los autores de este libro, Walter L. Bernecker y Sören Brinckmann, profesores de Historia contemporánea en la Universidad alemana de Erlangen-Nürnberg, acometen una amplia revisión de la historia de España desde la Guerra civil hasta los primeros intentos de recuperación oficial de la Memoria histórica con la Ley del mismo nombre aprobada en el 2008 y el intento del Juez Baltasar Garzón en el mismo año de abrir las fosas comunes y las zanjas en caminos y cruces de carreteras en las que aún están enterradas millares y millares de las víctimas de la represión franquista.

El libro constituye una excelente exposición, apoyada en un selecto material documental y bibliográfico, de los últimos setenta años de la historia española. De forma concisa, pero densa y con meticulosidad germánica, se van analizando los orígenes de la Guerra civil, los conflictos sociales en la II República, la ideología de los bandos enfrentados, el papel de la política internacional y de la Iglesia católica, la revolución social, y las consecuencias de la guerra: La división entre los vencedores y vencidos, representando cada uno de ellos dos versiones diferentes de España y obviamente después dos memorias diferentes, divididas..

Obviamente la que predominó y se convirtió en verdad oficial fue la versión que dio el bando vencedor, que impuso su particular memoria histórica, ocultando sus crímenes a los que llamó actos de liberación, y creando

una iconografía y estética muy particular al servicio de un culto exagerado a la personalidad del dictador, al que se llamaba Caudillo (mala de traducción del término utilizado por lo nazis de «Führer» y del de «Duce» utilizado por los fascistas italianos para denominar a sus jefes). Todo ello fomentado a través de una literatura panegirista, del cine y de unos medios de comunicación completamente dominados por el régimen de los vencedores; y, por supuesto, acompañado por una terrible represión asesina, que ciertamente se dio en los bandos mientras duró la guerra, pero que después se prolongó y se endureció en la posguerra y prácticamente mientras duró toda la dictadura hasta el final de la misma, aunque con distintos niveles de represión según las épocas y la coyuntura internacional. Bernecker y Brinckmann ofrecen, por ejemplo, en el capítulo II datos aterradores sobre los niveles de crueldad que alcanzó la represión en la posguerra, con las purgas y los fusilamientos masivos, los campos de concentración, las prisiones y los trabajos forzados, sobre todo en unos años llamados con razón «los años del hambre», en los que principalmente entre los pertenecientes al bando de los vencidos la falta de alimentos básicos y la proliferación de enfermedades como la tuberculosis o el tifus hicieron verdaderos estragos. La indeferencia ante esta situación de los demás países europeos sumidos en esa época en una guerra de destrucción mutua, y la legitimación ideológica y moral que brindó a los vencedores la Iglesia católica, con su calificación de la Guerra civil como una «Cruzada», y llevando bajo palio al dictador cuando hacía su entrada en un recinto religioso, hicieron que éste se sintiera a sus anchas y con todo el tiempo del mundo para desencadenar el terror entre los vencidos que bastante tenían con sobrevivir.

Mientras tanto la dictadura fue fabricando sus propios mitos y símbolos, como la batalla de Belchite, o el Alcazar de Toledo, y para perpetuar esa memoria construyó el monumento faraónico del Valle de los Caídos que había de servir de mausoleo final al dictador, quien yace todavía allí bajo una pesada loza granítica.

Todo esto puede parecer a muchos ahora casi la Edad Media, pero cuando se ven las dificultades que hubo en la transición hacia la democracia tras la muerte del dictador, los intentos soterrados y abiertos de frenarla con diversas maniobras, incluyendo intentos de Golpe de Estado como el ocurrido el 23 de febrero de 1981, se comprende por qué en aquel momento ni los más importantes opositores al régimen franquista, muchos de ellos arrojados al exilio durante más de treinta años o encerrados en las cárceles franquista también durante muchos años, no pensaron en aquel momento en otra cosa que en poder salir de la clandestinidad, poder concurrir a unas elecciones libres y democráticas y llegar por esta vía incluso a conseguir el poder, lo que, por fin, sucedió siete años después de la muerte del dictador con el triunfo del Partido socialista obrero español en las elecciones del 20 de octubre de 1982.

Mientras tanto los herederos del régimen franquista se habían legitimado democráticamente y consiguieron que se aprobara una Ley de Amnistía que aparentemente se hizo para sacar de la cárcel a los que habían luchado contra

la dictadura y habían sufrido por ello severas penas, pero que en el fondo sirvió, y según algunos todavía sirve, para garantizar la impunidad de los que desde los aparatos de poder de la dictadura habían cometido los más graves crímenes durante años y años. El costo que esto supuso para los partidos políticos de izquierda fue sin duda excesivo, pero quizás necesario para poder salir del agujero negro en el que habían estado metidos durante cuarenta años.

No obstante, a partir de entonces también empezaron, según los autores de este libro, los primeros intentos para reivindicar la memoria en la sociedad española, aunque, con razón, fijan estas reivindicaciones más en el plano historiográfico académico y en el de las vivencias y recuerdos personales de los perdedores, que en el político, que vergonzosamente se desatendió completamente del asunto. Estas reivindicaciones de la recuperación de la memoria se acentúan sobre todo a partir de 1996, fecha en la que la derecha vuelve al poder tras las elecciones de marzo de ese año. A partir de ese momento, la polarización política genera nuevos enfrentamientos ideológicos que, según Bernecker y Brinkmann, resucitan el interés por el conocimiento del pasado y la recuperación de la memoria. En ello ven una ruptura de la reconciliación entre los españoles que puede ser discutible. Es verdad que el recuerdo de las crueldades del pasado puede hacer surgir entre los que las padecieron o sus descendientes un cierto sentimiento de revanchismo, pero no es menos cierto que la mayoría lo entiende como un acto de justicia para que se les reconozca como víctimas y no se deje en el olvido su sufrimiento, por más que los que lo produjeron ya no vivan o no estén en condiciones de responder penalmente por sus hechos, porque, como decía algún autor respecto a las víctimas del nazismo, «negarles a las víctimas su condición de víctimas es una forma de volver a asesinarlas».

