

Eberhard Schmidt: Derecho penal en un Estado de Derecho y en un Estado autoritario*

Moritz Vormbaum

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Münster

Traducción del alemán y nota previa de Miguel Ángel Cano Paños, profesor titular de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Granada

VORMBAUM, MORITZ. Eberhard Schmidt: Derecho penal en un Estado de Derecho y en un Estado autoritario. Traducción del alemán y nota previa de Miguel Ángel Cano Paños. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-13, pp. 1-17.
<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-13.pdf>

RESUMEN: El presente artículo de Moritz Vormbaum, precedido de una nota de Miguel Ángel Cano, trata de la vida e influencia de uno de los grandes penalistas del siglo XX, Eberhard Schmidt. Vormbaum analiza el dudoso papel que Schmidt jugó durante la etapa del Nacionalsocialismo, así como la ausencia de (auto)crítica tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. El trabajo confirma que el debate en Alemania en torno al turbio pasado nacionalsocialista de ciertos penalistas, algunos de los cuales han marcado el devenir de la dogmática penal germana en los últimos setenta y cinco años, dista mucho de estar cerrado.

PALABRAS CLAVE: Eberhard Schmidt, Nacionalsocialismo, dogmática penal alemana, Franz von Liszt, Derecho penal alemán, juristas nazis.

TITLE: **Eberhardt Schmidt: Criminal law in a Rule of law and an authoritarian state**

ABSTRACT: This paper by Moritz Vormbaum, preceded by a note by Miguel Ángel Cano, deals with the life and influence of one of the great jurists in the field of criminal law of the 20th century, Eberhard Schmidt. Vormbaum analyzes the dubious role that Schmidt played during the period of National Socialism, as well as the absence of (self) criticism after the end of the Second World War. The work confirms that the debate in Germany around the murky national-socialist past of certain jurists, some of whom have marked the scholarly evolution of German criminal law in the last seventy-five years, is far from being closed.

KEYWORDS: Eberhard Schmidt, National Socialism, German penal dogmatics, Franz von Liszt, German criminal law, Nazi jurists.

Fecha de recepción: 15 mayo 2020

Fecha de publicación en RECPC: 4 octubre 2020

Contacto: macano@ugr.es

SUMARIO: *Nota previa: Sobre el papel de influyentes penalistas alemanes durante el Tercer Reich, ¿una historia inacabada?* (por M.Á. Cano Paños). I. Vida e influencia. II. Eberhard Schmidt en la Universidad de Hamburgo. III. Valoración. 1. Transcurso de su carrera. 2. Obra científica. 3. Relación con la doctrina de Franz von Liszt («continuidad del Derecho penal»). 4. Autorreflexión. IV. Conclusión.

* «Eberhard Schmidt: Strafrecht im Rechtsstaat und im Führerstaat», publicado en: Repgen, Tilman/Jeßberger, Florian/Kotzur, Markus/Bachmann, Sarah A. (eds.) (2019): *100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 399-413.

N. del T.: El autor del trabajo emplea el concepto de «Führerstaat» para referirse a lo que aquí se traduce como Estado autoritario. Al respecto hay que decir que en Alemania se utiliza generalmente el concepto de «Führerstaat» para referirse al régimen político imperante en ese país durante la época del Nacionalsocialismo.

Nota previa: Sobre el papel de influyentes penalistas alemanes durante el Tercer Reich, ¿una historia inacabada? (por Miguel Ángel Cano Paños)

La influencia de la dogmática alemana en el desarrollo del Derecho penal de buena parte de los países del entorno cultural europeo, incluida España, resulta indudable. Ligado a ello se encuentra el legado de ilustres penalistas germanos que llevaron a cabo su trabajo científico ya desde finales del siglo XIX –como es el caso de Franz von Liszt– creando o desarrollando aspectos fundamentales del Derecho penal material, los cuales siguen plenamente vigentes bien entrados ya en el siglo XXI.

Sin embargo, a día de hoy continúa siendo objeto de debate el papel que algunos de esos penalistas jugaron durante la época del Nacionalsocialismo, fundamentalmente entre los años 1933 y 1945. Ello adquiere una importancia fundamental sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que algunos de ellos, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y el desmoronamiento de la dictadura nazi, pudieron continuar ejerciendo su labor docente e investigadora en centros universitarios alemanes; y ello aun cuando en su momento se distinguieron –en mayor o menor medida– por impulsar y/o defender postulados de la ideología nacionalsocialista del todo punto incompatibles con un Derecho penal democrático y respetuoso con los derechos humanos. Así, la denominada «desnazificación» («*Entnazifizierung*») de la administración y la vida pública alemanas tras el fin de la guerra ocurrió únicamente en casos aislados. A ello ayudó la política de Adenauer consistente en «correr un tupido velo» sobre el pasado de empresarios, funcionarios, científicos, intelectuales y académicos con una más que contrastada simpatía por el régimen nazi. La división del Continente en dos bloques y la supuesta amenaza comunista jugó también su papel. A lo que aquí interesa, todo ello implicó que ilustres penalistas vinculados a la dictadura nacionalsocialista –algunos de ellos incluso afiliados al NSDAP– pudieran, tras 1945, seguir dirigiendo sus cátedras sin ningún tipo de rubor; ni por parte de ellos ni por parte de sus discípulos.

Con respecto a algunos de estos juristas, investigaciones realizadas en torno a su vida y obra han podido constatar una más que manifiesta simpatía o adhesión al Tercer Reich.ⁱ Este es el caso, por ejemplo, de Edmund Mezger, George Dahm o Friedrich Schaffstein. Otros, por el contrario, sufrieron en primera persona el régimen nazi, viéndose obligados a abandonar sus cátedras y, lo que es peor, su vida en territorio alemán. Entre ellos se encuentran ilustres penalistas de la talla de James Goldschmidt, Gustav Radbruch o Max Alsberg. Por último, existe un tercer grupo de juristas los cuales, sin simpatizar abiertamente con la ideología nacionalsocialista, sí que mantuvieron una actitud cuanto menos neutra y en cierto modo condescendiente frente al horror nazi, en algunos casos con el único objetivo de no ver peligrada su carrera profesional. Este es sin duda el caso de Eberhard Schmidt. Aunque no el único. Tras el desmoronamiento del Tercer *Reich*, una minoría de estos penalistas hicieron pública su equivocación, denunciando el horror nazi y mostrando un arrepentimiento activo por haber simpatizado con semejante ideología. Este es, por ejemplo, el caso de Dahm. Otros –la mayoría– decidieron guardar silencio y mirar hacia otro lado, ocultando cuidadosamente su abierta simpatía por la dictadura. No obstante, su legado en forma de artículos y conferencias no ha hecho más que confirmar su más que notoria adhesión al régimen nazi.

