

La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo.

Dr. Eduardo Javier Jourdan Markiewicz¹

Poder Judicial de la Provincia de Misiones, Argentina.

Resumen: Los positivistas jurídicos concebían a la ley como una manifestación de la autoridad del Estado; era la ley porque el Estado había decretado que sea así. Y consecuentemente, el Estado soberano no podía ser obligado por órdenes morales, contra la cual pudiese medir la justicia o no de las leyes.

Teóricos del derecho como Carl Schmitt comenzaron a elaborar justificaciones de la hegemonía alemana expresando que el derecho alemán debía regirse exclusivamente por el espíritu del nacionalsocialismo.

La distinción entre lo que la ley “es”, y lo que la ley “debería ser”, había contribuido al problema, convirtiendo al jurista bajo una figura arbitraria y cruel, y a las personas consideradas no arias, indefensas contra las leyes.

Gustav Radbruch, quien en sus orígenes y antes de la Segunda Guerra Mundial se encontraba inclinado hacia el positivismo jurídico, después de los horrores del Holocausto modifica su posición en razón de las atrocidades cometidas por el sistema jurídico injusto nazi durante la guerra. Siendo esta obediencia ciega a las leyes injustas deshumanizó a las personas consideradas no arias, y en ese contexto la formación de los abogados en el positivismo jurídico y la separación estricta de la ley y la moralidad.

PALABRAS CLAVES: NAZISMO, JUECES, TRIBUNAL DE NUREMBERG, IUSPOSITIVISMO, IUSNATURALISMO.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. JUICIO DE NUREMBERG. 3. ACUSACIÓN A LOS JUECES. 4. LA DEFENSA DE LOS JUECES . 5. OBJECIONES MATERIALES. 6. EL CRIMEN QUE NO EXISTIA– “Nullum Crimen Sine Lege” 7. LA FÓRMULA DE GUSTAV RADBRUCH.

CONCLUSION

¹ Magistrado de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la tercera Circunscripción Judicial en la provincia de Misiones, Argentina. Doctor en Derecho (Universidad Pablo Olavide, Sevilla – España), Máster en Derechos Humanos (Universidad Internacional de Andalucía - España), Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral - Argentina), Magíster en Consultoría de Tecnologías de la información (Universidad Palmas de Gran Canarias- España).

1) Introducción

Puede parecer un oxímoron², referirse al derecho nazi, como problemático, emplear el término moralidad nazi. Sin embargo, durante el período nazi, los juristas alemanes desarrollaron continuamente nuevas leyes y fueron implantadas por los tribunales alemanes. Produciéndose una abrupta revolución en el universo jurídico, tanto en el ámbito legislativo y ejecutivo.

La frecuente producción de nuevas normas, como la singular interpretación y aplicación de la legislación precedente, a partir de principios axiales de ideología nacionalsocialista, fueron determinantes para que el pueblo judío fuese legal y paulatinamente desposeído de sus derechos.

Se trataban de normas, que con apariencia de injustas, resultaban formalmente válidas, ya que emanaban del parlamento, y eran aplicadas por Jueces competentes. Mediante las cuales, se transformaba radicalmente, la mentalidad jurídica tradicional, contaminada según el nazismo, por principios y valores liberales, que habían sido los responsables de la crisis institucional y política, padecida por la República de Weimar³.

El primero de los grandes debates del siglo veinte sobre el derecho y la moral surgió en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, que contó con atrocidades humanas a una escala inimaginable en Europa y Asia. Las potencias aliadas vencedoras (Estados Unidos, Reino Unido, Francia y la Unión Soviética) establecieron tribunales militares internacionales de Núremberg,

La tarea de hacer justicia frente al abuso del nazismo, planteó una importante cuestión entre la relación moral y derecho, la que condujo hacia el núcleo de la controversia, entre la teoría del derecho natural y la del positivismo jurídico.

2) JUICIO DE NUREMBERG

² El oxímoron (del latín *contradictio in terminis*), consiste en usar dos conceptos de significado opuesto en una sola expresión, -por ejemplo, un instante eterno-, comprendiendo su alcance bajo un sentido metafórico.