Finalmente, los autores se plantean si se puede hablar de una «normalización» de la recuperación de la memoria de la Guerra civil y de la represión franquista, y su respuesta es claramente escéptica, sobre todo a la vista de la polémica que suscitó la aprobación de la Ley de Memoria histórica y de las insuficiencias y deficiente aplicación de la misma. Insuficiencias que llevó recientemente a un Juez español muy conocido a promover, con competencia o sin competencia para ello, la apertura de un proceso penal contra los golpistas de 1936 por delito de genocidio y de crímenes de Lesa Humanidad y en consecuencia a ordenar la apertura de las muchas fosas en las que todavía yacen enterradas miles de víctimas de aquella masacre. Los autores de este libro llegan hasta justo ese momento en el que el famoso Juez comenzó a iniciar este proceso. Si hubieran conocido las consecuencias que ha tenido este intento en la carrera profesional de ese Juez y la división que ha provocado en muchos estamentos de la sociedad española, hubieran sin duda confirmado el escepticismo que muestran al final, cuando señalan las dificultades que este tema tiene en España para ser planteado con objetividad. Quizás libros como éste, escritos por especialistas extranjeros con la suficiente distancia y la objetividad científica que les da su buena preparación como historiadores, puedan contri-

buir a algún día a restablecer la verdad, no como venganza contra nada ni contra nadie ni como instrumento para hacer resurgir los viejos enfrentamientos que llevaron a la comisión de tantos crímenes, sino simplemente como un acto de expiación o de limpieza que todo pueblo necesita para conociendo su historia, evitar que esta se repita.

Francisco Muñoz Conde

– **Guillermo PORTILLA**, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo, El Tribunal Especial para la represión de la Masonería y el Comunismo*, Editorial Comares, Granada 2009, 321 páginas.

Entre los muchos engendros jurídicos que creó el régimen de la dictadura franquista tras la Guerra civil que suscitó el Golpe de Estado y la Rebelión contra la II República, probablemente el más repulsivo fue el Tribunal Especial para la represión de la Masonería y el Comunismo creado por Ley de 1 de marzo de 1940. Inspirado por un penalista tan mediocre, como Isaías Sánchez Tejerina, catedrático de Derecho penal entonces en la Universidad de Salamanca, donde pronunció la Oración (sic) inaugural del curso 1940/41 sobre «El Glorioso Alzamiento Nacional como un caso de legítima defensa colectiva», este monstruoso instrumento legal se utilizó para condenar tras un simulacro de juicio, sin ninguna garantía, a severas penas, que iban desde largas penas de prisión, a cuantiosas multas y confiscación de bienes, y, por supuesto, a penas de inhabilitación profesional, separación de servicio, etc, que, en definitiva, constituían una verdadera «muerte civil», a quienes habían pertenecido a alguna logia masónica o habían ocupado cargos en la misma.

Junto a esta Ley hubo otras contemporáneas, incluso aún más duras, como la de Responsabilidades Políticas de 9 febrero 1939, y la Ley de Seguridad del Estado de 29 marzo de 1941, además de las correspondientes disposiciones del Código de Justicia militar y el Código penal común; todas ellas aplicadas por Tribunales de excepción y militares.

En este marco jurídico se llevó a cabo un verdadero exterminio de todos los que habían mostrado algún tipo de afinidad ideológica, simpatía o simplemente habían desempeñado puestos o funciones públicas o políticas al servicio de la legítima II República, que finalmente fue derrotada en la Guerra civil. Como bien señala Guillermo Portilla en el título de esta obra, todas estos instrumentos legales al servicio de la represión estaban claramente inspirados en un Derecho penal de autor, tan caro a los penalistas alemanes nazis, en el que lo importante no es lo que el sujeto hace, sino lo que es; es decir, su actitud subjetiva o ideológica, sus creencias y sus convicciones más íntimas y arraigadas, aunque lo que hagan sea inocuo en sí mismo o no sea constitutivo de delito alguno. Se trataba, pues, de lo que hoy se llamaría un Derecho penal «sui generis», en el que todo vale con total de acabar con el enemigo, excluyéndolo jurídicamente y eliminándolo físicamente.

Esta concepción se refleja sobre todo en la represión de la masonería, porque tratándose como se trata de una opción de tipo puramente ideal, sin preconizar ninguna doctrina política específica y siendo compatible con cualquiera que respete valores humanitarios elementales, no puede criminalizarse más que en base a una valoración moral del hecho de ser masón, es decir, como una descalificación de la persona como tal por lo que es, y no por lo que haya hecho o podido hacer.