En mayor o menor medida, esta pléyade de juristas que desarrollaron una ingente actividad intelectual durante la dictadura nacionalsocialista –en algunos casos con textos fuertemente impregnados de la ideología nazi– influyeron en el desarrollo del Derecho penal alemán. Al respecto cabe decir que dicha temática continúa siendo objeto en Alemania de una activa controversia.ⁱⁱ En concreto, las posiciones se sitúan en dos polos contrapuestos, si bien ambos están cargados de razón. Para un sector de la doctrina, la evolución del Derecho penal durante el periodo nazi no puede de ningún modo catalogarse única y exclusivamente como una *perversión* del mismo (que la hubo). Así, conceptos acuñados durante esa época siguen todavía a día de hoy vigentes en Alemania, como es el caso del delincuente tendencial peligroso (*Hangtäter*), la custodia de seguridad para delincuentes incorregibles (*Sicherungsverwahrung*) o bien las inclinaciones dañinas del menor de edad (*schädliche Neigungen*) como justificación a la hora de imponer una pena privativa de libertad. Es por ello que en el ámbito jurídico-penal germano se ha acuñado el término «*Kontinuitätsthese*». Por el contrario, otro sector doctrinal señala que el Derecho penal aprobado durante la etapa

ⁱ En el caso de Alemania, véase, por todos: Müller, Ingo (1987): *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Justiz*, München: Knaur. En el caso de España resulta paradigmático el trabajo publicado por Muñoz Conde sobre la vida e influencia del penalista Edmund Mezger. Véase: Muñoz Conde (2003): *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch. Cuando en Alemania se habla de estos «juristas terribles» no sólo se hace referencia a aquellos jueces y fiscales que aplicaron sin escrúpulos las leyes nazis, sino también a aquellos otros juristas que, cómodamente desde sus cátedras en la universidad, comentaron e interpretaron benévola o neutralmente dichas leyes, llegando incluso a intervenir directamente en su elaboración.

ⁱⁱ Sobre la influencia del Nacionalsocialismo en la evolución del Derecho penal alemán véase: Vogel, Joachim (2014): *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag; Vormbaum, Thomas (2016): *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª Ed., Berlin: Springer, pp. 176 y ss.

nacionalsocialista de ningún modo y en ningún caso era compatible con los postulados inherentes a un Estado de Derecho. Ello vendría ejemplificado por conceptos tales como el Derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*), o por leyes absolutamente reprochables que tenían como objetivo proteger la sangre alemana, la raza aria o la comunidad del pueblo alemán (*Volksgemeinschaft*), lo que llevaba acarreada la eliminación de seres humanos considerados como inferiores. Los partidarios de esta corriente señalan que el Derecho penal nacionalsocialista implicó una ruptura (*einem Bruch*) con los principios democráticos que venían caracterizando al Derecho penal germano.

Como a nadie escapa, la implicación en la elaboración de estas leyes, o bien la actitud acrítica frente a la aprobación de las mismas por parte de una serie de penalistas que han dejado su impronta en la historia de la dogmática penal alemana, constituye un motivo de polémica que hasta el día de hoy no ha conseguido ser dirimida en el seno de la doctrina penal alemana contemporánea. Ejemplo de ello es la vida e influencia de Eberhard Schmidt, el cual desarrolló su actividad docente e investigadora durante tres periodos distintos: la República de Weimar, el régimen nacionalsocialista y, finalmente, la incipiente República Federal alemana tras 1945.

Para ello, a continuación se presenta para el lector de habla hispana la traducción de un más que interesante trabajo de investigación elaborado por Moritz Vormbaum, Catedrático de Derecho penal, procesal penal y Derecho penal internacional en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania), donde desgrana la vida, obra e influencia del – por lo demás– prestigioso penalista Eberhard Schmidt, así como su actividad y, sobre todo, pensamiento antes, durante y después del régimen nazi. Como se verá a continuación, la vida y obra de Schmidt arroja luces y sombras, las cuales son necesarias poner de relieve para valorar en su justa media la influencia de este penalista en la historia del Derecho penal alemán del siglo XX.

Tal y como de forma magistral señala Francisco Muñoz Conde en uno de sus últimos trabajos –dirigido precisamente a realizar un análisis de la vida, obra y vinculaciones de Reinhart Maurach con el régimen nazi–, «no está de más recordar a las generaciones de futuros juristas y penalistas, y a todos los fervientes admiradores de las grandes construcciones de la Dogmática jurídica y concretamente de la Dogmática jurídico-penal, que también la más refinada Dogmática, y lo mismo cualquier otra actividad científica o intelectual jurídica, puede ir paralela o servir incluso de legitimación a la barbarie, aunque aparezca revestida con el ropaje y el venerable nombre del Derecho».ⁱⁱⁱ

-X-X-X-X-X-X-X-X-X-X-

ⁱⁱⁱ Muñoz Conde, Francisco (2020): «Reinhart Maurach. Vida y obra de un penalista alemán del siglo XX» (en prensa). Agradezco al autor el envío del trabajo, previa publicación del mismo, así como la interesante conversación mantenida el 22 de septiembre de 2020, la cual ha ayudado a perfilar y refinar esta nota previa.

Los méritos aportados por Eberhard Schmidt (1891-1977) a la ciencia penal alemana son indiscutibles.¹ Sin embargo, su papel durante la dictadura nacionalsocialista plantea hasta el día de hoy interrogantes. En el marco del presente trabajo no resulta posible ni tampoco se pretende abordar de forma completa tanto la biografía de Schmidt como su obra científica.² Más bien el objetivo de este trabajo es presentar una sinopsis de su vida e influencia, con especial consideración de su época en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Hamburgo. A partir de estas consideraciones, el trabajo tiene como objetivo llevar a cabo una valoración apropiada y realista del papel de Schmidt durante la época del Nacionalsocialismo.

I. Vida e influencia

Eberhard Schmidt nació el 16 de marzo de 1891 en Jüteborg, ciudad localizada en el actual *Land* de Brandeburgo. Entre los años 1910 y 1913 estudió Derecho en la Friedrich-Wilhelms-Universität Berlín. Schmidt desarrolló un gran interés por la historia del Derecho, lo cual hizo que se convirtiera en uno de sus ámbitos de investigación. Su tesis doctoral, realizada en la universidad berlinesa, lleva el título *Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II.*;³ la misma fue depositada a Robert von Hippel en la Universidad de Göttingen.⁴ En Berlín estableció Schmidt contacto con el prestigioso penalista y teórico de la política criminal Franz von Liszt, el cual se convirtió en su maestro. Desde el año 1913 a 1920, Schmidt realizó sus prácticas como referendario en Jüteborg y Berlín, las cuales se vieron interrumpidas por su llamamiento para ejercer como enfermero durante la Primera Guerra Mundial, así como por una actividad en la Oficina de Interior del *Reich*.⁵ Además, durante esa fase trabajó como asistente en el Instituto de Criminalística dirigido por el propio von Liszt. En el año 1920, Schmidt presentó en la Universidad de Berlín su trabajo de habilitación titulado *Fiskalat und Strafprozess*.⁶ Si bien la misma no fue dirigida por von Liszt,⁷ lo cierto es que Schmidt recibió el apoyo de colegas pertenecientes al círculo de von Liszt, como James Goldschmidt, Ernst Heymann, Wilhelm Kahl y Eduard Kohlrausch.⁸

Sus primeras estaciones como profesor llevaron a Schmidt a las universidades de Breslavia (1921 a 1926) y Kiel (1926 a 1929). Es entonces cuando en el año 1929 aceptó una

¹ Véase al respecto: Gräfin von Hardenberg, *Eberhart Schmidt (1891-1977). Ein Beitrag zur Geschichte unseres Rechtsstaats*, 2009, p. 17.

² Sobre la vida privada y la producción científica de Schmidt véase, en detalle: Von Hardenberg, cit.

³ Publicada en: *Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, Serie 3, Vol. I, núm. 2, 1914, pp. 241-309.

⁴ Sobre las razones de por qué Schmidt no se doctoró en Berlín véase: von Hardenberg, cit., p. 34.

