

Bibliografía



Bibliografía

NUEVAS NOTAS BIBLIOGRÁFICAS SOBRE LA VIDA Y OBRA DE EDMUND MEZGER (Gerit THULFAUT y Eugenio Raúl ZAFFARONI)

THULFAUT, Gerit: Continuidad en la dogmática del derecho penal ¿un “problema personal”? La carrera de Edmund Mezger (*)¹

I. Datos biográficos

En marzo de 1962 el conocido penalista Hermann BLEI terminaba su nota necrológica sobre su respetado maestro Edmund MEZGER con las siguientes líneas:

“Pero la enumeración de las sociedades científicas de las que fue miembro y alto dignatario, de todas las funciones en las que sirvió a la ciencia y a las personas, y de todo lo externo en general que de él salió y a él volvió, no puede describir la enormidad de la pérdida, que deploramos: la fama póstuma del maestro ilustrará los Anales de la Ciencia —el dolor por el hombre lo tenemos que llevar en silencio—”².

¿Quién fue este Edmund MEZGER tan apreciado; cual es la “fama póstuma” que le corresponde y de la que yo tengo que “ilustrar” a este auditorio?

Efectivamente, no se haría justicia a la influencia que Edmund MEZGER ha ejercido en la evolución del Derecho penal del siglo XX, si sólo nos limitáramos a enumerar asépticamente los datos de todos los puestos que ostentó y de las socieda-

des a las que perteneció dicho maestro del Derecho penal durante la República de Weimar, el Tercer Reich y la República Federal. Ya una breve exposición de las más importantes estaciones de su vida abre la perspectiva de una carrera académica peculiar —sólo imaginable en sus momentos extremos más extraños en la cambiante historia del “Siglo de Auschwitz”³.

En los años 20, el Catedrático de Derecho Edmund MEZGER, nacido en 1883, se convirtió gracias a sus trabajos sobre el descubrimiento de los elementos subjetivos y normativos del tipo de injusto y a su valioso análisis de la problemática de la culpabilidad y el error en uno de los más reputados dogmáticos del Derecho penal de la República de Weimar. Mientras que en los años treinta, el mismo Catedrático, que entretanto se había trasladado a Munich, discutía con juristas como Roland FREISLER la configuración política del Derecho penal del Estado nacionalsocialista y representaba la Alemania totalitaria en el Primer Congreso Internacional de Criminología celebrado en Roma en 1938. Entre las tareas emprendidas por él a finales del verano de 1944 se contaba además su participación en los cursos de formación continuada para comentar las últimas novedades de la legislación proyectada por los nacionalsocialistas —como la “Ley de extraños a la comunidad”— debida a una iniciativa de las SS.

La segunda mitad de los años cuarenta, en la que la actividad docente de MEZGER estuvo provisionalmente obstaculizada por la intervención

(*) Dr. Gerit THULFAUT, colaborador científico del Institut der Juristischen Zeitgeschichte de la FernUniversität Hagen, y abogado en Hagen. Traducción de Francisco MUÑOZ CONDE. La versión original “Kontinuität in der Strafrechtsdogmatik. Ein ‘personelles Problem’? Vom Karrierweg des Edmund Mezger”, se ha publicado en Gerhard PAULI/Thomas VORMBAUM (comp.), *Justiz und Nationalsozialismus-Kontinuität und Diskontinuität*, Berlín 2003. En este volumen se recogen las ponencias presentadas en la Reunión de Especialistas (Fachtagung) que tuvo lugar la Academia de Justicia de Renania Wetsfalia, en Recklinghausen, el 19 y el 20 de noviembre del 2001.

¹ La vida y la obra de Edmund MEZGER son también objeto de una tesis doctoral del autor (“Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962). Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung”, Baden-Baden 2000). (Véase las reseñas y comentarios a la misma aparecidas en alemán y traducidas por Francisco MUÑOZ CONDE, en Algunas notas bibliográficas sobre Edmund MEZGER, en *Revista Penal*, n.º 12, 2003, NT).

² BLEI, JR 1962, p. 175.

³ Sobre lo que sigue, cfr. THULFAUT, *Kriminalpolitik u. Strafrechtslehre bei E. MEZGER*, p. 5 ss.

del Gobierno militar americano, la aprovechó el Catedrático de Derecho para preparar un notable "Comeback": MEZGER, cuyo extenso Tratado de 1932, de un nivel verdaderamente alto, fue de nuevo publicado sin modificaciones en 1949, se convirtió en uno de los principales comentaristas y coeditor del "Leipzigiger Kommentar". Al mismo tiempo preparó una nueva obra sobre Fundamentos de la Criminología, que apareció en 1951. Pero a partir de 1954 le quedó a MEZGER poco tiempo para sus publicaciones: fue nombrado Vicepresidente de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal creada, ya en la época democrática, por el Gobierno Federal de Adenauer. La dogmática de MEZGER se consideró después como la concepción espiritual del Proyecto de Código penal de 1960 que surgió del trabajo de esta Comisión⁴. También en el ámbito de la Criminología fue de nuevo reconocido el trabajo de MEZGER: en 1951 fue elegido Presidente de la "Kriminologische Gessellschaft" que de nuevo había sido fundada y lo mismo que en 1938 representó a Alemania en el Congreso de Criminología que tuvo lugar en Roma en 1958. Pero la influencia más importante del Catedrático de Munich en la actualmente más antigua generación de juristas se debe probablemente al enorme éxito de sus "Studienbücher" ("Libros de Estudio") sobre Parte General y Parte especial el Derecho penal, que dominó la formación de los juristas en Derecho penal en los años cincuenta y sesenta y que luego tras la muerte de MEZGER fueron continuados por su discípulo Hermann BLEI hasta los años 80.

II. ¿Pluridimensionalidad?

Entre los primeros que se plantearon la difícil tarea de valorar el trabajo de toda una vida, interdisciplinario y por encima de las circunstancias políticas del Catedrático de Derecho penal, se encuentran los responsables del Libro Homenaje que se le dedicó con motivo de su 70 cumpleaños, los Profesores Reinhart MAURACH y Karl ENGISCH. En opinión de estos autores la impresionante carrera y la extraordinaria capacidad vital del catedrático de Munich se debía a la "pluridimensionalidad" de su trabajo⁵. Pero ¿qué es lo que lo dio al trabajo de MEZGER esa cualidad y

cómo le ayudó en todo caso esa especial disposición de su interés científico para estructurar su carrera académica de forma continua y aparentemente independiente de los sistemas políticos?

1. De la "concepción dinámica del delito" a los "tipos de autor"

Si se pone uno a buscar las características de esa especial universalidad del trabajo de MEZGER, es útil mirar otras descripciones que se han hecho de su vida. El diario "Süddeutsche Zeitung" consideraba que MEZGER había sido uno de los primeros, "que vinculó la ciencia de la Criminología al Derecho penal y elaboró sus principios filosóficos"⁶. Esta valoración del "Süddeutsche Zeitung" no es la única: todavía en la actual edición de su Tratado de Criminología, el internacionalmente famoso criminólogo Joachim SCHMEIDER menciona a MEZGER como uno de los "pioneros de la Criminología"⁷.