Naturalmente, la primera pregunta que se hace Guillermo Portilla y que se hace cualquiera que tenga interés en el tema es por qué esa inquina, ese odio especial contra un grupo de personas, que en su mayoría eran intelectuales, profesionales liberales, catedráticos, incluso militares y altos dirigentes políticos de ideología liberal y republicana, pero no extremistas ni favorecedora de posturas de este tipo. Guillermo Portilla intenta contestar a esta pregunta en el capítulo IX analizando las distintas razones que impulsaron a la persecución penal de la masonería y el comunismo. En el fondo, señala Portilla, se trata del enfrentamiento entre una concepción nacional católica, inspirada por la Iglesia Católica y los sectores más conservadores y reaccionarios, y otra completamente diferente republicana y laicista, inspirada en principios liberales con matices sociales más o menos avanzados. Para los sectores más reaccionarios del bando vencedor la masonería era el «enemigo interno» más peligroso para el «Nuevo Estado»; un enemigo al que había que abatir y erradicar de la vida ciudadana, política y funcional, con todos los medios posibles. Esta actitud venía reforzada por la condena que tradicionalmente había realizado la Iglesia católica, que veía en la masonería el enemigo principal de sus privilegios y su principal competidor en la orientación hacia una enseñanza laica, moderna, pluralista, arraigada en valores democráticos y racionales. La influencia notoria de la Iglesia católica en el nuevo régimen (que dio lugar al llamado Nacional-catolicismo) hizo revivir la antigua Inquisición que a través de la denuncia y de la delación que realizaban los párrocos sobre las personas que en sus diócesis se conocían como miembros de alguna logia masónica, se convertía en el factor decisivo para condenar con mayor o menor gravedad a los denunciados. En el Apéndice documental impresionante que se añade al final de esta obra se refleja claramente la importancia que tenían en esta labor represiva contra los masones los informes y denuncias de los párrocos, que forzaban retractaciones de los masones o matrimonios religiosos con las personas con las que convivían maritalmente para informar favorablemente una rebaja de la pena.

A este odio hacia los masones contribuyó también el destacado papel que algunos destacados miembros de la masonería, como Diego Martínez Barrios, Gran Oriente Español, habían desempeñado en la política durante la Segunda República, a quienes se les culpaba de haber incitado algunos sucesos, como la quema de Iglesias y un ambiente de anticlericalismo generalizado que ellos veían, reflejado en gestos como la retirada de los Crucifijos en las escuelas, el voto favorable a la expulsión de los jesuitas o

del Cardenal Segura, etc. En todo caso, esta importancia política de la masonería fue, en opinión de Portilla, exagerada por los vencedores para justificar su represión.

Pero esta exageración es aún más palpable en la vinculación que se hizo en aquella época entre Judaísmo y Masonería. Como bien señala Portilla, esto se debe a la creación imaginaria de una especie de conjura internacional que, muy en la línea de la propaganda nacionalsocialista para justificar la agresión alemana a la Unión soviética, se llamó la «comunidad judeo-masónica-comunista»: El antisemitismo era obviamente una tradición en la Iglesia católica, que desde la Edad Media, y concretamente en España desde la expulsión de los judíos decretada por los Reyes Católicos a finales del siglo XV, había hecho de la persecución de los judíos su principal objetivo para la limpieza étnica y religiosa, de la que se encargó con fruición y espectacular crueldad el Tribunal de la Inquisición. Sin embargo, en un país con una comunidad judía de escasa relevancia, la vinculación entre masonería y judaísmo sonaba más a slogan publicitario, probablemente con miras a congraciarse con el antisemitismo genocida del régimen nacionalsocialista, que a una verdadera vinculación, y así lo demuestran, como dice Portilla, las escasas resoluciones y documentos judiciales y de la Fiscalía en las que hay referencias a esta vinculación, más como una fórmula retórica que como un hecho probado.

Más interesante es la relación que se estableció en Masonería y Enseñanza, en la medida en que efectivamente un buen número de maestros y sobre todo profesores de Universidad eran masones o mostraban simpatías con las logias masónicas, o con la Institución de Libre Enseñanza. Para la depuración en la Enseñanza de los elementos masónicos se crearon, además, unas Comisiones que eliminaron de la Universidad y de la enseñanza en general en base a sus vinculaciones con la masonería a gran número de maestros y prestigiosos catedráticos.

Pero donde llegó el más exagerado paroxismo de la obsesión por eliminar a los enemigos del nuevo régimen fue en la vinculación de Masonería y Comunismo, que dio lugar al nombre que se le dio a este Tribunal. Guillermo Portilla destaca que hasta febrero de 1942 no se creó un Juzgado especial dedicado específicamente a la persecución del comunismo, y que sólo más adelante se generalizaron y se hicieron frecuentes los procesos contra los comunistas aplicando penas de 12 años y más por pertenencia al Partido comunista o grupos políticos afines. El hecho de que algunos ya hubieran sido Juzgado anteriormente por otros Tribunales, demuestra que la actividad represiva generaba problemas de competencia y hasta una permanente infracción del principio *ne bis in idem*, de lo que Portilla recoge numerosos casos. En todo caso, ello suponía sanciones muy duras que iban desde los 20 años a la prisión perpetua. La represión de los comunistas fue sustituyendo progresivamente a la de los masones, entre otras cosas porque a diferencia de la masonería, el Partido comunista siguió de algún modo operando con más o menos fuerza en la clandestinidad durante toda la dictadura, llegando a ser prácticamente el único frente de resistencia hasta casi

el final de la misma. Otra cosa es que a los que el régimen franquista consideraba y condenaba como comunistas no eran muchas veces mas que personas contrarias a la dictadura que luchaban por la vuelta a un sistema democrático y de libertades, como fue, a pesar de sus muchos fallos e imperfecciones, la II República.