⁵ Cfr. von Hardenberg, cit., pp. 39-43.

⁶ Schmidt, *Fiskalat und Strafprozess*. *Archivalische Studien zur Geschichte der Behördenorganisation und des Strafprozessrechts in Brandenburg-Preußen*, 1921.

⁷ Según señala Löhnig («Die v. Liszt-Schule im totalitären Kontext», en: Koch/Löhnig (Ed.), *Die Schule Franz von Liszts*, 2016), si bien Schmidt estaba muy influenciado por von Liszt, sin embargo, apenas tuvo contacto personal con él.

⁸ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 45.

oferta de cátedra por parte de la Universidad de Hamburgo. En el año 1935 se trasladó a la Universidad de Leipzig, donde permaneció hasta la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Entre los años 1939 y 1945 Schmidt ejerció además como consejero en los tribunales militares adscritos a la justicia de la *Wehrmacht*. En abril del año 1945, Schmidt fue hecho prisionero por parte de las fuerzas norteamericanas, si bien fue puesto en libertad meses más tarde. Entre los años 1945 y 1948, Schmidt ejerció como profesor en la Universidad de Gotinga. Tras aceptar una oferta de cátedra por parte de la Universidad de Heidelberg, Schmidt se trasladó allí, donde trabajó hasta su jubilación en el año 1959. En su momento, Schmidt fue considerado como uno de los penalistas más influyentes de la reciente República alemana.⁹ Desde el año 1954 fue miembro de la Gran Comisión de Derecho Penal, la cual trabajó en la elaboración del Proyecto de Código Penal del año 1962.¹⁰ Además, recibió numerosas condecoraciones, como por ejemplo la Cruz del Mérito Federal. Eberhard Schmidt falleció el 17 de junio de 1977 en Heidelberg.

La obra científica de Schmidt abarca numerosos ámbitos, si bien sus investigaciones estaban marcadas por la historia del Derecho. Junto a los arriba mencionados trabajos de tesis doctoral y habilitación, relacionados ambos con la historia del Derecho, así como otras muchas aportaciones científicas, Schmidt elaboró un manual titulado *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, el cual apareció en tres ediciones entre los años 1947 y 1965.¹¹ En el ámbito del Derecho penal sustantivo hay que hacer especialmente referencia a la revisión que efectuó del manual de von Liszt *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Así, Schmidt asumió la elaboración de dicha obra, la cual se encuentra sin duda entre los más conocidos e influyentes manuales de Derecho penal alemán, a partir de la edición núm. 23.¹² Se ha dicho incluso que Schmidt desarrolló dicho manual hasta tal punto que el mismo llegó a convertirse en una obra propia.¹³ En el ámbito del Derecho procesal penal hay que destacar sobre todo su Comentario en tres tomos de la Ordenanza Procesal alemana y de la Ley de Organización de los Tribunales.¹⁴ Además, hay que decir que Schmidt fue un pionero en un ámbito que hoy en día es denominado como Derecho médico. Así, desde la década de 1920 publicó de forma regular artículos sobre la temática relacionada con los aspectos jurídicos de la medicina, como por ejemplo el consentimiento ante intervenciones médicas,¹⁵ cuestiones jurídicas en los casos de negligencia profesional¹⁶ o en relación al secreto profesional de los médicos.¹⁷ Además, elaboró trabajos sobre Política criminal.¹⁸

⁹ Para Löhnig, cit., p. 200, Schmidt era un «superstar de su generación».

¹⁰ Cfr. Timm, *Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962*, 2016, pp. 60-61.

¹¹ Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947 (2ª Ed., 1951; 3ª Ed., 1965).

¹² *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23ª Ed., 1921. Schmidt continuó ocupándose de dicho manual hasta la 26ª Ed. (1932).

¹³ Cfr. al respecto: von Hardenberg, cit., p. 110.

¹⁴ Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Tomo 1: *Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 1952; Tomo 2: *Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO*, 1957; Tomo 3: *Erläuterungen zum GVG und zum Einführungsgesetz zum GVG*, 1960.

¹⁵ Cfr. por ejemplo: Schmidt, «Operation ohne Einwilligung», *Ärztliche Sachverständigen Zeitung* 36 (1930), pp. 193-196.

¹⁶ Cfr. por ejemplo: Schmidt, «Der ärztliche Kunstfehler», *Deutsche Medizinische Wochenschrift* (1947), pp. 145-147, pp. 199-202.

¹⁷ Cfr. por ejemplo: Schmidt, «Ärztliche Schweigepflicht und Meldeordnung», *DRiZ* (1950), pp. 172-174; el mismo, «Ärztliche Schweigepflicht und kein Ende», *Deutsche Medizinische Wochenschrift* (1954), pp. 1649-1651; el mismo, «Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit», *NJW* (1962), pp. 1745-1750.

¹⁸ Una relación de sus trabajos puede encontrarse en: Bockelmann/Gallas (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, pp. 662-667, así como en: von Hardenberg, cit., pp. 549-578.

Un motivo recurrente en los trabajos de Schmidt, sobre todo en el ámbito de la Historia del Derecho, es la relación entre el poder y el derecho, o, expresado de otra manera, entre la conveniencia y la justicia. Así, en el preámbulo de la 1ª edición de su obra *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsflege*, señala Schmidt de forma programática lo siguiente:

«Toda la historia del Derecho gira en torno a la oposición entre poder y derecho, entre conveniencia y justicia. (...) Los grandes sufrimientos de la humanidad resultan de las tensiones que surgen de esa oposición. Con respecto a esto la historia ofrece un rico material ilustrativo, transmitiendo además enseñanzas dignas de consideración. El principiante en la carrera jurídica no puede absorber esto lo suficientemente temprano».¹⁹

II. Eberhard Schmidt en la Universidad de Hamburgo

El 1 de octubre de 1929, Schmidt aceptó una oferta de cátedra en la Universidad de Hamburgo. Al tiempo de su nombramiento era el miembro más joven de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.²⁰ En Hamburgo, Schmidt era titular de una cátedra de Derecho penal, procesal penal y judicial.²¹ En consonancia con sus líneas de investigación, Schmidt impartió también clase sobre Moderna historia del derecho.²² Durante su etapa en Hamburgo elaboró un dictamen para la 36ª edición de las Jornadas de Juristas,²³ publicando además la 26ª –y última– edición del manual de von Liszt. De forma paralela a su actividad en la universidad, Schmidt fue desde el año 1931 Consejero en el Tribunal Superior de Justicia Hanseático.²⁴

Desde el año 1932, Schmidt fue elegido de forma repetida representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas ante el Claustro general de la Universidad de Hamburgo,²⁵ llegando a ostentar el cargo de Rector de la Universidad entre el 1 de octubre de 1933 y el 30 de septiembre de 1934. Su discurso de investidura, pronunciado el 7 de noviembre de 1933, llevaba por título «Juristisches Denken und Politik».²⁶ También aquí, el leitmotiv de su discurso giró en torno a la relación entre poder y derecho. Su discurso comienza con una exposición de la jurisprudencia conceptual positivista en el pensamiento jurídico del siglo XIX, la cual, en opinión de Schmidt, «en la actualidad» (es decir, en el otoño del año 1933),

¹⁹ Schmidt (nota núm. 11), p. 7. Cfr. también: el mismo, «Die Kriegestraßverfahrensordnung im Ganzen der deutschen Strafprozessrechtsentwicklung, *ZStW* (1941), p. 464 («El desarrollo de nuestro Derecho gira en torno a los polos de la conveniencia y la justicia»). Cfr. con respecto a esta asunción Koch, «Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur», en: *Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag*, 2008, pp. 407-408.