¿Merece, por tanto, el trabajo de MEZGER ese atributo de "pluridimensionalidad", porque supo incluir de una forma más enérgica de lo que hasta entonces había sucedido los conocimientos criminológicos de su tiempo en el sistema por lo demás relativamente rígido y poco flexible de las leyes penales?

Ya a finales de los años veinte había MEZGER desarrollado una teoría del delito, que el mismo calificaba como "concepción dinámica del delito". Con ella buscaba hacer fructíferos para la Criminología tanto la entonces floreciente biología constitucional, como también los conocimientos del aún joven psicoanálisis.

Lo importante para él era sobre todo el conocimiento de que había delincuentes, que en base a su constitución hereditaria estaban configurados de otro modo y así permanecían el resto de sus vidas de forma diferente a los demás. La consideración de esta determinante genética debía a su juicio dar la medida para el tratamiento de los "incurables". Ella era la que para MEZGER, ya en 1928, justificaba su "eliminación de la sociedad humana"⁸.

MEZGER hubiese podido integrar esos conocimientos ya al final de los años veinte en su teoría de la culpabilidad. Como partidario de la teoría normativa de la culpabilidad acentuó siempre la

4 KLUG, NJW, p. 1336 (1937).

5 MAURACH/ENGISCH, *Mezger-Festschrift* (1954), p. VII.

6 Edición n.º 239, de 16 octubre 1953.

7 SCHNEIDER, *Kriminologie* (1987), p. 928.

8 MEZGER, *MschKrim* tomo 19, p. 393.

existencia de "elementos caracterológicos de la culpabilidad"⁹. Pero ante el Derecho vigente, conforme al cual la existencia de la culpabilidad dependía de una determinada relación psicológica del autor con su hecho (dolo o imprudencia), vio MEZGER el contenido lógico de la culpabilidad en asegurar que la acción punible tuviera que valorarse como exteriorización jurídicamente desaprobadada de la personalidad del autor. Para provocar consecuencias penales para el delincuente, el delito tenía que ser, en opinión de MEZGER, "adecuado" a su personalidad, algo que la ley presumía en el dolo y en la imprudencia. Pero, por su parte, MEZGER consideraba que esa presunción legal era sólo adecuada, si la personalidad del delincuente estaba estructurada de tal manera que fueran aplicables a la misma criterios categóricos de esa naturaleza. La "teoría de la adecuación" patrocinada por MEZGER tenía que fundamentar, por tanto, la esencia de la culpabilidad en la adecuación a la personalidad del delito y en la adecuación social de la personalidad del delincuente¹⁰. La personalidad del delincuente jugaba ya para MEZGER en aquel entonces un papel decisivo en el enjuiciamiento de la culpabilidad.

Pero ¿cómo ayudó a MEZGER esta por lo menos bipolar estructuración de su trabajo científico a continuar con éxito su carrera también después del 30 de enero de 1930, el día que Hitler tomó posesión de su cargo? Si se observan las "carreras vertiginosas" que hicieron algunos colegas más jóvenes que MEZGER en la mitad de los años treinta, se ve inmediatamente que había determinados "perfiles de exigencia" que imponían los nuevos detentadores del poder a la teoría de los dogmáticos del Derecho penal de aquel entonces.

Entre los penalistas que se distinguieron de forma especialmente exitosa como portaestandartes de la marcha triunfal del "Derecho penal nacionalsocialista", destacan Georg DAHM y Friedrich SCHAFFSTEIN, que hace poco murió altamente respetado a la edad de 96 años. Ambos coincidieron en la Universidad de Kiel y desempeñaron allí sus puestos de catedráticos entre 1935 y 1939. Pronto fueron considerados como representantes de una corriente del Derecho penal basada en las nuevas corrientes políticas y conocida públicamente con el nombre genérico de "Escuela de Kiel". Su aspiración principal consistía en rechazar la tradicionalmente rígida vinculación al tipo,

y comprender el suceso por la vía de una "visión esencial"¹¹, de una consideración total de la esencia del delito y del delincuente¹².

¿Cómo reaccionó MEZGER ante esta evolución? Las exigencias de la "Escuela de Kiel" le dieron a MEZGER la oportunidad de darle una mayor relevancia práctica a sus trabajos sobre la teoría de los tipos de autor. Una perspectiva como ésta posibilitaba extraer la consideración del delincuente del ámbito de la determinación de la pena y situarlo en la teoría del delito. MEZGER comprobaba ahora que en última instancia en todo tipo legal se contenía el intento de crear con ayuda de unos pocos elementos de la tipicidad la imagen de un grupo vivo de tipos de delincuentes¹³. El contenido de su teoría de la adecuación, según la cual la culpabilidad y la pena eran mayores, tanto más el delito se correspondía con la personalidad del delincuente, le parecía idéntico al planteamiento de la nueva teoría penal de los tipos, en la que por ejemplo un hurto o un incendio eran tanto más graves, cuanto el delincuente fuera "conforme a su esencia" un ladrón o un incendiario. De ahí dedujo MEZGER que el concepto de culpabilidad no debería en el futuro referirse más a hechos concretos, sino a formas de vida.

Para MEZGER este tipo de planteamiento representaba una posterior confirmación, ya que después de todo había sido de entre sus colegas el que más se había ocupado en el pasado de la investigación criminológica de la personalidad. Si ya sus investigaciones sobre la concepción "dinámica" del delito habían tenido siempre, de acuerdo con la concepción del Derecho penal dominante en aquel entonces, un carácter interdisciplinario, ahora se habían convertido en el centro de gravedad de la teoría del delito. ¿Por qué tenía precisamente él, que tanto se había destacado en la "modernización" del Derecho penal con la descripción de los componentes subjetivos y normativos del tipo de injusto, que asustarse de dar un paso decisivo y evidentemente deseado desde el punto de vista político?

Tales ideas debieron mover a Edmund MEZGER cuando en 1938 en su trabajo sobre "El delito como totalidad" empleó por primera vez el término "culpabilidad por la conducción de vida". La cada vez más aceptada "Teoría del tipo de autor" le llevó a manifestar lo siguiente:

"Dejar que la culpabilidad del delincuente en Derecho penal 'se degenera' ('aus der Art schla-

9 MEZGER, *Lehrbuch* (1933), p. 257 ss.

10 MEZGER, *Mittel. Kriminalbiol. Gesell.*, tomo II, 1929, p. 22 ss.

11 SCHAFFSTEIN, *Verbrechen als Pflichtverletzung* (1935), p. 17.

12 DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, p. 32 ss.

13 MEZGER, *ZStW* tomo 57 (1938), p. 675 ss.

gen' en el original alemán, NT)¹⁴... no sólo de la culpabilidad por el hecho concreto, sino también de la culpabilidad total por la conducción de vida que tiene”.

Conforme a ello, cuando se trate de un delincuente que actúe culpablemente, la gravedad de la pena no tiene que medirse de la mano de la culpabilidad por el hecho concreto, sino también por toda la vida previa que haya llevado el delincuente, que lo haya puesto en situación de cometer el delito. De este modo, la medida de la pena, en opinión de MEZGER —siguiendo su vieja teoría de la adecuación— podía ser impuesta en su máxima gravedad, cuando el delincuente era también efectivamente un representante del tipo de autor específico de ese delito.