³ A modo de reseña cabe expresar que la Alemania de Weimar tenía una de las constituciones más liberales de su tiempo, con un amplio catálogo de derechos individuales

La Segunda Gran Guerra se diferenci6 de todas las anteriores, en cualquier per6odo hist6rico, porque no solamente afect6 a soldados empe6ados en matarse para conquistar o defender posiciones, sino que Alemania, la nazificada, rompi6 todos los esquemas y principios b6licos al a6adir en sus planes expansionistas la eliminaci6n de seres humanos considerados tanto enemigos del pueblo alem6n como de la raza, mediante el exterminio masivo y usando el poder para el sometimiento de la poblaci6n alemana primero y europea despu6s.

Por primera vez los Estados vencedores promulgan unos Estatutos mediante los cuales ya no sancionan a la potencia perdedora, sino que persiguen, detienen y juzgan a sus l6deres de forma individualizada como responsables de los cr6menes cometidos, tanto dentro como fuera de sus fronteras naturales.

Se crean figuras legales como Cr6menes de Guerra o Contra la Humanidad para condensar de forma legible los cr6menes cometidos contra la poblaci6n civil y prisioneros de guerra desarmados; se penaliza nominalmente a quienes rebasan todos los principios que diferencian al ser humano de la bestia ampar6ndose en el poder y el miedo de sus v6ctimas.

El juicio de N6remberg, es posiblemente el intento m6s desarrollado de ofrecer una respuesta jur6dica a uno de los desaf6os m6s terribles al que se haya enfrentado la humanidad⁴.

Podemos manifestar que la creaci6n del tribunal y el desarrollo del juicio no result6 una cuesti6n simple, el reto principal era ver qu6 tipo de soluciones pod6a y deb6a brindar la comunidad internacional, por una parte en atenci6n al castigo de los culpables y por otro lado, como prevenci6n para que hechos semejantes no volviesen a suceder.

⁴ Cabe manifestar que no hubo un 6nico juicio de N6remberg, sino varios. Siendo juzgado un conjunto variados de personalidades, desde juristas, m6dicos, empresarios, hasta ciudadanos alemanes que hab6an delatado a vecinos. Asimismo se llevaron a cabo juicios en cada zona de las potencias aliadas, EE. UU., Reino Unido, Francia y la URSS.

Hasta los juicios de Núremberg, el derecho internacional que regulaba la guerra, daba por hecho que una vez finalizado un conflicto, se debía proceder a una amnistía general, respecto a los principales gobernantes del país vencido.

Otra de las características centrales de este derecho que regía la regla era el de responsabilidad estatal por los delitos cometidos por sus soldados. No había un principio de responsabilidad personal, por los delitos que pudiesen haber cometido, al iniciar las hostilidades o durante el desarrollo del conflicto.

El resultado de Núremberg para los años posteriores ha sido fructífero; conflictos bélicos internos o extraterritoriales han sido observados por la Sociedad de Naciones primero (1919-1946) y la Organización de Naciones Unidas después (desde 1945) para garantizar que estos conflictos se resuelvan dentro de unos protocolos de respeto y coherencia. Primando siempre las decisiones de cada pueblo pudiendo intervenir para mediar y pacificar las partes implicadas en los conflictos y el mantenimiento de unas reglas justas y equitativas para cada una de ellas. Por supuesto la protección de la población indefensa y la capacidad de perseguir y juzgar a los líderes de una determinada nación pueden considerarse los principales logros de Núremberg.

Constituyendo una semilla de la cual surgieron tribunales internacionales como el de Ruanda o el de la Antigua Yugoslavia, y más recientemente el Tribunal Penal Internacional.

3) ACUSACIÓN A LOS JUECES

“El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista”⁵.

Con estas palabras, el Tribunal en el mes de abril del año 1949, emitió un dictamen sombrío y preocupante: Los abogados son capaces de cometer crímenes horribles, que se extiende incluso hasta el asesinato en masa, aun

⁵ Estados Unidos de América vs. Josef Altstoetter, et al., militar Tribunal III, *Caso 3, Juicios de criminales de guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg*. Bajo Control de la Ley N ° 10 del Consejo, Núremberg, octubre 1946 a abril 1949, vol. III. Washington, 1951.

cuando sean vistas como actuaciones jurídicas realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales.

Los juicios de Núremberg demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo para los crímenes de guerra, sino también para la administración de la ley en contra de los propios nacionales de un país.