²⁰ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 126.

²¹ Cfr. Paech/Krampe, «Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät – Abteilung Rechtswissenschaft», en: Krause/Huber/Fischer (eds.), *Hochschulalltag im „Dritten Reich“. Die Hamburger Universität 1933-1945, Teil II: Philosophische Fakultät, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät*, 1991, p. 873.

²² Cfr. von Hardenberg, cit., p. 114, pp. 132-135.

²³ Cfr. Schmidt, *Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes? Gutachten für den 36. Juristentag*, Vol. 1, 1931, pp. 101-230. Una visión detallada de su actividad durante la época en Hamburgo, incluyendo las conferencias impartidas y los dictámenes jurídicos elaborados, puede verse en: Von Hardenberg, cit., pp. 183-214.

²⁴ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 131.

²⁵ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 127.

²⁶ Schmidt, «Juristisches Denken und Politik», en: Hamburgische Universität (Ed.), *Reden gehalten bei der Feier des Rektorwechsels am 7. November 1933*, 1933, pp. 27-49.

es criticada a través de exigencias tales como «abajo con el liberalismo» y «abajo con todo el positivismo e historicismo».²⁷ Según Schmidt, estas exigencias no eran desde luego nuevas. En su opinión, el positivismo había sido ya criticado por Rudolf von Ihering y «nuestro inolvidable Franz von Liszt»;²⁸ crítica a la cual se sumaba el propio Schmidt. Así, las leyes no debían aplicarse desde una perspectiva meramente positivista. Más bien cada detalle de las leyes positivas debía «insertarse en un orden sistemático superior; si bien, además, al mismo tiempo, cada detalle debe recibir de ese orden sistemático su verdadero significado dentro del conjunto armoniosamente ordenado del ordenamiento jurídico».²⁹ Con el concepto «orden sistemático superior» se refiere Schmidt a «lo político», el cual otorga su «concreto valor» a las leyes necesitadas de ser completadas.³⁰ En sus conclusiones, Schmidt afirma que el pensamiento jurídico y la política «no suponen contradicciones enemistadas», sino que más bien ambos van de la mano «como forma y contenido de nuestra vida nacional y étnica [sic]».³¹ Por ello, el «correcto jurista» era, únicamente, «el jurista “político”».³²

Considerando el año que todavía le quedaba a Schmidt como rector, en su discurso presentó un concepto que ya había sido concebido en el año 1932 por Adolf Rein y que posteriormente desarrolló junto al propio Schmidt y otros colegas,³³ a saber, la consideración de la Universidad de Hamburgo como «una universidad política».³⁴ Esta institución no sólo debía producir a académicos formados intelectualmente, sino también formar y educar «a un determinado tipo humano».³⁵ El trabajo y la vida en la Universidad de Hamburgo debían de estar determinadas «por la triada del servicio al trabajo, el servicio a la SA y el servicio a la ciencia».³⁶ El trabajo científico en la universidad debía ser concebido «bajo el punto de vista de aspectos educativos nacionales». Es por ello que resultaba necesario introducir «cursos de formación política (...) para los primeros semestres».³⁷ Los posibles enfoques para el desarrollo de la conciencia política debían ser «el mundo de las ideas políticas del nuevo estado alemán», a saber, «importantes cuestiones relacionadas con la etnología, la historia, la biología, particularmente la biología racial [sic], la geografía y la sociología».³⁸

En su condición de rector, Schmidt participó también en el denominado «Compromiso de los profesores de las universidades y centros de estudio superior alemanes con Adolf Hitler y el Estado Nacionalsocialista». El evento se organizó en Leipzig el 11 de noviembre de 1933 por parte de la Asociación Nacionalsocialista de Profesores de Sajonia, con motivo

²⁷ Ibidem, p. 34; Cfr. también al respecto: Paech/Krampe, cit., p. 867 y p. 868 («ataque vehemente contra el positivismo jurídico»).

²⁸ Schmidt (nota núm. 26), p. 35.

²⁹ Ibidem, p. 30.

³⁰ Ibidem, p. 41.

³¹ Ibidem, p. 42. N. del T.: Schmidt utiliza aquí literalmente el término «*völklich*», del cual se apropió la ideología nacionalsocialista para, entre otras cosas, resaltar la especificidad racial y étnica del pueblo alemán.

³² Ibidem, p. 43.

³³ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 129.

³⁴ Schmidt (nota núm. 26), p. 45.

³⁵ Ibidem, p. 46.

³⁶ Ibidem. N. del T. El acrónimo SA hace referencia a la denominada *Sturmabteilung*, una organización paramilitar, uniformada y armada perteneciente al Partido Nacionalsocialista (NSDAP), integrada mayoritariamente por jóvenes, y que entre otros cometidos tenía la persecución de disidentes políticos, actuando incluso como ayudante de la policía para aplacar cualquier tipo de resistencia frente al poder establecido.

³⁷ Ibidem, pp. 46-47.

³⁸ Ibidem, p. 47.

de la salida de Alemania de la Sociedad de Naciones, la cual se había producido el 14 de octubre de 1933. Sobre esa salida debía «votarse» en el marco de las elecciones al *Reichstag* en noviembre de 1933. Teniendo en cuenta que sólo había candidatos del NSDAP, no se trató desde luego de una votación en sentido estricto. Durante dicho compromiso, los profesores participantes en el evento ratificaron la supuesta voluntad del Estado alemán de preservar la paz y el entendimiento de los pueblos. Sin embargo, al mismo tiempo destacaron la aspiración de Alemania a una soberanía (militar). El discurso de Schmidt se basó en el leitmotiv «justicia», el cual le sirvió sobre todo como punto de partida para una crítica de las condiciones establecidas en el Tratado de Versalles.³⁹

III. Valoración

En la doctrina pueden encontrarse tanto puntos de vista positivos⁴⁰ como críticos⁴¹ en relación a Schmidt. Lo mismo sucede con respecto a otros juristas que actuaron tanto en sistemas democráticos como la República de Weimar o la República alemana, como en el Estado totalitario nacionalsocialista.⁴² Hay que decir que, en el caso de Schmidt, las dificultades a la hora de realizar una valoración se deben a que el mismo no puede aparentemente ser adscrito a una determinada orientación política o escuela jurídica. Al respecto resulta significativo que Schmidt ha sido etiquetado como «liberal»,⁴³ «liberal-nacional»,⁴⁴ «conservador»,⁴⁵ «nacionalista alemán»,⁴⁶ ya incluso —desde una perspectiva político-criminal— ha sido situado «en la extrema izquierda».⁴⁷ Podrían añadirse otras caracterizaciones adicionales en forma de palabras clave, al haberse considerado que el mismo, tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, asumió en ocasiones el papel de «Guerrero frío»⁴⁸ y «Antimovimiento del 68».⁴⁹

Para una valoración justa del papel de Eberhard Schmidt durante la época del

³⁹ El discurso fue publicado en: Nationalsozialistischer Lehrerbund Deutschland/Sachsen (Ed.), *Bekennnis der Professoren an den deutschen Universitäten und Hochschulen zu Adolf Hitler und dem nationalsozialistischen Staat*, 1933, pp. 22-24.