Con ello el camino quedaba franqueado. Sin vinculación al índice concreto de la culpabilidad por el hecho concreto, en el futuro sería posible imponer una “pena en estricto sentido” sólo en base a la pertenencia a un determinado tipo de autor criminológico. ¿Para qué utilizar ya tipos penales? Sin embargo, a pesar de estas nuevas posibilidades, MEZGER no quería tirar totalmente por la borda la dogmática jurídicopenal tradicional, que él mismo había configurado en los años veinte. Creía que las deseadas modificaciones eran casi inmanentes al sistema. Por eso, MEZGER tenía que elaborar una relación más clara entre la “teoría del tipo de autor” y los tipos penales del Código penal.

MEZGER invocó para ello la definición el tipo como “injusto tipificado” que ya había propuesta en la época de la República de Weimar. La formulación de un determinado tipo penal, deducía ahora, no era otra cosa que la descripción de un determinado “tipo de hecho”. En conclusión, esto significaba para MEZGER, que lo que importaba eran tanto la realización del tipo, como la personalidad que se adecuaba al mismo. Desde luego, si faltaba algún elemento de la tipicidad, el factor decisivo —y por tanto desencadenante de una pena— era la pertenencia al tipo del grupo de autores.

Posteriormente, en 1944, en su Tratado *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, MEZGER aclaraba las radicales consecuencias que se podían deducir de la desigualdad biológica de las personas para fundamentar la “teoría de los tipos de autor”, considerando “inevitable” la “exigencia

de medidas de higiene racial para la eliminación de raleas criminales”¹⁵. En su opinión, sólo la “eliminación de los elementos de la población perjudiciales al pueblo y a la raza” prometía una reducción comprobable de la criminalidad¹⁶.

2. La ocultación del pasado

Pero ¿cómo pudo este viejo propagandista de la “configuración racial del pueblo” convertirse luego en un “gran dogmático de la República Federal”¹⁷ y en una de las cabezas rectoras de los trabajos de reforma del Derecho penal en la época de Adenauer? ¿Qué motivos pueden haber animado a quienes nombraron a MEZGER, que entre tanto ya había cumplido los 70 años, miembro y Vicepresidente de la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal?

No fue ninguna “ligereza” la que lo llevó a la colaboración con la Gran Comisión. Se ha constatado que el Ministerio de Justicia competente en aquel entonces actuó “con sumo cuidado en la preparación del aspecto técnico-jurídico del Proyecto”¹⁸. MEZGER era, pues, un candidato deseable, “elegido” conscientemente. ¿Qué aspectos concretos del trabajo de MEZGER entre 1945 y 1954 pudieron contribuir a esa elección?

De nuevo parece que fue precisamente su compromiso interdisciplinario o —en el lenguaje de los editores de Libro Homenaje— su “pluridimensionalidad” lo que allanó el camino, ya que en la desorientación de los años de la posguerra había vuelto MEZGER a la actividad que como autor de trabajos de filosofía del derecho y de la religión había ejercido durante un decenio. Con su tan citada conferencia “Derecho y Gracia” (“Recht und Gnade”) pronunciada ante el Congreso de la Academia Evangelista en Bad Boll, el 7 de octubre de 1946, MEZGER se convirtió en uno de los padres del debate en torno al Derecho natural que surgió tras la guerra. MEZGER, que durante toda su vida gozó fama de ser un cristiano confeso, se vinculó a este debate todavía hasta el Congreso luterano de la Iglesia Universal de 1952 celebrado en Hannover, a cuya preparación contribuyó con su escrito “Justicia y Orden social desde el punto de vista evangelista” (“Gerechtigkeit und soziale Ordnung aus evangelischer Sicht”)¹⁹. Tanto en su

14 MEZGER cita aquí a DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, p.31

15 MEZGER, *Kriminalpolitik* (1944), p. 22.

16 MEZGER, *luc. cit.*, p. 247.

17 Así GRASNICK en la edición del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ) de 4.10.1999 (p. 10) [Versión española en MUÑOZ CONDE, Algunas notas bibliográficas cit. en nota 1].

18 JESCHECK, *Menschenbild* (1957), p. 4.

19 MEZGER, *Zur politischen Predigt* (1952), p. 18-34.

conferencia de 1946, como en su aportación a la preparación del Congreso de la Iglesia Universal, MEZGER se confesaba un apasionado partidario de la existencia de un Derecho natural:

“Quien niega un derecho dado a la persona, niega en verdad el ‘derecho’ en general, pues sólo reconoce como fuente del Derecho la arbitrariedad humana y el poder. Quien sólo conoce como derecho la ley creada por el que tiene el poder (nomos) y niega de este modo el derecho que le es dado a la persona por la naturaleza (physei), y que también vincula a quien detenta el poder, disuelve el derecho en simple violencia. Con ello afirma el Estado de poder total, que, como ya nos ha enseñado la reciente experiencia, está inevitablemente al final del positivismo”²⁰.

MEZGER se esforzaba en presentar tales análisis como un *continuum* del trabajo científico de toda su vida. Y efectivamente, sus nuevas manifestaciones a favor de rechazar “por principio, todo relativismo histórico o de cualquier otra clase de los valores”²¹, estaban en consonancia con la tradición de publicaciones de los años veinte, en los que el Profesor de Derecho había advertido en base a su concepción religiosa del mundo de las consecuencias de un “relativismo ético”.

En vista de sus viejos ideales, MEZGER fustigaba en 1952, en el momento en el que el debate en torno al Derecho natural estaba más alto, el “nihilismo ético” en la consideración del derecho. Para él, éste se ponía en marcha siempre que se pretendía negarle al derecho sus referencias directas al Bien y al Mal²². Ahora estaba convencido de que un derecho, que se confiesa partidario de un positivismo ilimitado, no puede a la larga cumplir con su función ordenadora: “Un derecho sin un *pathos* moral, es una casa construida en la arena”²³.

El debate en torno al Derecho natural que había surgido frente al Nacionalsocialismo había recibido tardíamente con estas constataciones de MEZGER “un sabor insípido”. Aun sabiendo que el Catedrático de Derecho penal buscaba distanciarse con ello de la teoría nacionalsocialista del Derecho penal, algún que otro lector debería haber sentido estas frases como un *Dèjà-Vu*, pues ya también en 1936 hubiese podido leer algo externamente similar del entonces miembro de la Comisión oficial de Derecho penal:

“Con toda claridad sea dicho: Esperamos de los jueces del futuro... una actitud respecto a la ley, radicalmente distinta a la que tuvieron en el pasado... En el futuro ningún juez podrá invocar el tenor literal de la ley, y justificar con él conclusiones irracionales desde el punto de vista de la sana concepción del pueblo...”²⁴.

A la vista de estas líneas ¿quién puede pretender reprocharle a MEZGER una actitud favorable al positivismo jurídico? El debate en torno al Derecho natural que surgió a finales de los años cuarenta y en los cincuenta le dio a MEZGER la potencia para hacer abonar su terreno originario. Aquí encontró la posibilidad de autoafirmarse nuevamente para más altas tareas.

MEZGER intentó también darle al planteamiento iusnaturalista mayor sustancia: Se puso a buscar una dimensión trascendente de la realidad jurídica. Expresaba una visión evangelista y pedía reconocer el orden del mundo social como tesoro del “Orden creado por Dios”.