El Tribunal Militar estableció que se trataba de un crimen que los jueces administran leyes que formaban parte de la política discriminatoria y del exterminio de los Judíos y los polacos, y cuya participación resultara esencial para llevar a cabo una aplicación arbitraria y brutal de las leyes opresivas violentando la conciencia de la humanidad.

En el discurso de apertura en el Juicio “The United States of America vs. Josef Altstotter, et al”, el fiscal jefe el general de brigada Telford Taylor declaró... *“Este caso es inusual en que los demandados están acusados de los delitos cometidos en nombre de la ley”. Siendo los acusados jueces y juristas alemanes, y cuyos cargos acusatorios consistieron en la aplicación, y ejecución de todas aquellas leyes promulgadas por Hitler*⁶.

Esencialmente, aplicaron leyes relativas al programa de pureza racial, y que mediante métodos eugenésicos, segregaron a enfermos mentales, discapacitados, esquizofrénicos, ciegos, sordos, entre otros, para su esterilización, o bien condenándolos a muerte.

Condenando también, a personas acusadas de mantener relaciones sexuales, por tratarse alguna de ellas, de ascendencia judía. Estos jueces, sabedores de que las leyes raciales establecidas por el nazismo, resultaban incompatibles con los derechos fundamentales de sus víctimas, y no obstante impusieron injustas condenas. Se trataba de la participación consciente de crueldad e injusticia, en violación de las leyes de la humanidad, canalizado mediante la utilización de un

⁶ GÓMEZ Pérez Javier. *Los 13 Juicios de Núremberg. Un análisis completo de los 13 Juicios celebrados en Núremberg*. Edición Kindle Libro electrónico. Año 2013.

sistema organizado por el gobierno nacional, y perpetrada en nombre de la ley, a través de la instrumentalidad de los tribunales.

4) LA DEFENSA DE LOS JUECES

Los jueces invocaron su inocencia, basándose en el principio del Führer, alegando que se limitaron a cumplir con lo impuesto por la ley. Y la consecuencia interna, y lógica del sistema jurídico nazi, estaba dada por las directivas de Hitler.

Expresando al respecto que... *“a) ellos nunca habían estado de acuerdo con Hitler y el nazismo; b) que habían estado muy influidos por el pensamiento de Kelsen, al que seguían con plena convicción; c) que era el pensamiento jurídico de Kelsen, quien en definitiva resumía la idea de que el Derecho, es el Derecho y que toda ley que haya sido elaborada con respeto al procedimiento legislativo establecido es Derecho, y como tal debe ser obedecida por los ciudadanos, y aplicada por los jueces, sin que quepa justificación jurídica o moral para su desobediencia; d) en función de esa obnubilación por Kelsen, no encontraban bases teóricas, para resistirse a las expresiones jurídicas del nazismo; e) que siempre habían creído, en la democracia, el parlamentarismo, los derechos humanos y el Estado de derecho”.*

Primeramente, carece de veracidad, considerar que el pensamiento de Kelsen era el dominante entre los profesores alemanes, cuando ellos mismos desfiguraron radicalmente las tesis de este pensador, al expresar que Kelsen no admitía excusa moral para la desobediencia al derecho. Por ello, se puso de manifiesto la falacia de esa línea de defensa, y sobre todo la premisa de la obediencia inexcusable hacia el régimen nazi.

Surgiendo de manera evidente, el apoyo brindado por los juristas, a la ideología nazi, y conforme hemos visto con anterioridad, la línea de pensamiento por el cual la ley y la política, representaban dos expresiones diferentes de la misma voluntad, ambas al servicio del valor racial más alto⁷. Y siendo ambas efectivamente intercambiables, resultaba fácil y natural adecuar, la política y los

⁷ ROSENBERG, Alfred, *Mitos del Siglo Veinte...*, 361.

objetivos políticos de la ley, con los procedimientos legales, usando la ley como medio de exculpación, permitiendo con ello la perversión judicial, en la consecución de objetivos políticos, y de la cual los jueces resultaban evidentemente responsables.

Esta interpretación es la que permitió al tribunal de Núremberg, imputar a los acusados, de haber pervertido el sistema legal, con el fin de convertirlo en un instrumento de brutalidad. Consecuentemente, los acusados cometieron el delito de asesinato judicial, mediante la utilización del sistema judicial, resultando insuficiente alegar el cumplimiento de órdenes recibidas por parte de sus superiores.