⁴⁰ Así, la detallada investigación biográfica llevada a cabo por von Hardenberg destaca sobre todo los méritos de Eberhard Schmidt.

⁴¹ Cfr. por ejemplo Paech/Krampe, cit., pp. 867-868. Por su parte, Ingo Müller sitúa a Schmidt dentro de la categoría «juristas terribles». Véase: Müller, *Furchtbare Juristen*, 1987, p. 223.

⁴² A modo de ejemplo podría hacerse referencia a Eduard Kohlrausch (véase con respecto a este autor: Karitzky, *Eduard Kohlrausch: Kriminalpolitik in vier Systemen*, 2002) y Edmund Mezger (con respecto a éste véase: Muñoz Conde, *Edmund Mezger. Beiträge zu einem Juristenleben*, 2007; Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, 2000). N. del T. En relación a la obra de Muñoz Conde sobre Edmund Mezger, hay que señalar que existe una versión de la misma en castellano: Muñoz Conde, Francisco (2003): *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

⁴³ Cfr. al respecto la valoración tras su año como Rector de la Universidad de Hamburgo, la cual se encuentra en la nota 54 con respecto al texto al que la misma viene referida.

⁴⁴ Cfr. von Hardenberg, cit., p. 161.

⁴⁵ Ibidem, p. 156.

⁴⁶ Löhnig, cit., p. 200.

⁴⁷ Cfr. al respecto: von Hardenberg, cit., p. 109.

⁴⁸ Cfr. por ejemplo el prefacio a la tercera edición de su obra *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, en el cual Schmidt se queja de la falta «de una reconocida moral política de carácter vinculante». Sin la misma no podrían desarrollarse «las fuerzas políticas y morales (...) que (...) representan el baluarte contra los peligros que amenazan del Este con una severidad inquebrantable» (pp. 9-10).

⁴⁹ Cfr. por ejemplo Schmidt, «Strafrechtspflege in Gefahr», *ZStW* 1968, p. 569: «La generación que ha experimentado el sufrimiento en un Estado de poder totalitario, con los horrores de la guerra total, con la crueldad bestial del avance de las tropas rusas, con la vejación del ser humano en los campos de prisioneros de guerra rusos, está muriendo y dejando espacio para una generación que no quiere saber nada de esas experiencias y la cual, mimada por la prosperidad, se ha metido en una relación completamente pervertida con el Estado» (cursiva en el original).

Nacionalsocialismo debe procederse de manera diferenciada. Por ello, a continuación se van a examinar determinados aspectos individuales, los cuales, en su interacción, deben contribuir a la formación de una visión de conjunto.

1. *Transcurso de su carrera*

Un primer aspecto importante es la carrera de Schmidt durante el Nacionalsocialismo. Así, la llegada al poder del régimen nazi no tuvo repercusiones negativas para Schmidt desde un punto de vista profesional, al contrario así que para algunos de sus antiguos colegas en Berlín como James Goldschmidt y Max Alsberg:⁵⁰ tras 1933, los dos fueron inmediatamente despedidos de su labor universitaria. Debido a sus raíces judías, Goldschmidt se vio obligado a emigrar a Latinoamérica, lugar donde murió poco tiempo después. Especialmente trágico es el destino del abogado penalista y profesor universitario Alsberg, el cual se suicidó tras la inhabilitación decretada por los nacionalsocialistas. Otros penalistas como Richard Martin Honig o el socialdemócrata y discípulo de von Liszt, Gustav Radbruch, no pudieron continuar con su actividad profesional en Alemania tras la llegada al poder del régimen nazi. Por el contrario, el año 1933 supuso para Schmidt un impulso profesional considerable con su nombramiento como Rector de la Universidad de Hamburgo.

Si se tiene en cuenta que, antes de 1933, Schmidt no había precisamente llamado la atención por manifestar una especial simpatía por el Nacionalsocialismo, más bien lo contrario,⁵¹ se plantea la cuestión de hasta qué punto dio concesiones a la dictadura en aras a su carrera. Schmidt nunca fue miembro del NSDAP, si bien desde 1934 era miembro de la Asociación Nacionalsocialista de los profesionales juristas, de la Asociación Nacionalsocialista de Profesores, así como del Bienestar Social Nacionalsocialista.⁵² Hay que partir ciertamente de la base de que esa membresía se encontraba en una estrecha relación con su puesto como profesor universitario y su actividad en la gestión universitaria.⁵³ Sin embargo, al mismo tiempo insinúa una disposición del propio Schmidt a realizar concesiones que redundasen en beneficio de su carrera. En lo que se acaba de decir encaja la nota de despedida del dirigente de los profesores con motivo de la finalización de la actividad de Schmidt como Rector en la Universidad de Hamburgo en el año 1934:

«En su actitud básica actuando como liberal en el sentido que le fuera más favorable, como rector ha intentado (...) influir de forma equilibrada. Sólo recientemente se han intensificado las tensiones con el alumnado y también con algunos profesores universitarios nacionalsocialistas; tensiones que, en la medida en que la culpa esté de su parte, ello se debe a una cierta incompreensión, pero no a la mala voluntad. Desde el principio ha allanado el camino de la actividad docente, incluso allí donde en casos particulares las opiniones

⁵⁰ El propio Schmidt hace referencia al triste destino de sus dos colegas. Véase: Schmidt (nota núm. 11), p. 428. Con respecto a esos dos autores véase: Werle/Vormbaum, «Das Strafrecht an der Friedrich-Wilhelms-Universität 1871-1945», en: Tenorth (Ed.), *Geschichte der Universität Unter den Linden 1910-2010*, Vol. 5, 2010, pp. 122-126.

⁵¹ Cfr. Löhnig, cit., p. 200.

⁵² Cfr. von Hardenberg, cit., pp. 177-182.

⁵³ Convincente en: von Hardenberg, cit., p. 179. Crítico: Timm, cit., pp. 60-61.

diferían mucho entre ellas».⁵⁴

Por tanto, puede decirse que en el caso de Schmidt se muestra una apertura hacia el régimen nacionalsocialista, pero no necesariamente una identificación con su ideología. O, tal y como lo expresa von Hardenberg: Schmidt «no se sentía con el Nacionalsocialismo a gusto de corazón».⁵⁵ Sin embargo, su discurso en Hamburgo con el apremiante alegato por una «universidad política» compuesta por los tres pilares relativos al servicio al trabajo, servicio a la SA y servicio a la ciencia, supone un apoyo inequívoco a la política educativa nacionalsocialista. En palabras de Paech y Krampe se trataba con ello de una «incorporación incondicional de la universidad en el Estado fascista», expresada eso sí «en una retórica humanista».⁵⁶ Qué movió a Schmidt a actuar así es algo que hoy no puede ya reconstruirse. Tal y como mencionan estos autores, lo cierto es que para la auto-alineación de la universidad de Hamburgo no fue decisivo el hecho de si se trataba de un «frenesí de entusiasmo», un «sentido de la responsabilidad» o bien un «oportunismo».⁵⁷

Hay que decir que hasta la fecha sigue pendiente una investigación crítica de la actividad de Schmidt como juez en el campo de batalla. La exposición que al respecto realiza von Hardenberg resulta ilustrativa. Así, cuando allí se dice que «Schmidt no condenó a muerte a ningún joven soldado por desertión que no hubiera llamado previamente la atención», ello suena desde luego como una opinión muy benévola.⁵⁸

2. *Obra científica*

Otro aspecto a tener en cuenta son las publicaciones de Schmidt durante la dictadura nacionalsocialista. ¿Reflejaban las mismas el pensamiento jurídico nazi y lo sustentaban? ¿O más bien lo cuestionaron y criticaron en el marco de lo que era entonces posible?