En los anteriores capítulos del libro, Portilla hace un brillante y bien documentado estudio del contexto legal en el que se creó el Tribunal de Represión de Masonería y Comunismo, de los antecedentes del mismo y de la influencia que tuvo en su creación el catedrático de Derecho penal, Sánchez Tejerina. Pero además Guillermo Portilla hace, en base a un abundante material jurisprudencial extraído directamente de las actas de los juicios, muchas de las cuales se reproducen íntegras en un Apéndice documental al final del libro, un excelente análisis técnico jurídico del contenido de esa ley, de los tipos penales, de las circunstancias agravantes y atenuantes (entre las que se contaba especialmente la delación y la retractación, medios característicos del sistema inquisitorial), de las penas y los recursos, de los principios criterios inspiradores de la misma y de la aplicación que de ella hizo el Tribunal especial. Tras toda esta tramoya revestida de una mínima apariencia de juricidad se ocultaba todo un sistema de represión y exterminio de los que se consideraban los principales enemigos del nuevo régimen, los masones y los comunistas, por el mero hecho de serlo, aunque no hubieran cometido ningún delito y aunque sus afiliaciones ideológicas o partidista no fueran delictivas en la época de la República. Sin siquiera saberlo el dictador y los que ideológica y materialmente lo apoyaban, la Iglesia Católica, los grandes capitalistas y terratenientes, los sectores más conservadores y reaccionarios de la sociedad española, habían creado un perfecto modelo de «Derecho penal de autor», tal como preconizaban entonces los más prestigiosos penalistas alemanes nacionalsocialistas, que en España tuvieron en aquella época fervorosos partidarios entre algunos catedráticos de Derecho penal; un modelo que hoy algunos denominarían (y quizás legitimarían como algo necesario e inevitable para luchar contra otros «enemigos») como un «Derecho penal del enemigo».

En resumen, un gran libro que, a pesar de su densidad documental tanto en el texto como en el Apéndice, se lee con facilidad. Pero también una gran investigación histórica que demuestra cuántas fueron las barbaridades que se cometieron en aquella época y el pesado manto del silencio y el olvido intencionado, pero incomprensible sobre todo a partir de la terminación de la dictadura, que ha recaído sobre ellas.

Por eso, para evitar el olvido y hacer justicia a las víctimas de tanta barbarie, este tipo de trabajos de investigación histórico jurídica, son cada vez más importantes y necesarios. Y es saludable y esperanzador ver cómo en los últimos años algunos jóvenes penalistas españoles, sensibles con estos temas están dedicando una buena parte de sus esfuerzos investigadores a realizar este tipo de trabajos. Creo que el siguiente paso debe ser conseguir una declaración de nulidad de todos aquellos juicios celebrados en

base a esos engendros jurídicos y el resarcimiento siquiera moral de los que los padecieron; porque no se trata ya de los crímenes cometidos por unos cuantos desalmados, descontrolados o formando parte de grupos ilegales, sino de una represión genocida directamente ejercida por los órganos del propio Estado, creados específicamente para llevar a cabo esta misión. Para ello libros y estudios como el que hace Guillermo Portilla pueden servir de base inestimable y de gran ayuda para establecer la verdad histórica, tan maltratada y manipulada por los que cometieron entonces aquella barbarie y por los que hoy, a pesar del tiempo transcurrido, todavía prefieren ocultarlas o correr sobre ellas un tupido velo en aras a una supuesta política de reconciliación, sin duda deseable, pero que nunca podrá conseguirse ocultando un pasado tan terrible como el que se describe en este libro.

Francisco Muñoz Conde

– Eric HILGENDORF (editor), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* (La Ciencia del Derecho penal de habla alemana en autobiografías), De Gruyter Verlag, Berlin 2010, 724 páginas.

Una de las más relevantes manifestaciones del resurgir de la Ciencia alemana del Derecho, después del vendaval de barbarie que la sacudió durante el régimen nacionalsocialista, es sin duda el enorme desarrollo que adquirió la Dogmática del Derecho penal tras la Segunda Guerra Mundial, en los años 50 y 60 del pasado siglo. En la discusión entre la concepción causalista del delito y la finalista iniciada a principios de los años 50, los penalistas alemanes, muchos de los cuales habían colaborado fervientemente con el régimen nazi, encontraron un terreno libre aparentemente de connotaciones políticas y lo suficientemente abstracto como para no tener que enfrentarse ni responder a incómodas preguntas respecto a su pasado más reciente. Los jóvenes penalistas que sólo vivieron como niños o adolescentes durante el régimen nazi y sufrieron los avatares y terribles sucesos de una guerra de destrucción que dejó las principales ciudades alemanas completamente ruinas y al propio Estado alemán dividido en dos Estados independientes políticamente enfrentados, se formaron, como se puede ver claramente a través de estas autobiografías, en esa discusión puramente sistemática; una polémica sin duda elevó el nivel de la elaboración dogmática del Derecho penal a sus más elevadas cimas, pero que ignoró completamente otras cuestiones igualmente importantes para la elaboración de un Derecho penal conforme a los principios de un Estado social y democrático de Derecho.

Algunos de estos jóvenes penalistas, sin renunciar a su formación dogmática, redactaron ya como Profesores de Derecho penal a mediados de los años 60 un Proyecto alternativo (Alternativ-Entwurf) con el que más allá de los planteamientos puramente dogmáticos, procuraban acercar la Ciencia del Derecho penal a la realidad social, política y económica de un país que afortunadamente ya nada

tenía que ver con el régimen nazi, y claramente miraba al futuro sin los complejos o sentimientos de culpa encubiertos respecto al pasado nazi que tenían los de la generación anterior, aunque sin abandonar los patrones tradicionales trazados ya a principios del siglo XX por las figuras señeras de Beling, Von Liszt, Radbruch, o Binding. Pero todos mostraron, en general, el alto nivel y la seriedad científica característica de la Ciencia alemana en el tratamiento de los problemas más importantes, dogmáticos y políticocriminales, que plantea el Derecho penal.