La tendencia del nacionalsocialismo y del marxismo, de ordenar de nuevo el mundo social conforme a criterios del conocimiento terrenal, la considera MEZGER ahora como expresión de una conciencia moderna, que había ocultado la sabiduría y la profunda verdad del “Orden creado por Dios”. Responsables de esta evolución eran, en su opinión, la fe racional en el progreso procedente de la Revolución Francesa y la Dialéctica:

“Toda fe en el progreso, la concepción, de que la Humanidad se ‘desarrolla’ en el transcurso de su historia hacia formas más perfeccionadas de existencia, considerando que lo último es también lo mejor, era una fe indiscutible y aceptada casi como evidente a finales del siglo XIX y comienzos del XX: Sin embargo, fue conmovida en sus cimientos por las dos Guerras Mundiales y ha ido desapareciendo cada vez más de la conciencia de la generalidad. Más difícilmente comprensible y todavía más complicada, pero no menos directa y en muchos casos aún más cuestionables es la fe en la Historia y su efecto vinculante en la dialéctica. Para ella cada etapa de la Historia Universal es la que configura el ‘derecho’ y ciertamente un derecho ilimitado. También aquí la Justicia se encuentra en el acontecer histórico. Ambas, la fe en el progreso y la dialéctica, son, sin embargo, el *Hybris de la persona*”²⁵.

20 MEZGER, *lug. cit.*, p. 23.

21 MEZGER, *Gerechte Ordnung* (1948), p. 45 (46).

22 MEZGER, *Zur politischen Predigt* (1952), p. 18 (32).

23 MEZGER, *lug. cit.*

24 MEZGER, *ZStW* tomo 55 (1936), p. 1 (3 ss.)

25 MEZGER, *Zur politischen Predigt* (1952), p. 18 (28).

Pocos años antes el “miembro del Partido” MEZGER había sido también víctima de esta *Hybris* humana. ¿Pues a qué si no tendrían que haber llevado las por él exigidas “medidas de higiene racial para la eliminación de las raleas criminales”²⁶ y la “reestructuración”²⁷ de la comunidad del pueblo más que a “formas de existencia más perfeccionadas”?

Pero ¿qué es lo que queda del análisis de MEZGER en su relación general con el nacionalsocialismo? ¿El nacionalsocialismo como consecuencia indirecta de la Revolución Francesa, los poderosos del nacionalsocialismo como nietos espirituales de la Ilustración? Un planteamiento interesante, ¿o hablaba aquí MEZGER más bien de las circunstancias de la insensibilidad ética de su generación de profesores de Universidad?

Sea como sea, como demuestra el nombramiento de MEZGER en 1954 como miembro de la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal, su ajuste de cuentas adecuado a los nuevos momentos se enredó tanto con el “positivismo jurídico nacional socialista” como con la “dialéctica marxista” aun a costa de ciertas contradicciones. Con este análisis, MEZGER no sólo accedió al clima político de los años cincuenta, sino que regresó a un debate actual.

III. El presente

La historia de Edmund MEZGER termina como un cuento infantil: En la España del año 2001 el Catedrático de Derecho penal de Valencia (*sic* en el original, NT), Francisco MUÑOZ CONDE, fue objeto del fuego barrido de dos colegas²⁸, sólo por haberse atrevido a mostrar el lado oscuro de Edmund MEZGER²⁹. A finales de los años cincuenta MEZGER viajó a España y tenía contactos permanentes con la inteligencia del régimen franquista. En los países de lengua española y portuguesa, pero sobre todo en América Latina,

MEZGER se considera todavía hoy sin objeciones como uno de los grandes pensadores del moderno Derecho penal. A finales de los años noventa se reeditó en México su Libro de Estudio de los años cincuenta. Por eso mismo, Francisco MUÑOZ CONDE, agredido de esta forma, consideró adecuado publicar también en Latinoamérica, y concretamente en Argentina³⁰, un artículo que había escrito para defenderse de estos ataques, trabajo que ha sido también traducido al italiano. Y actualmente se prepara una traducción alemana de este apasionante artículo, que aparecerá en el próximo tomo del *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte* en Hagen³¹.

Pero quiero, por fin, terminar, no quiero seguir oyendo voces que vienen de ultratumba, y prefiero, como decía Cervantes, no acordarme de ideas, personas y lugares. El que a pesar de todo se deba hacer, es un consenso que se ha generalizado mientras tanto en Alemania. El discípulo de MEZGER, Hermann BLEI, probablemente pensaba en otra cosa cuando hablaba de la “fama póstuma” de Edmund MEZGER, pero este auditorio, por las razones ya dichas, debe ser “ilustrado” de la parte oscura.

Francisco MUÑOZ CONDE; Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

I. El libro y la discusión

El libro del Catedrático de la Universidad de Sevilla no es una obra recentísima, dado que se halla en su tercera edición³² y al tiempo de publicación de estas páginas quizá se halle en librería una cuarta. En América Latina no conocemos ecos ni

26 MEZGER, *Kriminalpolitik* (1944), p. 26.

27 MEZGER, *lug. cit.*, p. 245.

28 Selección de casos prácticos de Derecho penal, con introducción y consejos para resolución por Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

29 Francisco MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

30 Francisco MUÑOZ CONDE: “La otra cara de Edmund Mezger”, en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, 2001 (vol. 1), p. 665 ss. (Esta respuesta fue recogida como Apéndice en la segunda edición de *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2001, p. 97 ss. Para quien quiera seguir los avatares de esta obra, le remito a la 3.ª (Valencia, 2002) y 4.ª edición (Valencia, 2003), que han sido ampliadas y revisadas a medida que se iban descubriendo nuevos documentos y datos que avalan la estrecha vinculación de MEZGER con el Nacionalsocialismo. NT).

31 Traducido por THULFAUT, apareció publicado en el tomo 2 del *JAHRBUCH DER JURISTISCHEN ZEITGESCHICHTE*, Hagen, 2002, con el título “Die andere Seite des Edmund Mezger”, p. 237-258. NT.

32 Las dos anteriores son de 2000 y 2001, respectivamente.

polémicas con motivo de este libro, de cuya propia lectura se deduce que el apasionamiento español ha desatado críticas³³ que lamentablemente corren el riesgo de abortar la polémica, si por tal se entiende un debate no exento de pasión y subjetividad —como todo lo humano— pero dentro de los límites que imponen el estilo y el paso del tiempo, eterno pulidor de impulsos.

La disputa española parece centrarse en un juicio ético acerca de la persona de Edmund MEZGER. Creemos que es científicamente importante discutir si este autor fue realmente un nazista activo o no lo fue, pero no precisamente porque la primera variable permita formular un juicio ético. Este último propósito puede impedir o dificultar el análisis anterior, porque escamotea el verdadero objeto de interés científico y se empantana en un terreno resbaladizo e incluso cenagoso, que tiende a ahogar la polémica en la casi siempre imposible tarea de juzgar moralmente a semejantes.

Para MUÑOZ CONDE fue MEZGER un colaborador activo del totalitarismo nazista, ideológicamente identificado con éste; para sus contradictores un hombre que se adaptó a las circunstancias por imperio de la necesidad. Para el autor del libro se le debe reprochar su nazismo, para sus contradictores sólo puede reprochársele que no haya tenido vocación de héroe. Esta última opinión no es original, pues era una tesis bastante difundida en el penalismo del exilio republicano español³⁴.