Gustav Radbruch, expresaba que en todas partes se había alzado la lucha contra el positivismo, apoyando la idea, de que hay leyes, que no son derechos y que hay derecho que se encuentra por encima de las leyes.

Criticando, al positivismo, sobre la premisa que ante todo, hay que cumplir las leyes, situación esta que dejó inermes a los juristas alemanes, frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto. Sosteniendo que *“donde no hay ni siquiera un intento de la justicia, donde la igualdad, el núcleo de la justicia, es traicionado deliberadamente la expedición de la ley positiva, entonces la ley no es más que “la ley defectuosa”, careciendo por completo de la naturaleza misma de la ley”*⁸.

Por ello una gran parte de la ley nazi, medidos por esta norma, nunca alcanzaron la dignidad de la ley. Trazo esta tradición de los primeros filósofos griegos a través de la doctrina jurídica romana, las enseñanzas teológicas de San Agustín, santo Tomás de Aquino y los escolásticos, las teorías de los derechos naturales de los pensadores de la Ilustración, como Hobbes, Locke y otros.

5) OBJECIONES MATERIALES

⁸ RADBRUCH, G., *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*. En la obra colectiva *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971.

Se plantearon cuatro objeciones sobre el juicio de Núremberg, bajo el aspecto material, la primera de ellas, el argumento de la ignorancia, sobre la cual se manifestaba que los acusados desconocían las atrocidades que se estaban perpetrando, incluso en los asuntos que eran de su incumbencia directa.

La segunda objeción, el argumento de la obediencia, el cual se reducía en considerar que pese a que los acusados eran conscientes de los actos que se llevan a cabo, no eran responsables, ya que su papel se reducía a cumplir órdenes emanadas de autoridades superiores atendiendo la estructura jerárquica del Estado Nazi.

Es decir, se practicó lo que se denominaba como “*la reductio ad Hitler*”, solo él sería responsable final y único, de todas las ordenes que se dieron en el Tercer Reich.

La tercera objeción, de la irretroactividad, aun cuando pudiese considerarse que el acusado actuaba con conocimiento y voluntad, su acción resultaría jurídicamente irreprochable al estar en concordancia con el derecho interno de Alemania nacionalsocialista e incluso con el derecho internacional vigente en aquellos momentos.

Y el Cuarto Argumento, “*tu quoque*”⁹, si se debía juzgar y condenar a los acusados en Núremberg, ¿no se debía hacer lo mismo con las potencias aliadas? El motivo de esta alegación era que también estos países habían llevado a cabo excesos y crímenes contra la humanidad, como por ejemplo los bombardeos que destruyeron varias ciudades alemanas, como fue el caso del bombardeo de Dresde¹⁰.

⁹ Se denomina *tu quoque*, “tú también”, al argumento que consiste en rechazar un razonamiento, o considerarlo falso, alegando la inconsistencia de quien lo propone. Es, por tanto, una variante de la falacia “*ad hominem*”, o de la falacia “*ad personam*”, mediante la cual se procura demostrar que una crítica o una objeción se aplica igualmente a la persona que la realiza, rechazándola sin entrar a analizarla. Un ejemplo de la falacia es: Thomas Jefferson decía que la esclavitud estaba mal. Sin embargo, él mismo tenía esclavos. Por lo tanto, se deduce que su afirmación es errónea y la esclavitud estaba bien.

¹⁰ El día 13 de Febrero de 1945, los aliados deciden realizar un bombardeo a la ciudad de Dresde, en Alemania. Las verdaderas razones para justificar tal operación son difíciles de asimilar, porque la ciudad de

Este planteo fue desestimado mediante dos apreciaciones, la primera señalando que la competencia del tribunal solo incluía el juicio de los actos llevados a cabo por Alemania, y no por otros países. La segunda respuesta, gira entorno a los actos ilegales realizados por los nazis, y los realizados por las potencias aliadas, los que no podían ser equiparados de manera alguna. Existiendo una diferencia sustancial entre el bombardeo de una ciudad del país enemigo y el genocidio de un pueblo. El genocidio no es un medio para un fin, sino un fin en sí mismo. Por ello sería un error calificar el exterminio de judíos como un crimen de guerra, ya que no eran acciones que tendían a vencer en una batalla o en la misma guerra, sino en procesos autónomos y con una lógica propia, planificada y ejecutada sistemáticamente.