En este volumen se contienen las autobiografías de los penalistas más destacados de esa generación de la posguerra que con distintas orientaciones y tendencias académicas e ideológicas elevaron la Ciencia alemana del Derecho penal al más alto rango internacional: Gunther Arzt, Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Diethelm Kienapfel, Karl Lackner, Ernst-Joachim Lampe, Klaus Lüderssen, Werner Maihofer, Wolfgang Naucke, Claus Roxin, Hans-Ludwig Schreiber, Friedrich-Christian Schroeder, Günter Spandel, Günter Stratenwerth, Klaus Tiedemann, Herbert Tröndle y Ulrich Weber. También hay una biografía de Theodor Lenckner.

Es imposible en esta breve recensión dar cuenta de los avatares de cada uno de ellos por separado, y sería injusto mencionar a algunos o destacar algunas autobiografías y no hacerlo con otras. Muchos de ellos son además archiconocidos en el ámbito jurídico penal hispano parlante, principalmente a través de las traducciones que se han hecho de sus Tratados y más importantes monografías y de sus frecuentes visitas y giras de conferencias en España y en muchos países latinoamericanos. Entre ellos destacan los nombres de Jescheck, Roxin, Tiedemann, Stratenwerth, Hirsch, o Eser. Otros no lo son tanto, pero son sin duda igualmente grandes penalistas que también han ejercido gran influencia en los penalistas de las siguientes generaciones hasta el momento presente.

Tampoco es ahora el momento de hacer una análisis pormenorizado de las distintas autobiografías en las que sus autores exponen sus vivencias de su niñez y juventud en la guerra o en la inmediata posguerra y las difíciles circunstancias familiares, económicas y académicas que les tocó vivir, hasta ir alcanzado poco a poco la normalidad de una carrera académica y profesional que les llevó a la más alta consideración y estima científica nacional e internacional. En todo caso, con la lectura de las distintas exposiciones se pueden entender mejor las discusiones y rencillas académicas que como en el ámbito académico de otros muchos países, dieron lugar no sólo a enfrentamientos científicos, sino también personales, claramente visibles en algunas de las autobiografías.

En general, hasta bien entrado los años 80 en plena Guerra Fría, e incluso después de la Reunificación y la Caída del Muro de Berlín, en la República Federal de Alemania casi todo el mundo mostraba un fuerte sentimiento anticomunista que se reflejaba sobre todo en una actitud de desconfianza, de recelo y miedo, e incluso de desprecio hacia la República Democrática Alemana y la Unión So-

viética, pero también un enorme interés en distanciarse del régimen nacionalsocialista, al que achacan casi todos los males que sacudieron a Alemania en la posguerra. Pero curiosamente este distanciamiento del régimen nazi no llevó a denunciar abiertamente a quienes habían colaborado con los nazis, quienes todavía durante muchos años siguieron ocupando puestos importantes en el mundo académico, político y económico, hasta que fueron desapareciendo paulatinamente por razones biológicas. Como señala Bernhard Schlink en un comentario sobre la transición política alemana, en aquella época en la República Federal de Alemania hubo por lo que respecta al pasado nazi «ruptura en los contenidos, pero continuidad en las personas». Esto último quizás pudo deberse en parte a una actitud de respeto hacia las viejas figuras, pero también al miedo, en una época en la que podía ser peligroso mencionar siquiera el pasado nazi de gente tan importante. También entre los penalistas de la generación de la posguerra, tal como se deduce de las autobiografías que se contienen en este libro, predominan esos sentimientos contradictorios. Pero en casi todas las autobiografías se observa el gran interés que todos tenían ya desde su juventud en mirar al futuro, en olvidar el pasado y, sobre todo, en restablecer el prestigio de la Ciencia y la Universidad alemanas, a través de un trabajo callado, paciente y constante que, poco a poco, a través de los años, hizo que fuera recuperando su autoestima y su prestigio nacional e internacional. Una actitud que no sólo en el Derecho penal, sino en otras ramas del Derecho y del mundo académico, científico, económico y cultural, fue la que hizo que paulatinamente Alemania levantara el vuelo, de nuevo pujante, cual Ave Fénix, desde las cenizas y las ruinas en las que la había sumido el nacional socialismo y la derrota y la destrucción en la Segunda Guerra Mundial.

Para quien quiera conocer a fondo la evolución de la Ciencia alemana del Derecho penal de los últimos 50 años la lectura de las autobiografías de estos grandes maestros del Derecho penal es absolutamente recomendable y seguramente le servirá para entender mejor las cuestiones que hoy en día se debaten en el ámbito científico, legislativo y jurisprudencial tanto en Alemania, como a nivel mundial.

Francisco Muñoz Conde

4. HACIA LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA CAPITAL, Luis Arroyo/Paloma Biglino/William Schabas (eds.), presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, tirant lo blanch 2010, 565 págs.

La lucha contra la pena de muerte es, como dice Yorke en esta obra, «una historia de nunca acabar», porque aunque son cada vez más los países *abolicionistas*, su aplicación en algunos países *retencionistas* es bastante prolija, sin olvidar a aquellos países *abolicionistas* cuyos políticos de tiempo en tiempo aluden a ella como una solución a sus problemas de criminalidad grave. En este contexto, en 2008, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Za-

patero demandó a los países *retencionistas* para que apoyen un periodo de moratoria y participen en un proceso de reflexión sobre el sentido y fin de esta pena. Una de las prioridades de la presidencia española de la Unión Europea, es lograr una moratoria universal de la pena de muerte como el primer paso para conseguir su abolición definitiva, y para ello, tal como lo anunció el Presidente en su intervención en el Coloquio Internacional por la abolición universal de la pena capital que en esta obra se recoge, se están llevando a cabo una serie de iniciativas que pretenden reforzar la creciente corriente internacionalista que pugna por extender la abolición de la pena de muerte.

