

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 las 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 Grispigni, 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 delinquentes 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 Grispigni/Edmund Mezger, «La riforma penale 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 mí 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 Grispigni, 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 mí 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 penal nazional socialista», de Grispigni 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 Grispigni/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 Grispigni y Mezger. Cualquiera que lea los artículos contenidos en «La reforma penal nacionalsocialista», 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, Grispigni 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 Rütters, reseña 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 (Rütters, 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 Grispiigni, 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 Grispiigni era una simple defensa o manotazo del peligrosismo 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 Grispiigni. 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 mí, 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 Grispiigni 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 Jerusalen 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-

pios 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 filo nacionalsocialista y fascista del régimen franquista (véase al respecto mis artículos: «Franz von Liszt als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker», en Festschrift für das 200 hundertjähiges 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 delincuentes 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 «inocuización 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 si 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 lo 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