Trataremos de retomar el tema central y —con la brevedad del caso y hasta donde nos es posible— procuraremos demostrar que en estos temas, al menos desde la perspectiva importante para el penalista actual, sería un error confundir el análisis de la ideología de MEZGER y el de su persona —en cuanto sea útil para aclararnos aquélla—, con el juicio ético acerca de su comportamiento en tiempos del nazismo.

II. La información acerca de la participación activa de

MEZGER durante el nazismo

MUÑOZ CONDE aporta en su libro una información muy nutrida acerca de la participación activa de MEZGER durante el nazismo, que hasta ahora no ha sido desmentida y que, por otra parte, en buena medida confirman las obras alemanas que en los últimos tiempos se ocuparon del tema y que los propios críticos del libro comentan extensamente.

MUÑOZ CONDE señala que la política criminal de los tiempos de Weimar ponía el acento en la delincuencia habitual y marcaba un rumbo que luego sería continuado por el nazismo hasta el extremo, o sea, que no el nazismo no partió en esta materia de la nada, como era natural. Es sabido que para todas las policías del mundo no son el mayor problema los criminales atroces, sino los molestos, que reinciden en pequeños delitos o directamente en comportamientos que consideran intolerables para sus valoraciones subjetivas, aunque no lesionen ningún bien jurídico.

Desde que por diversas razones dejaron de emplearse las penas de relegación, la eliminación de las personas molestas fue preocupación especial de las policías y blanco predilecto de las campañas de ley y orden, que tampoco son nuevas. Los empresarios morales siempre insistieron sobre estos sectores sociales, que fueron los primeros en ser considerados una *clase* (clase *peligrosa*, por cierto)³⁵. Los estudios sobre la *mala vida* en otros países son claros ejemplos de este interés³⁶. El discurso eliminatorio a su respecto fue retomado y radicalizado por el nazismo.

Señala MUÑOZ CONDE que MEZGER fue nombrado en 1934 miembro de la Comisión de Reforma del Derecho Penal que, como es sabido,

33 Fundamentalmente, parecen ser las siguientes notas bibliográficas: Manuel COBO DEL ROSAL, nota a la segunda edición del libro, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 74, 2001, Instituto Interuniversitario de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, páginas 451 a 466; del mismo, en el n.º 78, 2002, páginas 697 a 705, nota bibliográfica a TLEP, Jan, *Ausmerzung und Verrat, Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt am Main, 1999; y Manuel QUINTANAR DÍEZ, en el mismo, n.º 76, 2002, páginas 227 y ss., comentario a Gerit THULFAUT, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, Baden-Baden, 2000.

34 No tenemos noticia de esta opinión por escrito, pero la hemos recogido por tradición oral, por ejemplo del Profesor de Corrientes, el recordado Francisco BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, quien nos dijo en una ocasión que durante el nazismo MEZGER era “un hombre muerto de miedo”.

35 La espresión no fue inaugurada por el marxismo ni por autores socialistas, sino todo lo contrario: por primera vez se usa por el Instituto de Francia en plena monarquía, más de diez años antes de que MARX y ENGELS publicaran su “Manifiesto”, en la convocatoria a un concurso público para el mejor trabajo sobre el tema que, por cierto, correspondió a un policía de París: H.A. FRÉGIER, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures, ouvrage récompensé en 1838 par l'Institut de France (Académie des Sciences Morales et Politiques)*, Bruselas, 1840.

36 Valga de ejemplo, siguiendo la tradición de los criminólogos de comienzos del siglo pasado que escribieron sobre el tema en Roma y en Madrid, el libro de Eusebio GÓMEZ, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908, con prólogo de José INGENIEROS, plagado de juicios morales y que sirvieron de base a las posteriores proyectos de “estado peligroso sin delito”, continuadores de las leyes de leyes y de las disposiciones recopiladas sobre “vagos y malentrenidos”, reclamados insistentemente por los jefes de policía de turno.

proyectó la legislación de 1935 que, entre otras disposiciones antiliberales, introdujo la analogía en la legislación penal alemana. Agrega que viajó a países con régimen afín al nazista para dar conferencias y recibir honores y que también disertó ante el estado mayor del ejército alemán de ocupación del norte de Francia y Bélgica, que fue decano de la Facultad de Derecho de München en 1942, que participó en la redacción de un proyecto de ley sobre *extraños a la comunidad* con clara base biológica, que su biologismo es meridianamente claro en su obra traducida y difundida en castellano como *Criminología*, en la cual la invocación de la *raza* y el concepto biológico de *pueblo* no son meras frases de circunstancia del prólogo, sino conceptos que se fortalecen con los argumentos del texto. También recuerda el autor, a propósito del particular concepto de MEZGER conocido primero como *ceguera jurídica* y luego como *enemistad al derecho* que, además de usar la fórmula nazista de la analogía para su primera fundamentación en 1944, los ejemplos que utiliza son los de *ultrajes a la raza* y relaciones homosexuales. El segundo podía significar la internación en un campo de concentración, la castración y la muerte y el primero, consistente en mantener relaciones sexuales con personas no arias y, peor aún, mantenerlas judíos con arias, había dado lugar a condenas a muerte, que MUÑOZ CONDE recuerda en detalle. No menos significativos son los párrafos de artículos escritos por MEZGER en esa época, que para nada muestran una mera referencia forzada, sino una construcción de conceptos en perfecta consonancia con el nazismo. Tampoco cabe desdeñar que en los tiempos de Weimar desarrollara su teoría sin mencionar la Constitución de la República.

Una de las informaciones más estremecedoras que aporta MUÑOZ CONDE es la participación de MEZGER en el proyecto de ley sobre *extraños a la comunidad*. Se trataba de un perfeccionamiento de la legislación de eliminación de los *molestos*, que durante la época nazista llevó a la muerte a unas diez y siete mil personas en los campos de concentración. Con mucho detalle el autor analiza la historia de ese proyecto y la ideología que lo anima, como también que era impulsado por las SS. Destaca junto a MEZGER la participación de Franz EXNER, lo que resulta coherente, dada la ideología biologista racista de este último autor, que se puede verificar en castellano en su obra, particularmente cuando afirma que el exceso de

representación de negros en las estadísticas criminales de los Estados Unidos obedece a que en ese país se exige a los afroamericanos un esfuerzo civilizatorio que biológicamente no están en condiciones de realizar.

El texto del proyecto en que participaron MEZGER y EXNER se transcribe en el libro de MUÑOZ CONDE y es claramente eliminatorio. La puesta a disposición de las SS y la castración, eran medidas que no podían ser sostenidas sino por personas que estaban realmente convencidas de la eficacia y corrección de esas atrocidades. En la página 239 transcribe el autor la orden de pago de mil marcos a MEZGER y a EXNER por sus trabajos en la redacción de ese proyecto, en mayo de 1943. No menos grave es el artículo de MEZGER —que el autor transcribe— donde analiza los casos de esterilización y apuesta a la ampliación del concepto de *asocial* al que esta medida estaba destinada. Es verdad que la esterilización no había sido inventada por los nazistas, sino que estaba prevista en varios estados de los Estados Unidos desde 1898 y en un cantón suizo y se la proponía en otros países, pero la esterilización de débiles mentales, de dependientes de alcohol, de homosexuales, etc., nunca se practicó en el mundo con la amplitud con que la llevaron a la realidad en la Alemania nazista, cosa que MEZGER no podía ignorar. Estaba claro que MEZGER compartía plenamente la aplicación de esta medida, al punto que la reclamaba para una faja de casos más amplia, o sea, que estaba convencido de que era una forma de fomentar la pureza de la raza y el mejoramiento biológico de la población.