En este coloquio, organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, se constituyó la «Red académica internacional por la abolición de la pena capital» cuya génesis la explica, en la Sección introductoria, SIMONE ROZÉS, presidenta honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social. Uno de los objetivos de la Red impulsada por el profesor JOSÉ LUÍS ARROYO ZAPATERO, Director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de la Universidad Castilla la Mancha, es poner a disposición de la comunidad Internacional los materiales académicos de mayor relevancia dirigidos a la abolición o moratoria de la pena de muerte.

La obra, que constituye una muestra de este compromiso, se divide en cuatro secciones. Después de una sección introductoria, la primera está dedicada al estudio de la pena de muerte en las regiones de Europa, América, Asia y África. En la segunda sección se recogen los trabajos sobre la pena de muerte desde la perspectiva de las regiones, culturas y valores; la tercera, a la cooperación judicial internacional; la cuarta, a la pena de muerte en el derecho militar y en tiempos de guerra; la quinta, a los supuestos especiales de restricción de pena de muerte; para terminar, unas reflexiones que a modo de epílogo realiza Bonifacio de la Cuadra, periodista del diario El País.

En la Sección introductoria, WILLIAN SHABAS, Director del Centro Irlandés de Derechos Humanos, analiza los esfuerzos de Naciones Unidas en su lucha contra la pena de muerte. Así, nos explica cómo en algunos casos, las disposiciones que limitan o prohíben la pena de muerte se incluyen como parte de los Tratados, Convenios o Protocolos. En otros casos, la lucha contra la pena de muerte se ha traducido en Resoluciones especiales como, por ejemplo, las emitidas por la Comisión de Derechos Humanos en sus reuniones anuales de 1968, 1997 y 2000. Sin olvidar la exclusión de la pena de muerte de los Estatutos de los Tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, y del Tribunal Penal Internacional. Shabas también nos da cuenta de que la Unión Europea patrocinó, junto a otros países, la resolución sobre la moratoria contra la pena de muerte, que fue aprobada con gran controversia por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2007 y ratificada en noviembre de 2008. PETER HODGKINSON, SEEMA KANDELIA Y LINA GYLLENSTEN, del Centro de Estudios sobre la Pena Capital de la Universidad

de Westminster de Londres, examinan y critican las distintas estrategias adoptadas con objeto de abolir la pena capital. En este contexto, ofrecen métodos que allanen el camino hacia su abolición, recomendando, entre otras cuestiones, la aplicación de moratorias, la reforma del proceso penal, así como alternativas a la pena de muerte.

La Sección dedicada a Europa comienza con el trabajo de JON YORKE, de la Universidad de la Ciudad de Birmingham, sobre la evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa. Sobre la premisa de que Europa es un «área libre de pena de muerte», el Consejo de Europa está promoviendo enérgicamente la visión de que no hay lugar para la pena de muerte en la vida de los europeos. Ello se refleja en el hecho de que, a los nueve países signatarios del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en 1950 se oponían a la pena de muerte, se les unieron cuatro más hasta 1981, entre ellos España. A partir de ese momento, puede afirmarse que no ha hecho falta ninguna declaración oficial por parte del Consejo para que toda Europa occidental haya rechazado colectivamente la posibilidad de imponer la pena de muerte por delitos comunes. Y ello, por la revolución penológica que se produjo como consecuencia de la asunción del papel y responsabilidad de los Estados con respecto a la protección del derecho a la vida de sus habitantes. Sin embargo, como bien advierte Yorke, la lucha contra la pena de muerte es la «historia de nunca acabar», porque la tendencia puede cambiar cuando se confronta con cuestiones difíciles de vida y muerte, y una posible opinión pública que pide la pena de muerte cuando suceden crímenes horribles, razón por la que el discurso abolicionista ha de repetirse a cada generación en cada Estado miembro del Consejo de Europa. En esta misma idea insiste STEFANO MANACORDA, de la Universidad de Nápoles II, en su trabajo sobre la abolición de la pena capital en Europa; precisamente porque las fragilidades del marco convencional y la resistencia a su adopción integral dificultan la consolidación definitiva de la prohibición de la pena de muerte. GIORGIO MARINUCCI, de la Universidad de Milán, hace un análisis sobre los procesos habidos en Italia y en otros países europeos para abolir la pena de muerte. El trabajo de Marinucci nos puede servir para entender las repercusiones que ha tenido la Resolución de la ONU sobre la moratoria de la pena de muerte a la que se refería Schabas. Así, después de realizar un interesante análisis de la situación en EE.UU., sobre todo tras la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Baze vs. Rees*, del desalentador panorama que se observa en otros países como China, Irán, Pakistán, etc., y del silencio cómplice de la jerarquía de la Iglesia católica; Marinucci se cuestiona que en estos países «el principio del fin» de la pena de muerte este próxima a llegar. La sección termina con un trabajo de SVETLANA PARAMONOVA, del Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional de Friburgo, en el que analiza la trascendente decisión del Tribunal Constitucional de Rusia sobre la imposibilidad de aplicar la pena de muerte incluso tras el plazo transcurrido de la moratoria prevista para enero de 2010. En opinión de la autora, esta decisión supone una garantía firme de que existe

una tendencia hacia la no aplicación de la pena de muerte equiparable a un régimen constitucional legítimo que lleva a un proceso irreversible hacia su abolición.