La primera objeción, basada en la ignorancia de los actos que estaba llevando a cabo el Tercer Reich, tenía poco apoyo. Era difícil imaginarse que las personas que ocupaban los cargos de mayor rango y jerarquía del régimen nazi ignorasen lo que sucedía.

Con relación a la respuesta sobre la segunda objeción, -la Obediencia obligada-, lo cual significaba que los acusados no hacían más que cumplir órdenes, tal y como era su deber. En este sentido, el Tribunal sostuvo que el hecho de que un soldado hubiese recibido una orden de matar o torturar en contra del derecho internacional es una cosa que nunca ha estado reconocida como eximente para acciones tan brutales.

Por ejemplo en el caso de Eichmann, éste declaró en su defensa que había sido un mero engranaje contingente en la maquinaria de exterminio y que, por consiguiente, no había sido personalmente responsable¹¹.

Dresde no tenía ningún valor militar, no había fuerzas destacadas en esa ciudad, no existían industrias bélicas y tampoco constituía obstáculo alguno para el avance de las fuerzas aliadas.

¹¹ Al respecto Arendt afirma... *“Si el acusado se excusa sobre la base de que no ha actuado en calidad de ser humano sino como un mero funcionario cuyas funciones bien podría haber desempeñado cualquier otro, es como si un criminal se escudara en las estadísticas sobre el crimen, que señalan que se cometen tantos crímenes por día en tal y tal lugar, y declarara que no ha hecho más que lo que estadísticamente era esperable, que fue un mero accidente que lo hiciera él y no algún otro, dado que después de todo alguien*

Si bien es posible que tal orden sea tenida en cuenta como atenuante en el momento de establecer la pena, tal como lo receptaba el Art 8 del Estatuto: *“El hecho de que un acusado haya actuado por orden de su gobierno o de un superior, no sirve como razón para eliminar la pena, pero puede considerarse razón para su atenuación, cuando parezca justificada la apreciación del tribunal”*.

En este sentido, el Fiscal Robert Jackson también puso de manifiesto la paradoja de la defensa según la cual por una parte, sus defendidos o eran inocentes porque remitían toda la culpa a Hitler o porque se limitaban a cumplir órdenes. De esta manera, por una y otra razón, resultaban inocentes¹².

Con relación a la Tercera Objeción sobre la base de la irretroactividad, fue probablemente la cuestión más debatida, ya que se suponía que las potencias aliadas habían infringido uno de los más importantes principios de un Estado de derecho. Aunque Hitler y sus subordinados resultasen culpables de terribles crímenes, e incluso existiendo unanimidad respecto, de que debían ser castigados por motivo de ello. Lo cierto es que no se acusó de acuerdo, con el derecho nacional vigente, sino que se realizó por un delito, que no existía previamente en

tenía que hacerlo. Este razonamiento es, por supuesto, completamente equívoco”. Arendt, H, “Eichmann... 1999, p. 136.

¹² El fiscal Robert Jackson, en el alegato final del juicio expresaba... *“Si resumimos lo que nos ha explicado toda la lista de acusados, tropezamos con el siguiente panorama ridículo del Gobierno de Hitler: un hombre número dos que no sabía nada de los excesos de la Gestapo que él mismo había organizado y que nunca tuvo la menor sospecha del programa de exterminio de judíos, aunque él mismo era el firmante de más de veinte decretos que pusieron en marcha la persecución de esta raza. Un hombre número tres que era un inocente individuo corriente que transmitía las órdenes de Hitler sin pararse a leerlas, como si fuera un cartero o un transportista. Un ministro de Exteriores que de los asuntos interiores, sabía poco y de la política exterior, no sabía nada. Un mariscal de campo que repartía órdenes al ejército sin tener idea de sus consecuencias en la práctica. Un jefe del aparato de seguridad que actuaba bajo la impresión que la actividad policial de la Gestapo o de la policía secreta era en lo esencial equiparable a la de la policía de tránsito. Un filósofo del partido que estaba interesado en la investigación histórica, pero que no se imaginaba la violencia que su filosofía había impulsado en el siglo XX. Un gobernador general de Polonia que gobernaba pero que no tenía poder. Un jefe de distrito de Franconia que se dedicaba a editar inmundos escritos sobre los judíos, pero que no tenía idea de si alguien los leería. Un ministro del Interior que no sabía lo que ocurría en su propio ministerio y, menos aún, sabía de sus propias atribuciones ni de la situación en el interior de Alemania. Un presidente del banco del Reich que no conocía qué se guardaba en las cámaras acorazadas de su banco y qué se sacaba. Y un encargado de la economía de guerra que orientaba secretamente toda la economía con finalidades armamentísticas, pero que no tenía idea de que todo eso tuviese nada que ver con la guerra. Si ustedes dijeran que estos hombres no eran culpables, sería igual de cierto decir que no ha habido ninguna guerra, que no se ha matado a nadie y que no se ha cometido ningún crimen.*