Entre los años 1933 y 1945, Schmidt publicó en todo el espectro circunscribible a las líneas de investigación señaladas *supra*.⁵⁹ En consonancia con su actividad práctica en aquel momento, también hay contribuciones al Derecho penal militar, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con la Ordenanza procesal penal de guerra de 17 de agosto de 1938.⁶⁰ La investigación de Schmidt sobre esta Ordenanza⁶¹ muestra su relación con una ley que rompió de forma radical con principios liberales y de un Estado de Derecho. Por ello, dicha investigación debe ser a continuación analizada de forma ejemplar.

Según se establecía en su parágrafo § 1 apartado 1, la Ordenanza introdujo el «proceso de guerra». Se trataba básicamente de un «procedimiento abreviado (...) para el aseguramiento de las fuerzas armadas y de los objetivos de la guerra». La contribución de Schmidt

⁵⁴ Cita reproducida en: Paech/Krampe, cit., p. 867, p. 906, nota núm. 10.

⁵⁵ Von Hardenberg, cit., p. 175.

⁵⁶ Paech/Krampe, cit., pp. 867-868.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Von Hardenberg, cit., pp. 255 y ss. Cfr. también Löhnig, cit., p. 203 («Un castigo que es más leve que los riesgos que corre un soldado, difícilmente podía y puede permitirse a largo plazo un ejército que se encuentra en guerra»).

⁵⁹ Cfr. en detalle la descripción contenida en: *Festschrift für Eberhard Schmidt* (nota núm. 18), pp. 662-667.

⁶⁰ «Verfahren über das militärische Strafverfahren im Kriege und bei besonderem Einsatz (Kriegsstrafverfahrensordnung - KStPO)», RGBL 1938 I, pp. 1457-1476.

⁶¹ Schmidt (nota núm. 19).

comienza con un análisis y presentación objetiva de la Ordenanza en cuestión y de la supresión por parte de la misma de las garantías previstas en la Ordenanza procesal. En su opinión, «el aspecto relativo al mandato de determinación (...) ha pasado de forma acusada a un segundo plano» en la Ordenanza, ya que «la norma obligatoria y estrictamente vinculante (...) ha dado paso a la facultativa en toda su medida».⁶² Con algunas disposiciones de la ley se ocupa Schmidt de forma más detallada, particularmente con el § 60 apartado 2, el cual señala lo siguiente:

«Sobre la clase, la forma y el alcance de la práctica de la prueba, así como sobre la toma de juramento de los testigos, peritos y traductores decide el Tribunal según su prudente arbitrio. En la medida de lo posible, la toma de declaración de los testigos debe efectuarse oralmente y las pruebas se deben tomar de forma inmediata».

Sorprendentemente, Schmidt analiza esta disposición de forma sensata, llegando a la conclusión de que la misma ha cortado el problema del alcance de la obtención de pruebas y la tramitación de las solicitudes de pruebas «con un golpe rápido y audaz».⁶³ Esto se puede leer de forma eufemística, cuando no cínica. En realidad, el hallazgo resulta cierto. Lo mismo cabe decir para el pronóstico que Schmidt hace –cimentándolo para ello con ejemplos históricos– según el cual la Ordenanza era «un banco de pruebas» de cara a una posterior reforma del Derecho procesal penal.⁶⁴ En la investigación actual también se defiende la tesis de que el Derecho de guerra nacionalsocialista no estaba concebido como un Derecho de excepción, sino que más bien había que valorarlo como una especie de precursor de cara a una futura reforma penal tras el conflicto armado.⁶⁵

Pues bien, es precisamente ese papel de la Ordenanza como modelo a seguir lo que critica Schmidt. En su opinión, la ley cumple ciertamente con los objetivos en tiempos de guerra, resultando aceptable teniendo en cuenta dicho contexto. Además, «el giro general que en el desarrollo del proceso penal se produce hacia un proceso de tipo inquisitivo como tal no debe ser visto negativamente», sino que resulta más bien «una consecuencia natural de la evolución general en el ámbito político». Para la persecución de los delitos, el Estado autoritario utiliza, «comprensiblemente», aquellos medios que «sugieren una fuerte concentración del poder estatal».⁶⁶ Sin embargo, como síntesis final Schmidt se pronuncia en contra de la función precursora de la Ordenanza para el posterior desarrollo del Derecho procesal penal en tiempos de paz. Para ello expone tres razones fundamentales. El carácter facultativo de las normas contenidas en la Ordenanza está en contra de dicha posibilidad, pues los preceptos formales son «garantes de una ordenada instrucción del proceso».⁶⁷ Además, con respecto a las proposiciones de prueba resulta ciertamente necesario para el Derecho procesal «una recopilación de los motivos de rechazo desde un punto de vista práctico».⁶⁸ Y,

⁶² Ibidem, pp. 429-430.

⁶³ Ibidem, p. 453.

⁶⁴ Ibidem, p. 437.

⁶⁵ Cfr. Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, pp. 202, 677, 709, 713-714.

⁶⁶ Schmidt (nota núm. 19), p. 458.

⁶⁷ Ibidem, p. 459.

⁶⁸ Ibidem, p. 461.

finalmente, la ausencia de recursos en la Ordenanza puede aceptarse únicamente como una medida de urgencia en tiempos de guerra; sin embargo, una segunda instancia resulta básicamente necesaria, por ejemplo, con vistas a «condenas de aquellos acusados que niegan los hechos en caso de complicadas pruebas de indicios», o bien con respecto a «decisiones basadas en difíciles o quizá novedosas consideraciones legales».⁶⁹

En otras contribuciones de Schmidt puede también vislumbrarse una fluctuación parecida entre un análisis neutral, una aceptación de recortes en principios inherentes a un Estado de Derecho, un apoyo del desarrollo legislativo nacionalsocialista utilizando para ello argumentos de carácter histórico, pero también una clara crítica al Derecho nacionalsocialista. Un ejemplo lo constituye su contribución al libro homenaje para Kohlrausch.⁷⁰ Por un lado, en este trabajo Schmidt se refiere a aquellas líneas de razonamiento desarrolladas por Carl Joseph Anton Mittermaier, las cuales podrían aprovecharse para el concepto de «culpabilidad por la conducción de vida».⁷¹ Pero por otro lado aboga por los principios inherentes a un juicio justo, subrayando que en el Derecho procesal «la posición jurídica del inculcado ostenta la misma importancia que la del Tribunal y la del Ministerio Fiscal».⁷² También es digno de mención el hecho de que Schmidt se posiciona expresamente contra difamaciones de ideas «liberales» en la doctrina contemporánea.⁷³

3. *Relación con la doctrina de Franz von Liszt («continuidad del Derecho penal»)*

La influencia de Eberhard Schmidt también puede evaluarse a la luz de la tesis de la continuidad. El pensamiento fundamental de esta tesis señala que el Derecho penal alemán, desde su codificación en el siglo XIX, se encontraba en un proceso en el que gradualmente estaba perdiendo su carácter liberal y constitucional.⁷⁴ Para los defensores de esta tesis, los doce años del Nacionalsocialismo se presentan ciertamente como una fase extrema de ese desarrollo, si bien encajan básicamente en el mismo. Por lo tanto, esos doce años no pueden desde luego ser valorados como una «fractura», la cual fue «curada» después de 1945.⁷⁵

El debate en torno a la tesis de la continuidad viene especialmente marcado por discusiones sobre von Liszt, maestro de Schmidt.⁷⁶ Ciertamente, muchos consideran que von Liszt fue un liberal defensor del Estado de Derecho. Con todo, algunos críticos señalan que, de hecho, existen claras coincidencias entre el pensamiento legal nacionalsocialista y las

⁶⁹ Ibidem, p. 463.