La Sección dedicada a América comienza con un interesante trabajo de IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, de la Universidad de Salamanca, en el que como continuación de un artículo que publicó en 1975, examina la legislación vigente sobre la pena de muerte en los Códigos penales iberoamericanos. Nos da cuenta de que, si bien la mayoría de los países iberoamericanos han abolido la pena de muerte, aún existen otros en los que lamentablemente sigue estando vigente y otros que pretenden implantarla para determinados delitos. A pesar de esta situación, Berdugo nos recuerda que hay que tener en cuenta que en Latinoamérica, desde 2003, no se han producido ejecuciones en virtud de una sentencia judicial. SERGIO SALOMÃO SCHECAIRA, del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, presenta una panorámica de la pena de muerte en Brasil. El autor nos acerca a la dramática realidad que se vive en Brasil generada por la «pena de muerte informal». Es decir, el exterminio silencioso de pobres, negros, favelados, en general, de las personas más desfavorecidas en manos de la policía. El ex Juez y antiguo Presidente de la Corte interamericana de Derechos Humanos, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, se ocupa de la actuación de la Corte interamericana de Derechos Humanos ante la pena de muerte. Analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo adicional y su aplicación en la jurisprudencia de dicha Corte, y los esfuerzos que se han venido realizando para frenar los intentos de recuperar o ampliar los supuestos de pena de muerte por parte de algunos países parte. NOAMI NORBERG, de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne, realiza una panorámica de los antecedentes de la pena de muerte en Estados Unidos y su evolución jurisprudencial. Se observa que el apoyo de la opinión pública a la pena de muerte se reduce cuando personas ajenas al sistema judicial han demostrado la inocencia de personas condenadas a esta pena. Los dos siguientes trabajos también hacen un estudio pormenorizado de la pena de muerte de sus respectivos países. Así, JUAN F. MATOS DE JUAN, Presidente de la Comisión contra la pena de muerte del Colegio de Abogados de Puerto Rico, analiza la paradójica situación que se presenta en Puerto Rico. A pesar de que la Constitución de este país prohíbe expresamente la imposición de la pena de muerte desde 1952 por la peculiar relación política entre Puerto Rico y Estados Unidos de Norteamérica, los portorriqueños están sujetos a varias leyes de este país que contemplan la imposición de la pena de muerte por delitos cometidos en territorio portorriqueño. JOSÉ HURTADO POZO, de la Universidad de Friburgo, denuncia la actitud populista y fundamentalista de algunos políticos peruanos al plantear el restablecimiento de la pena de muerte para diferentes delitos graves. Por ello, insiste en la necesidad de que, además de preocuparnos por la abolición de la pena de muerte, es conveniente combatir también las circunstancias materiales e ideológicas que constituyen el terreno de cultivo de las tendencias favorables a la pena de muerte.

En la Sección dedicada a Asia se presentan trabajos sobre la pena de muerte en Japón y China, dos países que no sólo mantienen la pena de muerte en sus legislaciones sino también son los más prolijos en ejecutarla. KANAKO TAKAYAMA Y MARÍA VERÓNICA YAMAMOTO, de la Universidad de Tokio, analizan la pena de muerte en Japón. Las autoras nos dan cuenta del mayoritario apoyo por parte de la opinión pública a favor de la pena de muerte, así como el incremento de las ejecuciones. LU JIANOING, de la Universidad Normal de Beijing, contribuye a la obra con un estudio que forma parte de un importante proyecto de investigación nacional sobre los derechos humanos y la reforma del sistema de la pena de muerte en China. La sección termina con un estudio de SHIZOU WANG, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Pekín, sobre los esfuerzos contemporáneos en China para la abolición de la pena de muerte. Al igual que Lu Jianoling, considera que la abolición de la pena de muerte no es posible en China. Aunque en el período actual se han producido determinadas reformas penales que tienden a limitar las ejecuciones inmediatas como, por ejemplo, la pena de muerte con suspensión de dos años, la introducción de un procedimiento de verificación de la pena de muerte, la exclusión de la ejecución inmediata para los menores de 18 años y para las mujeres embarazadas, etc.; la mayor dificultad de reducir el número de ejecuciones se encuentra en la opinión pública, ya que para la mayoría del pueblo chino, una vida se paga con otra.

Una visión global sobre la pena de muerte en África ofrece LILLIAN CHENWI, investigadora de la Universidad de Pretoria. La mayoría de las naciones de los Estados africanos prevén la pena de muerte y sólo una cuarta parte de ellos la ha prohibido en sus textos legislativos o en la práctica. La Comisión africana, creada para promover y proteger los derechos reconocidos en la Carta africana, es una de las principales organizaciones en la lucha para erradicar la pena de muerte en el continente africano. Esta Comisión aprobó una Resolución en 1999 en la que se insta a los Estados a considerar el establecimiento de una moratoria de las ejecuciones. Ha creado un grupo de trabajo sobre la pena de muerte para el desarrollo de planes estratégicos, incluyendo un marco legal y práctico sobre la abolición de la pena de muerte.