Cabe agregar que no aparece en esta edición un trabajo posterior del propio MUÑOZ CONDE, donde informa de las gestiones y visitas realizadas por MEZGER al campo de concentración de Dachau para entrevistar a varios *extraños a la comunidad* sobre los que trabajaba en ese proyecto eliminatorio³⁷. El particular interés de MEZGER en este caso es indicador de un verdadero convencimiento de la necesidad de eliminación.

Esta información no es desmentida ni discutida por ningún autor alemán. Se trata de datos que parecen tener plena validez histórica, fundados en documentación que no se halla cuestionada, en su mayoría proveniente de los propios archivos alemanes. Los contradictores de MUÑOZ CONDE en España se limitan a criticar la forma de citar, las omisiones de página, a discutir si la información ya se hallaba disponible en otras investigaciones,

37 MUÑOZ CONDE, Francisco, "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944", en *Revista Penal*, La Ley, n.º 11, enero de 2003, páginas 81 y ss.

etc., pero tampoco cuestionan la autenticidad de los datos, que es lo importante en este caso.

La pregunta ineludible a la luz de los datos señalados es si era realmente MEZGER un nazista. Pero la respuesta puede perderse si no tenemos en cuenta que, aunque sea afirmativa, no implica un juicio ético ni quita nivel a la calidad científica de MEZGER. La respuesta que pretenda un juicio ético sería adecuada si estuviésemos discutiendo la conveniencia de erigirle un monumento, lo que no es del caso; en cuanto a lo segundo, nadie pone en duda que HEIDEGGER fue nazista, al menos en los primeros años del régimen, y esto no impide reconocer que fue uno de los filósofos más importantes del siglo pasado.

Lo importante para el penalista actual es saber si MEZGER se identificaba ideológicamente con el control social punitivo del régimen nazista, si creía que éste era sólo un tanto exagerado, o si lo repudiaba en su interior. Esto tiene interés porque en cualquiera de las dos primeras hipótesis sería inevitable que sus ideas se plasmaran en su doctrina que, como es sabido, dominó algunas décadas de la dogmática de lenguas castellana y portuguesa. Y lo cierto es que, frente al cúmulo de datos aportados, nada parece avalar la hipótesis de un rechazo interior.

Más aún, creemos que esto, aun sin quererlo, importaría un juicio moral muy severo en contra de MEZGER. Creemos que los críticos de MUÑOZ CONDE, tratando de defenderlo, presentan una imagen de MEZGER que nada autoriza a sostener, pues sería éticamente inadmisibles —por no decir directamente despreciable— que sin haber estado convencido hubiese participado en semejantes emprendimientos y aceptado viajes, conferencias, comisiones y honores sólo por conveniencia. Que alguien comparta una ideología es sólo un hecho, por aberrante que nos parezca esa ideología; que eso sea reprochable es un juicio ético que no viene al caso, pero pretender que eso lo hizo sólo por conveniencia, importa prácticamente considerarlo un psicópata, y nada nos autoriza a formular semejante juicio personal y menos aún sobre la base de presunciones que los hechos parecen desmentir.

Tampoco podemos concluir de los datos aportados, que MEZGER fuese *el* penalista o *el* criminólogo del nazismo. Fracasen todas las tentativas de hallar —en cualquier materia— un único ideólogo del nazismo, porque los jefes usaron a los académicos en la medida en que actuaron a su amparo y les fueron funcionales, pero a medida que perdieron poder o funcionalidad, sus estrellas se eclipsaron. Esto pasó con HEIDEGGER, con Carl SHMITT y con muchos otros, salvo el supuesto en que el propio jefe operase como

ideólogo; tal vez —si pudiese calificarse de ideología su delirio— sería ROSENBERG un ejemplo. En el caso de MEZGER es muy curiosa su insistencia hasta último momento del régimen, especialmente cuando ya la catástrofe era casi inminente y de toda evidencia, lo que no es un dato secundario como indicio de su íntima convicción, o sea, de que era un hombre que realmente se identificaba con los métodos de control social punitivo del nazismo y no un amoral que tomaba parte en empresas que importaban la base ideológica de la eliminación de muchas personas, sólo por conveniencia o por carrerismo académico o burocrático.

III. La inconveniencia y la imposibilidad de plantear la cuestión como un juicio ético

Es necesario detenerse en la cuestión ética para subrayar la necesidad de eludirla y, al mismo tiempo, poner de manifiesto su enorme dificultad, que prácticamente lleva a una imposibilidad de formulación asertiva.

En principio, el nazismo no surgió del vacío. Sus atrocidades se legitimaron con discursos muy anteriores. Los nazistas no inventaron la esterilización de enfermos y marginales, el racismo ario, el antisemitismo, la misoginia, la xenofobia, la homofobia, la analogía penal, el derecho penal de autor, la peligrosidad sin delito, el biologismo criminológico, el culto al héroe, el personalismo, el imperialismo, etc. Puede decirse que casi no inventaron nada, aunque usaron todo para racionalizar el mayor genocidio del siglo pasado. MEZGER, por razones cronológicas, tampoco fue un producto del nazismo, no creció ni se educó en las escuelas nazistas, no fue un miembro de la *Jugend* hitleriana, sino que se formó en un mundo donde el biologismo era moneda corriente y se nutrió de los argumentos que luego emplearía el nazismo para legitimarse.

Con razón dice FOUCAULT que el poder no sólo crea el saber, sino también al sujeto cognoscente. Es muy difícil formular un juicio de reproche a una persona en razón del conocimiento que internalizó en su época.

Por otra parte, no puede simplificarse el argumento referido al *miedo*, que siempre es bastante complejo, como sabemos todos los que hemos tenido la desgracia de vivir sometidos a dictaduras. Es sabido que el miedo condiciona mecanismos de huida y la racionalización y la autocensura pertenecen a esta categoría. Para quien a lo largo de su formación ha recogido elementos autoritarios y racistas, el miedo no hace más que facilitarle su

rápida digestión. El inconsciente de defiende huyendo hacia la aceptación consciente de hechos que, de otra manera, rechazaría frontalmente y, por cierto, nadie pretenderá reprocharle el inconsciente a MEZGER ni a ninguna persona.

Tampoco esto tiene nada que ver con la ideología política o la actitud general de los autores que difundieron la dogmática de MEZGER o que lo tradujeron. Sería absurdo olvidar que el neokantismo llegó a América de la mano de los penalistas del exilio republicano español, tanto como pasar por alto que FERRI era socialista en sus tiempos de máximo esplendor, que la llamada *ley de vagos y maleantes* —tan útil al franquismo— fue sancionada por la República, que LOMBROSO era judío e hijo de rabino, etc. Los elementos ideológicos autoritarios se arrastran muchas veces de modo insensible, y dan lugar a incoherencias que en su momento no se perciben, pero que son altamente peligrosas.

De allí que lo importante no sea formular un juicio ético sobre MEZGER, sino averiguar si aceptaba y compartía el control social punitivo del nazismo y si incorporaba esas racionalizaciones a su sistemática. Justamente es necesario desentrañar esto, para saber hasta qué punto podemos arrastrar hasta el presente elementos ideológicos provenientes de ese contexto.