el derecho internacional, sino por una ley, “*postfacto*”, creada posteriormente, el artículo 6 del Estatuto de Londres¹³.

6) El crimen que no existía – “*Nullum Crimen Sine Lege*”

Todo proceso penal que se pretende justo presupone la garantía del principio, “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*”, es decir, que el acusado pueda conocer que conductas están prohibidas o permitidas, según el derecho y que en función de este conocimiento pueda prever la reacción del derecho.

Podríamos considerar entonces, que se había infringido uno de los más importantes principios de un Estado de derecho, como el de la seguridad jurídica, ya que los ciudadanos frente a este sistema, quedarían indefensos ante la cambiante voluntad de quienes ejercen el poder.

Máxime y que una de las acusaciones de mayor gravedad, dirigida contra el régimen nazi, era el de menospreciar los principios esenciales del Estado de derecho.

La incorporación de juicios morales en la determinación de los delitos, y la aplicación de las penas si bien puede favorecer a la justicia material, también implica que pueda ir en contra de la seguridad jurídica, que ofrece un derecho racional y civilizado.

De manera que un proceso debía respetar las garantías procesales, que caracterizaban un Estado de derecho, así como también los derechos de los acusados. Siendo necesario el cumplimiento de requisitos mínimos e irrenunciables, entre los cuales que los acusados, sean juzgados por un tribunal preconstituido, de acuerdo con normas existentes con anterioridad a sus acciones, evitando entre otras cuestiones la aplicación de normas penales desfavorables.

¹³ Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar... crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: a) Crímenes contra la paz... b) Crímenes de guerra... c) Crímenes contra la humanidad.

Resultaba compleja la situación planteada, considerando que en ese momento histórico, no se encontraban regulados mediante tratados internacionales, por ejemplo, la guerra de agresión y los crímenes contra la humanidad. Como tampoco, jurídicamente, la constitución de un tribunal competente, facultado para imponer a los hechos que se declaraban probados, la pena de muerte o cualquier otra pena que considerase justa y adecuada.

Esta ha sido la mayor crítica que recibió el juicio de Núremberg, por parte de los acusados, al ser condenados por hechos que no eran punibles, en el momento en que se realizaron.

Lo paradójico de la cuestión, es que los nazis, quienes habían dejado de lado por completo el principio de legalidad, lo invocaban en estas circunstancias en su defensa, mientras aquellos que los juzgaban por su arbitrariedad, tenían la dificultad de encontrar en la legalidad vigente un punto donde sostener las acusaciones.

No obstante, estos planteos, que procuraban restar legitimación a la constitución del tribunal y a las normas aplicables, cabe expresar que los mismos fueron condenados, por delitos que se encontraban tipificados en las leyes de los Estados civilizados.

Los asesinatos en masa de judíos, gitanos, prisioneros de guerra, y los considerados racialmente indeseables, eran ya considerados crímenes cometidos contra la inmutable ley eterna.