La Sección dedicada a religiones, culturas y valores comienza con un trabajo de ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, de la Universidad del País Vasco, en el que aborda el tema de la victimología y esperanzada hermenéutica filosófico-teológica de la pena capital. El profesor Beristain se muestra de acuerdo con el discurso abolicionista que persigue que a todos los delincuentes se les reconozca el derecho a la corrección, pero insiste en la necesidad de que, además de ello, hay que tener en cuenta que el derecho a seguir viviendo debe ser también para poder reparar, dignificar y rehabilitar a sus víctimas. De la muerte como castigo en la Sahría se ocupa CHERIF BASSIOUNI, de la Universidad DePaul de Chicago. Después de realizar un exhaustivo estudio de la Ley Islámica Sharia basada en el Corán y en la Sunna. Teniendo en cuenta que la Sharia sólo prescribe

la pena de muerte para determinados delitos, los Estados musulmanes pueden reducir los casos a los que aplican la pena de muerte manteniendo la coherencia con la Sharia, por lo que el establecimiento de la pena de muerte para otros delitos es una elección política, más no emanada de la Sharia. GENEVIÉVE GUIDICELLI-DELAGÉ, de la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne, se ocupa de cuestiones muy actuales en las sociedades europeas: del suicidio y la libre cuestión de disponer de la propia muerte. Examina el rechazo a los cuidados, el suicidio, el suicidio asistido y la petición de la eutanasia, y los problemas que plantea la reivindicación de un derecho a morir con dignidad. En la aportación de MARIA ZELIA DE ALVARENGA Y OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES, de la Universidad Pontificia de Sao Paulo, vienen a demostrar que la pena de muerte no es sostenida ni por la mística griega ni por la democracia moderna. En su estudio analizan que si bien la ley del talión se mantuvo en Grecia durante la edad media, ésta fue erradicada con la llegada de tiempos en los que los derechos humanos eran respetados. A partir de un estudio comparado entre la democracia de la Grecia Antigua y la democracia moderna, concluyen que la pena de muerte es incompatible con la concepción moderna de la democracia sentada sobre la protección de los derechos fundamentales del hombre. La aportación que hace el ex Ministro de Justicia de Argelia, MOHAMMED CHARFI, sobre diplomacia y política internacional en la lucha contra la pena de muerte, está en sintonía con la de Bassiouni. Charfi, parte de la premisa que el derecho, a través de sus normas objetivas, no puede producir cambios sociales sin que previamente exista un consenso social, y la consecución de éste consenso depende en gran medida del tipo de sociedad de la que se trate, y sobre todo, del derecho penal que aplique. Así, en los países musulmanes en los que se aplica el Derecho penal clásico, el consenso político para abolir la pena de muerte e incluso decretar su moratoria sólo es posible si previamente se alcanza un consenso religioso. Mientras que, en los países musulmanes en los que se aplica el Derecho penal positivo al estar desvinculados de la Sharia, sólo hace falta el consenso político. Charfi, insiste en la idea que también está presente en otros trabajos: que no basta abogar por la abolición de la pena de muerte, sino que es necesario buscarle un sustituto creíble o pertinente.

En la sección sobre cooperación judicial internacional podemos encontrar los trabajos de dos miembros del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad Castilla La Mancha. El primer trabajo de ADÁN NIETO, sobre la cooperación judicial en la Unión Europea como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos, analiza el art. 19,2 de la Carta Europea de Derechos fundamentales y su aplicación en el caso *Soering*. Adán Nieto sostiene que las principales consecuencias de la sentencia del TEDH en el caso *Soering*, son la configuración de un nuevo modelo de

cooperación judicial respetuoso con los derechos humanos, y la facultad de exportar los derechos fundamentales de un sistema a otro. Sin embargo, Nieto cree equivocado reducir a la pena de muerte la importancia de los derechos fundamentales, por lo que propone un modelo de cooperación judicial que pueda servir para cualquier otra forma de cooperación que integre tres niveles: la protección de derechos fundamentales, la sanción eficaz de los delitos transnacionales y las relaciones internacionales.

Para reforzar la facultad de los Estados miembros de la Unión Europea de negar la extradición, ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN, propone de lege ferenda, utilizar la vía de la iniciativa popular prevista en el Tratado de la Unión, a fin de impulsar una legislación en la que se plasme la prohibición de la extradición de personas sobre las que pueda recaer la pena de muerte, o en caso de que ya se encuentre bajo la jurisdicción de un estado *retencionista*, la Unión Europea utilice todos los mecanismos disponibles para impedir la ejecución de la pena, e incluso medidas de tipo comercial.

En la sección de la pena de muerte en el derecho militar y en tiempos de guerra, JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBO-RA, de la Universidad de Valparaíso, realiza un estudio sobre la pena de muerte en la filosofía jurídica y en los derechos penal y militar, e internacional penal.

En la sección dedicada a los supuestos especiales de restricción de pena de muerte, PILAR TRINIDAD NÚÑEZ, de la Universidad Rey Juan Carlos, analiza si la prohibición de la pena capital de los menores de dieciocho años en el derecho internacional, es un indicio o supone el paso previo hacia la abolición de la pena de muerte. De la aplicación de la pena de muerte para los traficantes de drogas se ocupa JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, de la Universidad del País Vasco. En este trabajo, el autor demuestra que ni razones de justicia centradas en la retribución de los hechos cometidos, ni de prevención inspiradas en criterios de utilidad, son suficientes para justificar el empleo de la pena de muerte para los delitos relativos al tráfico de drogas.

El epílogo del libro está cargo de BONIFACIO DE LA CUADRA, ex corresponsal jurídico del Diario el País, quien reflexiona sobre el compromiso del gobierno español en la lucha contra la pena de muerte, las consecuencias de la inexistencia de una norma que prohíba la pena de muerte de los enfermos mentales, y sobre la propuesta de Manacorda de establecer, a nivel europeo, un «derecho fundamental del ciudadano a no ser entregado allí donde su vida corra peligro». De la Cuadra termina recordando a Marino Barbero quien defendía la idea de que la solución definitiva vendrá cuando «llegue un día en que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste en matar».

Juana del Carpio Delgado
Universidad Pablo de Olavide