Dado que los datos que enumera MUÑOZ CONDE inclinan a pensar muy seriamente en la identificación de MEZGER con el arsenal racionalizante del nazismo, se hace necesario abrir la polémica, pues nosotros también somos sujetos cognoscentes en buena parte condicionados por el poder y, por tanto, debemos exigimos la tarea de expurgar al máximo nuestro saber de los elementos autoritarios que heredamos por arrastre. Nadie pretende formular un juicio ético contra Aristóteles porque consideraba *natural* la esclavitud, sino advertirlo para evitar caer en racionalizaciones que, mediante un torcido camino de pensamiento, nos puedan llevar a conclusiones semejantes.

IV. Los elementos autoritarios de la dogmática de MEZGER

Desde hace muchos años consideramos que varios aspectos de la dogmática jurídico-penal de MEZGER eran incompatibles con un sano entendimiento del derecho penal liberal³⁸. No parece

admisible su ficción de dolo en los casos en que, según su propia definición, no había dolo. El remiendo de su *teoría limitada*, más allá de la invocación de la fórmula nazista de la analogía y de los estremecedores ejemplos a que apela para graficarlo, es una clara pretensión de sustituir la conciencia de lo ilícito por algo que no es tal y que queda librado a la arbitrariedad judicial. Su extenso trabajo sobre el hecho penal como totalidad³⁹ nos conmovió desde su primera lectura; creemos que es imposible repasar sus páginas sin advertir en ellas un enorme esfuerzo de racionalización autoritaria. Su concepción de la culpabilidad por la conducción de la vida es el más fino esfuerzo llevado a cabo para reprochar el carácter o la personalidad, obviando la objeción de que con ello se reprocha el equipo biológico y los mismos genes, aunque en ese esfuerzo se traicione a Aristóteles y se haga caso omiso de la legalidad, todo ello sin contar con que semejante idea parece responder a una omnipotencia sin límites, toda vez que pretende una función divina, al querer juzgar (reprochar) la existencia misma de un semejante. Este supuesto concepto de culpabilidad es casi aterrador, pues parece un incidente del juicio final, desprendido y resuelto por adelantado, mucho más arbitrario que la vieja peligrosidad positivista.

Desde hace décadas consideramos necesario poner de manifiesto estos y otros ribetes del pensamiento penal de MEZGER incompatibles con el derecho penal liberal, especialmente porque la teoría de este autor fue prácticamente la única que recibimos del neokantismo en América Latina.

Es sabido que el neokantismo, en razón de la teoría del conocimiento que le sirve de base y de la consiguiente clasificación de las ciencias o saberes, permite elaborar sistemas de muy diferente estructura y con dispar signo ideológico, pero no fueron traducidos al castellano ni al portugués los penalistas neokantianos liberales, como Max ERNST MAYER, ni tampoco el camino ensayado por Hellmuth VON WEBER. Lejos de nuestro ánimo está imputar esto a increíbles conspiraciones, pues sabemos que casi siempre las cosas suceden por casualidad, pero lo cierto es que el neokantismo que se difundió fue casi únicamente el de MEZGER, o sea, su versión más alejada del derecho penal liberal. A tal punto es esto cierto que, muchos años después, llegaron traducciones de obras generales con un concepto bímembre del delito y tipo complejo, que fueron interpretadas

38 Lo hemos hecho en *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973.

39 "Die Straftat als Ganzes", en *ZStW*, 57, 1938, págs. 675 y ss.

como una síntesis de los dos extremos de la polémica de los años cincuenta, cuando en realidad proceden de la sistemática de Hellmuth VON WEBER, quien concibió el tipo complejo muy tempranamente⁴⁰, expuso en los años treinta sus críticas al sistema de MEZGER⁴¹ y desarrolló su sistemática en forma coetánea a la polémica *causalismo/finalismo* y no como resultado de ésta⁴².

V. La polémica con el finalismo de Hans WELZEL

Pero no fueron sólo los aspectos señalados anteriormente los que nos llevaron a reparar en los componentes autoritarios del discurso jurídico-penal de MEZGER y a prevenirnos a su respecto. Existe un tema, a nuestro juicio más importante, que se refiere a otro de los aspectos que los contradictores critican a MUÑOZ CONDE, o sea, el referido a la polémica con WELZEL, que alcanza su mayor tono con el opúsculo *Moderne Wege*, traducido por el autor de este libro⁴³. Se le imputa a MUÑOZ CONDE que considere que la polémica fue un recurso para levantar una cortina de humo que ocultase el entonces reciente pasado nazista de MEZGER y, por ende, que haga cargo a WELZEL de participar en semejante conjura, convirtiéndolo en una suerte de cómplice de encubrimiento.

En realidad, MUÑOZ CONDE en ningún momento atribuye esa conducta a WELZEL, sino sólo a la intención de MEZGER al promover el debate. En rigor, nadie puede penetrar hoy las motivaciones íntimas de MEZGER hace más de cincuenta años, como tampoco podemos descartar su eventual funcionalidad en esos años lejanos, pero creemos que aquí a MUÑOZ CONDE se le escapa el verdadero sentido político de la polémica, que en nuestra opinión no haría más que confirmar lo que los datos del propio MUÑOZ CONDE indican.

Si tomamos la polémica reducida a una cuestión de solución de casos de errores vencibles de prohibición —y excluyendo la posibilidad de que MEZGER y WELZEL hayan sido dos orates— es claro que esa encarnizada discusión tiene algún significado diferente, o sea, que hay en ella una clave que parece ocultar algo. En efecto: en cada época se habla con cierto lenguaje y la cuestión

técnica es la clave de su tiempo, no sólo un simple pretexto. Lo que en el fondo discutían era el enfrentamiento de dos teorías del conocimiento —no sólo diferentes, sino antitéticas e incompatibles— como base para la construcción de la teoría del delito y del derecho penal mismo. El realismo de WELZEL —y en especial su teoría de las estructuras lógico/reales— obligaba a la dogmática a reconocer límites impuestos por los datos del mundo, lo que implicaba la introducción de éstos en la construcción jurídica.

MEZGER había sido el más fino constructor de un derecho penal con metodología que excluía todo dato del mundo real que obstaculizase la labor jurídica de racionalización de la fantasmagórica *voluntad del legislador* en un sistema cerrado en sí mismo, sumiso a los designios políticos. A ello se debe que el sistema de MEZGER haya pasado con pocas alternativas de la República de Weimar al nazismo y de éste a la República Federal. La base misma de su construcción corría peligro con la introducción de cualquier dato del mundo, pues alteraba por completo su metodología constructiva. Su alta tecnología conceptual se tambaleaba con el método y la teoría del conocimiento que proponía WELZEL para elaborar la sistemática de su teoría del delito, sin contar con que alguien podía pretender extender la tesis de las estructuras lógico/reales a la teoría de la pena y al poder punitivo en general, con consecuencias entonces impensables.