La guerra de agresión, es un crimen de derecho internacional, desde el Acuerdo de Briand-Kellogg, en el año 1928¹⁴, y los delitos contra la humanidad estaban receptados por el derecho internacional, aunque fuese en forma de costumbre y

¹⁴ El pacto Briand-Kellogg, también conocido como pacto de París, es un tratado internacional que fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París por iniciativa del ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Aristides Briand, y del Secretario de Estado de los Estados Unidos Frank B. Kellogg, mediante el cual los quince estados signatarios se comprometían a no usar la guerra como mecanismo para la solución de las controversias internacionales. Este pacto es considerado el precedente inmediato del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

de principios generales. Implicando la preexistencia de principios jurídicos, que prohibían y sancionaban los actos llevados a cabo por el nazismo.

De igual manera, resultaba posible superar la objeción planteada en el principio de irretroactividad, considerando para ello, la vigencia del derecho natural, y cuya presencia data de los siglos XVII y XVIII, y en la terminología actual como núcleo del Derecho penal. Asimismo al considerar, que el régimen nazi era ilícito, desde sus orígenes, y continuó siéndolo, durante todo su desarrollo¹⁵.

Los tipos penales cometidos por el nazismo, mediante acciones de asesinato, privación ilegítima de la libertad, tortura, prevaricación, se trataban de figuras delictuales que ya existían con anterioridad, con lo cual no surgía problema alguno con la aplicación de retroactividad, por contrariar estos principios naturales.

De manera que las leyes que se encontrasen, en contradicción con el derecho natural, resultaban nulas desde el momento de su promulgación, de manera tal que los jueces debían, ante la duda, obedecer las leyes inmorales, pero desobedecer las contrarias al derecho natural.

Posteriormente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siguió la misma línea del Estatuto de Londres. Estableciendo por aplicación de la primera parte del Artículo 7, el principio de retroactividad, disponiendo que nadie pueda ser condenado por una acción o una omisión, que, en el momento en que haya sido cometido, no constituyese una infracción, según el derecho nacional o internacional. Como tampoco la imposición de una ley más gravosa, que la aplicable al momento en que la infracción haya sido cometida.

La segunda parte del citado artículo planteaba una cuestión innovadora, disponiendo que lo dispuesto precedentemente, no implicaba impedir el juicio y castigo de una persona frente a una conducta culpable de una acción, u omisión, que en el momento de su comisión, constituyese delito, según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

¹⁵ Argumento utilizado por el Tribunal de Núremberg contra los principales responsables, y el punto de partida de la Ley Nro. 10.

El efecto de Núremberg se notó con fuerza en 1950, cuando la Comisión para el Desarrollo del Derecho Internacional estableció siete principios conocidos como los “Principios de Núremberg”, los cuales, básicamente derivaban del Estatuto por el que se estableció el Tribunal Internacional Militar de Núremberg. Estos principios fueron: 1) el principio de responsabilidad personal; 2) La prioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional; 3) la inexistencia de inmunidad basada en La teoría de los actos de soberanía; 4) la inexistencia de inmunidad por razón de orden superior; 5) el derecho a un procedimiento justo; 6) la definición del crimen contra la paz, el crimen de guerra y el crimen contra la humanidad, 7) la complicidad como crimen contra el derecho internacional.

Esto implica la diferenciación entre principios generales del derecho interno y principios generales del derecho internacional, bajo el concepto de las denominadas leyes duras como el “*jus cogens*”¹⁶.

En este sentido, Gustav Radbruch, quien fuera uno de los filósofos legales alemanes más influyentes del siglo XX, efectuó una interesante argumentación, que permitió una visión alternativa de la ley, dando espacio tanto a la moral, -justicia-, como a la positividad -seguridad jurídica-, procurando establecer un equilibrio entre la justicia, la seguridad jurídica, y la intención. Esta tríada de demandas conflictivas, constituye la base del pensamiento, conocida como la Fórmula Radbruch¹⁷. A cuyo tratamiento nos remitimos en el capítulo siguiente.

Durante el juicio de Núremberg, y tiempo posterior, se presentaron dos posiciones evidentemente enfrentadas. Por una parte los partidarios de incluir la conducta de los acusados como delictuales y perseguibles penalmente, y de otra, aquellos que optaban por seguir al pie de la letra el derecho internacional vigente, por aquel entonces, que impedía caracterizarla como una conducta delictiva.

¹⁶ *Jus cogens* norma del ámbito del Derecho internacional público y que refiere normas imperativas, esto es, no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido. Se encuentran en una posición jerárquica superior con respecto al resto de las disposiciones internas de los Estados. De modo tal que cualquier acto contrario al mismo será declarado nulo, por ser de aplicación obligatoria frente a todos los Estados, con efectos erga omnes.