⁷⁰ Schmidt, «Staatsanwalt und Gericht: Betrachtungen zur Verfahrensstruktur auf Grund der Novellengesetzgebung zur Reichsstrafprozessordnung und der Reformvorschläge», en: *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch*, 1944, pp. 263-318. Un análisis de otra contribución en relación con el Derecho penal militar puede encontrarse en: Löhnig, cit., p. 201.

⁷¹ Schmidt (nota núm. 70), p. 297: «Por lo demás, Mittermaier ya había captado un importante punto de vista, el cual hoy ha cobrado toda su importancia con la asunción del “Derecho penal de autor” y, relacionado con ello, el desarrollo de la teoría de la culpa (“culpabilidad por la conducción de vida”): La idea de que la inmediatez es tanto más importante, cuando en mayor medida se hace depender del Derecho penal material el hecho de captar correctamente la “individualidad del acusado”».

⁷² Ibidem, p. 317.

⁷³ Ibidem, p. 292, nota núm. 98. Véase al respecto: Koch, cit., p. 408.

⁷⁴ Cfr. Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, pp. 7-12; Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª Ed., 2016, p. 269; Wolf, «Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?», *JuS* 1996, p. 191.

⁷⁵ Cfr. Marxen, «Das Problem der Kontinuität in der neuen Strafrechtsgeschichte», *KritV* 1990, p. 287. De forma semejante, desde un punto de vista terminológico: Diestelkamp, *Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte*, 2002, p. 2.

⁷⁶ Cfr. de la extensa literatura sobre Franz von Liszt, también particularmente a la luz de cuestiones relacionadas con la tesis de la continuidad, los trabajos contenidos en Koch/Löhnig, cit.

enseñanzas de von Liszt, como por ejemplo en aspectos tales como la división del delincuente en determinadas tipologías de autor, la importancia de la convicción del autor para la punibilidad, la lucha contra los denominados «delincuentes habituales» y, después, «enemigos de la comunidad», ya incluso la progresiva inclusión de elementos policiales en el Derecho penal. Se considera así que en este punto los nacionalsocialistas adoptaron y radicalizaron las enseñanzas de von Liszt.⁷⁷

Significativo de esa visión crítica sobre von Liszt es el hecho de que algunos de sus discípulos propagaron durante el dominio nazi una compatibilidad de sus enseñanzas con la comprensión nacionalsocialista del Derecho penal. Uno de ellos fue sin duda Schmidt. Para ello, basta hacer alusión a su discurso en el Rectorado de la Universidad de Hamburgo, en el cual incluía a von Liszt entre aquellos autores que, ya desde el siglo XIX, habían criticado el positivismo (véase *supra*).⁷⁸ En un artículo del año 1942 defendía Schmidt además la tesis de que con la Ley nacionalsocialista contra los delincuentes habituales, de 24 de noviembre de 1933, «se había cumplido finalmente con la vieja exigencia de von Liszt de intensificar la lucha contra la delincuencia habitual».⁷⁹

¿Ofreció con ello Schmidt a su propio maestro académico como fuente de ideas para un régimen dictatorial? En cualquier caso, resulta muy dudoso que von Liszt fuera en realidad un duro crítico del positivismo jurídico, tal y como lo describió Schmidt.⁸⁰ Con respecto a la Ley contra delincuentes habituales, Schmidt señaló de forma retrospectiva que la legislación penal durante el Nacionalsocialismo no estaba completamente contaminada por la ideología nacionalsocialista, sino que en algunos ámbitos era también aceptable para un Estado de Derecho (sobre esto se hará referencia a continuación). Pues bien, en estos ámbitos incluyó Schmidt también y especialmente la Ley contra delincuentes habituales.⁸¹ Es por ello que, en su opinión, la referencia realizada a la compatibilidad de la Ley contra delincuentes habituales con las enseñanzas de von Liszt no desacreditaba a estas. Con ello no quiere decirse que ese punto de vista resulte convincente. Además, para nada cambia la impresión de que tanto el propio Schmidt como otros discípulos de von Liszt se esforzaron durante el nacionalsocialismo en demostrar «la compatibilidad de la doctrina de von Liszt con el “nuevo pensamiento”».⁸²

4. Autorreflexión

Finalmente, la reflexión realizada después del año 1945 por el propio Eberhard Schmidt sobre la dictadura nazi y sobre su propio papel en ella puede contribuir a una evaluación del mismo. En su libro *Introducción a la historia de la justicia penal*, Schmidt utiliza palabras claras para definir la injusticia nacionalsocialista. Así, habla entre otras cosas de «las

⁷⁷ Cfr. Werle/Vormbaum, cit., pp. 114-115. En detalle: Vogel, cit., pp. 90-92.

⁷⁸ Schmidt (nota núm. 26), p. 35.

⁷⁹ Schmidt, «Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt», *MSchrKrim* 1942, p. 222.

⁸⁰ Cfr. Thomas Vormbaum, cit., p. 132, según el cual von Liszt «fue positivista legal en términos de dogmática jurídico-penal y, en términos de política criminal, positivista con respecto al conocimiento empírico y criminológico».

⁸¹ Cfr. Schmidt (nota núm. 11), pp. 430 y ss.

⁸² Thomas Vormbaum, cit., p. 127. Cfr. también Löhnig, cit., p. 200.

medidas ilícitas y violentas contra personas judías»,⁸³ del «desarrollo hacia el terrorismo»,⁸⁴ de un «desencadenamiento de la violencia policial»,⁸⁵ así como de un «discurso del odio de Hitler». ⁸⁶ Si se tiene en cuenta el espíritu reinante en la joven República Federal, el cual venía caracterizado por el silencio y por el mirar hacia otro lado, esta clara posición de Schmidt sobre la injusticia nacionalsocialista no puede desde luego darse por sentada.

Schmidt fue también uno de los primeros que se ocupó científicamente del desarrollo del Derecho penal durante el Nacionalsocialismo. Así, el carácter de la legislación penal nazi la describe como «ambigua». ⁸⁷ Por un lado considera que la misma se vinculó con el trabajo de reforma llevado a cabo durante el período de la República de Weimar, por lo que en esa medida «realizó un trabajo útil». ⁸⁸ Pero, por otro lado, dicha legislación siguió «específicos intereses de poder nacionalsocialista», por lo que resultaba inaceptable. ⁸⁹ Hay que decir que ese «modelo de dos mundos» o «modelo de diferenciación» se cuestiona hoy en día cada vez más; y ello por buenas razones. ⁹⁰ Sin embargo, el mismo prevaleció durante mucho tiempo, estando basado en la teoría del «Estado dual» desarrollada por Ernst Fraenkel. ⁹¹

La valoración que hace Schmidt sobre los juristas durante el Nacionalsocialismo resulta también diferenciada. A su colega durante la época de Berlín, Kohlrausch, lo llegó a describir como «el fiel Eckart de la idea del Derecho», ⁹² el cual dirigió el trabajo en la Comisión de Derecho Penal «en el sentido del Estado de Derecho», de tal manera que «el proyecto resultó inaceptable para los gobernantes nacionalsocialistas», por lo que «precisamente por ello nunca alcanzó fuerza legal». ⁹³ No resulta claro el por qué Schmidt llegó a esa valoración, sobre todo si se tiene en cuenta que él no llegó a ser miembro de esa comisión. ⁹⁴ También permanece abierta la cuestión relativa a cómo esa valoración casa con el infame comentario de Kohlrausch en relación a las decisiones en torno a la Ley de Protección de la Sangre. ⁹⁵ Schmidt tampoco es crítico con otros colegas que desempeñaron un dudoso papel durante el nacionalsocialismo, como es el caso de Edmund Mezger. ⁹⁶ Con respecto a la

⁸³ Schmidt (nota núm. 11), p. 428.