Todos los autoritarismos tienen políticos que hacen demagogia con discursos penales de bajo nivel, lo que en el caso del nazismo llevó a cabo la llamada *escuela de Kiel*. Pero el escaso tecnicismo de esos discursos muy raramente los hace útiles a la jurisprudencia, que demanda una construcción sistemática mucho más sólida, en particular en Alemania, donde la judicatura era una burocracia muy fuerte, con una carrera sólidamente estructurada y jerarquizada. El sistema a la medida de las demandas técnicas de la judicatura lo proporcionó MEZGER, dotado de un meticuloso aislamiento de la realidad —que no toleraba la introducción de ningún dato del mundo sin el salvoconducto del legislador— que le permitió presentarse como una elaboración envasada con la etiqueta que anunciaba su carácter puramente técnico y políticamente no contaminado. Este ingenio penal tan meticulosamente construido por

40 H. VON WEBER, *Grundriss des Tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, págs. 13 a 19.

41 *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

42 En su *Grundriss* de 1946.

43 Edmund MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MEZGER se derrumbaba por la brecha al realismo que le abría WELZEL y, por ende, su autor no podía permanecer indiferente ante la demolición de su sofisticado edificio.

El culto neokantiano a un *deber ser* que se separa tanto del *ser* que llega al extremo de inventarlo como un *ser que nunca llegará a ser*, fue también funcional en América. Más allá de la ignorancia de algunos y de la bajeza delatora de otros, cabe pensar que hubo un susurro inteligente en la imputación de *marxismo* y *comunismo* que se formuló al finalismo cuando por los años setenta llegó al Río de la Plata, lo que era por cierto una peligrosa imputación en los años de plomo. Sería muy simple considerar que eso fue sólo una anécdota folklórica sudamericana y dejar de lado el fundado temor de algunos colaboracionistas de nuestras dictaduras locales frente al riesgo de ver desmontado el discurso que destinaban a sus sumisos tribunales y que habían elaborado siguiendo las líneas del neokantismo. En uno de los pocos testimonios escritos de este singular episodio—dado que los emisores del susurro originario nunca escribieron su dislate, por lo que quedaron para siempre en la sombra— uno de los defensores rioplatenses del sistema neokantiano afirmaba que cualquier incorporación en la construcción jurídico-penal de un dato de la realidad no incorporado por el legislador, constituye una ideologización del derecho⁴⁴. Curioso pero interesante argumento: incorporar datos de la realidad es una tarea estigmatizada como *ideologización*; excluirlos arbitrariamente parece ser digno de alabanza como *ciencia pura*, aunque lo que se excluya sea la información acerca de un genocidio o de la desaparición y muerte de decenas de miles de personas.

El neokantismo contribuyó al saber penal con aportes técnicos notables en cuanto al perfeccionamiento de la fineza en la elaboración conceptual y fue adoptado como metodología por autores de filiación liberal como Gustav RADBRUCH y Max ERNST MAYER, pero adolecía de un grave defecto de base: al separar tan radicalmente las ciencias de la naturaleza (*ser*) de las de la cultura o del espíritu (*deber ser*), permitía construir una ciencia del *deber ser*, pero olvidando que el *deber ser* es un *ser que aún no es* (si algo debe ser es porque aún no es), pero que en cualquier caso podría *llegar a ser*, es decir que el *deber ser* debe tener en cuenta una *posibilidad de ser*; olvidar esta condición permite inventar un mundo que *no es ni nunca podrá ser*. Para el neokantismo el caos del

mundo real se volvía disponible sólo cuando el valor ponía orden y con ello lo hacía comprensible, y los valores se afirmaba que *no son*, sino que valen; la consiguiente pregunta (¿Para quién valen?) no se formulaba, con lo cual se admitía su obvia respuesta: para el poder. Si en ese mundo inventado el poder era mínimamente racional y constitucional, la construcción sistemática tendía a responder a principios liberales, pero cuando dejó de serlo la construcción reflejó claramente la nueva tendencia dominante del poder.

El penalismo neokantiano de las primeras décadas del siglo pasado siguió este camino, presuponiendo un poder racional, pero a medida que el poder se alejaba de la racionalidad hasta la aberración, esa construcción se convertía en una auténtica máquina racionalizadora. Y la máquina fue usada como tal por MEZGER, hasta sus últimas consecuencias. No hacen falta más muestras de esta labor racionalizadora que las ya mencionadas, bastando como pruebas el aterrador ejemplo que busca para graficar su remiendo al dolo y su concepto de culpabilidad.

WELZEL introducía un palo en los engranajes de esa máquina de racionalizar. Como es sabido, se enmarcaba en el pensamiento jurídico de posguerra que—con las debidas reservas y pese a lo modesto de sus ambiciones— puede llamarse de *vuelta al iusnaturalismo*, en el que se inscribía también la tan discutida *Kehre* de Gustav RADBRUCH. En este sentido puede señalarse a WELZEL como el penalista de los tiempos de ADENAUER, en alguna medida paralelo al caso de Giuseppe BETTIOL en Italia, pero no puede confundirse al penalismo de los tiempos de ADENAUER y DE GASPERI con el de entreguerras. Sería un gravísimo error confundir todo, sea por interpretar los datos sólo literalmente, sin comprender las limitaciones y condicionamientos del lenguaje de una época, y pretender que todo se reducía a debatir la solución de los casos de error vencible de prohibición, ni tampoco minimizando las diferencias, como hacen las derechas (o las izquierdas cuando afirman que todos eran *reaccionarios* o conservadores). Pongan atención en esto las actuales generaciones jóvenes, a veces deslumbradas con nuevos sistemas encerrados en sí mismos y ajenos a la ética.

MEZGER y WELZEL eran dos pensadores potentísimos y ambos sabían perfectamente que cuando discutían sobre el error vencible, lo hacían en un lenguaje condicionado, pero en realidad no hacían más que tomar una consecuencia y librar

44 BAYARDO BENGÓA, Fernando, *Dogmática jurídico penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, p. 28.

una batalla jurisprudencial para imponer un marco ideológico mucho más amplio, en el que estaba en juego la base constructiva de teoría del conocimiento y con ella el concepto mismo del derecho penal y del derecho en general. Para comprender esto debe leerse la polémica entendiendo el lenguaje de su tiempo, que también imponía algunos silencios. No debatían sólo si había dolo o culpa en el error vencible de prohibición, sino si había una estructura lógico/real fundamental que vinculaba el derecho a la persona y cuya violación quitaba validez a la fuerza represiva.

En síntesis, creemos que esta polémica de los años cincuenta no está agotada ni mucho menos, sus temas son reiterativos⁴⁵ y vivimos momentos que anuncian su reactualización en forma dramática. Por ello, creemos que abrir el debate sobre el

pensamiento autoritario en el campo penal, analizando los datos personales de quienes han sido protagonistas, en la medida en que sean idóneos para arrojar luz sobre su pensamiento, no sólo contribuye a depurar nuestro discurso de los elementos que podemos traer por arrastre, sino que actualiza una polémica que no está cerrada, como que nunca se dará por terminada la dialéctica entre el derecho penal liberal y el autoritario o, en perspectiva más amplia, entre el estado de derecho y el estado de policía. Para ello, el libro de MUÑOZ CONDE nos proporciona valiosísimos datos y una excelente base de polémica, a condición de no perdernos en juicios morales, que no vienen al caso.

E. Raúl Zaffaroni

45 V. por ejemplo, Giuliano VASSALLI, *Formula di Redbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania psnazista e nella Germania postcomunista*, Nápoles, 2002.