

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

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 las 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 supralegal 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 «típica», 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 jurídicopenal 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, pensaron 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 muniqués, 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 nacionalsocialista.

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 jurídico-penal», 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 jurídico-penal 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 más 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 en 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 Tubinga, 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 Esado 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 Otmar 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,