⁸⁴ Ibidem, p. 432.

⁸⁵ Ibidem, p. 439.

⁸⁶ Ibidem, p. 446.

⁸⁷ Ibidem, p. 430.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Cfr. por ejemplo: Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2000, pp. 301 y 304; Werle, cit., pp. 5-36. Con respecto al Derecho penal de la DDR véase: Vormbaum, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, 2015, pp. 658-660.

⁹¹ Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 1974 (Re-traducción al alemán).

⁹² Hay que decir que Welzel dedicó a Eberhard Schmidt la 11ª edición de su manual de Derecho penal, utilizando para ello la misma expresión. Véase: Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª Ed., 1969. N. del T. «Der getreue Eckart» es una conocida figura de la literatura dentro del género de los cuentos y leyendas, habiendo sido utilizada incluso por el propio Goethe para escribir un poema.

⁹³ Schmidt (nota núm. 11), p. 451. Véase al respecto, en detalle: Thomas Vormbaum, «Eduard Kohlrausch (1874-1948), Opportunismus oder Kontinuität?», en: *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, pp. 526-530.

⁹⁴ Véase al respecto la carta de Dahm, la cual se encuentra reproducida en: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2005/06, p. 201.

⁹⁵ Kohlrausch, «Rasseverrat im Ausland. Bemerkungen zu dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen», *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 335; Véase también al respecto: Werle, «“Das Gesetz ist Wille und Plan des Führers“ – Reichsgericht und Blutschutzgesetz», *NJW* 1995, p. 1269; el mismo: «Reichsgericht und Blutschutzgesetz (1935)», en: de Boor/Meurer (eds.), *Über den Zeitgeist. Deutschland in den Jahren 1918-1995*, Vol. II, *Justiz in Deutschland*, 1995, p. 170.

⁹⁶ Schmidt (nota núm. 11), p. 431, donde con respecto a la Ley contra delincuentes habituales peligrosos y la Ley de medidas de aseguramiento y de corrección señala que Mezger «habló después no sin razón de la “culpabilidad por la conducción de vida”». En relación a las visitas realizadas por Mezger a campos de concentración «con finalidades de investigación» véase: Muñoz Conde, cit., pp.

judicatura, Schmidt consideró además «poco apropiado hablar hoy ex post de una “deformación” de signo positivista».⁹⁷ Por el contrario, Schmidt atacó dura y personalmente a otros juristas por su papel durante el régimen nazi. En este caso no se trataba únicamente de «juristas de la corona» como Carl Schmitt,⁹⁸ sino también de aquellos otros que no habían seguido abiertamente la ideología nacionalsocialista. Según Schmidt, los penalistas Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, con su trabajo aparecido a comienzos del año 1933 titulado *Liberales oder autoritäres Strafrecht*,⁹⁹ habían influido durante la época de agitación contra «el espíritu constitucional y social de la reforma del Derecho penal».¹⁰⁰ Si bien es cierto que ambos no habían «adoptado un punto de vista claramente nacionalsocialista», ello desde luego «no era posible debido al todavía existente silencio de la dirección del partido con respecto a problemas vinculados al Derecho penal».

Por el contrario, Schmidt nunca abordó críticamente su propio trabajo. En el prólogo de la 1ª edición de su obra *Introducción a la historia de la justicia penal*, aparecida en el año 1947, Schmidt señalaba que, en la medida de lo que era posible para él en aquel momento, abordó «tanto de forma verbal como escrita la alienación mental existente en el ámbito del Derecho penal», ocupándose además «de las muchas manifestaciones de una jurisprudencia de intereses degenerada [sic]».¹⁰¹ Hay que decir que fue el propio Dahm, criticado por Schmidt, el que, en relación a la problemática sobre la postura del segundo, fue directamente al grano en una carta dirigida personalmente a Schmidt en el año 1948:

«[No es] mi propósito eludir la responsabilidad por lo que he hecho y lo que no he hecho, así como querer cambiar nuestra posición sobre el desarrollo legal de los 15 [sic] años. No niego los errores y equivocaciones de los que más o menos todos, y ciertamente nosotros, los jóvenes criminalistas, fuimos entonces víctimas. Yo tampoco pude prever el desarrollo externo e interno del Estado nacionalsocialista, abrigando esperanzas que han sido amargamente decepcionadas. Usted también cayó presa de este error, como lo demuestra suficientemente su discurso en el Rectorado de Hamburgo en el año 1933».

Dahm pone aquí de manifiesto una autorreflexión crítica, la cual también le hubiese quedado muy bien al propio Schmidt.

IV. Conclusión

Uno puede poner en favor de Schmidt el hecho de que él nunca se identificó con la mentalidad nacionalsocialista. Durante el poder nazi llegó incluso a defender en sus artículos principios inherentes a un Estado de Derecho con una notable claridad. En este sentido, su obra se corresponde con una autopercepción ligada a un penalista vinculado con principios liberales y democráticos.

95-118.

⁹⁷ Schmidt (nota núm. 14), marginal núm. 409.

⁹⁸ Cfr. Schmidt (nota núm. 11), p. 428.

⁹⁹ Dahm/Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.

¹⁰⁰ Schmidt (nota núm. 11), pp. 426-427.

¹⁰¹ Ibidem, p. 7.

Sin embargo, al mismo tiempo, Schmidt abordó tanto en sus publicaciones como en sus discursos la relación entre el Derecho penal y la política en el sentido querido por el sistema nazi, proporcionando con ello al régimen una serie de argumentos históricos legales adicionales. En su discurso en el Rectorado de la Universidad de Hamburgo, Schmidt llegó incluso a abogar de forma insistente por una formación universitaria en el sentido del Nacionalsozialismo. Tras el fin del dominio nazi, Schmidt mostró una actitud acrítica frente a su papel desempeñado durante la dictadura. A aquellos colegas más cercanos les intentó lavar las manos; en el caso de Kohlrausch con un argumento francamente grotesco.

Los aspectos señalados en último lugar arrojan una sombra en la obra de Eberhard Schmidt. Evidentemente, el hacer referencia a ellos no supone una expresión del «espíritu de un tribunal» que supuestamente compromete negativamente la investigación histórica del régimen nacionalsocialista.¹⁰² Más bien constituye un requisito de honestidad histórica, no sólo apreciar la influencia y la obra de Schmidt en el marco de un Estado de Derecho, sino también no pasar por alto o incluso guardar silencio sobre su servicio al Estado autoritario nazi.

¹⁰² Hattenhammer, «Vorbemerkung zu Schaffstein, Erinnerungen and Georg Dahm», *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 2005/06, p. 173.