¹⁷ RADBRUCH, *La anarquía y la Ley Orgánica Supra-Orgánica*, 1946, Traducción Bonnie Litschewski-Paulson y Stanley L Paulson, 2006.

Esta se decantaba entre los juristas favorables a una interpretación iusnaturalista y los que pregonaban por una interpretación iuspositivista.

Los primeros opinaban que estaba justificado penalizar los comportamientos mencionados por ser contrarios a los valores básicos de la humanidad, con independencia de que estuviesen recogidos en el derecho positivo. Atendiendo para ello, la supremacía y la atemporalidad de estos principios respecto a las normas dictadas por las autoridades estatales.

Según esta interpretación no había ninguna dificultad jurídica al aplicarlos, toda vez que no se incumplía con el principio de irretroactividad, sustentado en la doctrina de la guerra injusta, construida por pensadores como Francisco Victoria, Carlos Grocio, y Samuel von Pufendorf, entre otros.

En cambio, para la interpretación iuspositivista, los principios referidos por los iusnaturalistas, no eran positivos, al margen de su valor como principios morales que pudiesen guiar la legislación internacional. Por eso el único derecho válido era el vigente, por aquel entonces, una aplicación estricta del principio de legalidad, conduciría a la exoneración de castigo, hacia los cómplices de las aberraciones nazis.

7) LA FÓRMULA DE GUSTAV RADBRUCH. ANÁLISIS Y ALCANCES

Previo al inicio del nazismo, Radbruch comienza con la identificación del régimen nacionalsocialista con dos principios, -ordenes son ordenes-, y, -la ley es la ley-, de los cuales el principio, la ley es la ley, no conocía limitación alguna.

En caso de conflicto entre justicia y seguridad, debía primar la seguridad. Consideraba que el criterio de seguridad jurídica era la que legitimaba esta estricta lealtad a la ley, por aplicación de la ley positiva, cualquiera que sea su contenido, los jueces garantizan la protección de la seguridad y el orden como la tarea más inmediata de la ley.

Declaración de Radbruch... *“La existencia de un orden jurídico es más importante que su conveniencia de justicia, que constituye la segunda tarea de la ley,*

*mientras que la primera, igualmente aprobado por todos, es seguridad jurídica, que es el orden o la paz*¹⁸.

En línea con esta conexión entre justicia y seguridad jurídica expresaba... *“Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la Ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico, pues el dogma tiene únicamente valor como expresión de la fe, más la ley no lo tiene solo como precipitado de la justicia, sino como garantía de la seguridad jurídica”*.

Agregando... *“No solemos hablar de un juez legalista, sino de un juez justo, puesto que todo juez atenido a la Ley, es por eso, y solo por eso, también al mismo tiempo un juez justo; lo cual quiere decir, me parece, que la seguridad jurídica garantizada por el juez vinculado a la Ley es una forma de hacer realidad la justicia”*¹⁹.

Y si bien, era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que domino casi sin oposición a los juristas alemanes durante varias décadas. Esta opinión sería modificada producto de los acontecimientos ocurridos en la Alemania Nazi, al verse transformado un régimen democrático en uno dictatorial.

La situación política en la cual Alemania se encontraba era conflictiva, Radbruch expresaba por una parte, la necesidad de las demandas del orden, y por otro las de buen orden. Esto implicaba que si se clamaba por la justicia, se ponía en riesgo la cuestión del orden y, al mismo tiempo, si simplemente se mantenía el orden, no se hacía nada por evitar que la injusticia permaneciese enhebrada dentro del mismo sistema.

A raíz de la Segunda Guerra Mundial y la caída del gobierno nacional-socialista en Alemania, Gustav Radbruch renunció a esa visión del positivismo jurídico como parte de la culpa por la aquiescencia de tantos abogados y oficiales alemanes producto de las atrocidades cometidas por los nazis en nombre de la ley.

¹⁸ DREIER, R., *Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y Derecho*, Springer, 1998, pág. 192

¹⁹ DREIER, R., *Gustav Radbruch...*, pág.202.

Frente a ello, Radbruch redefinirá su posición, sobre la seguridad jurídica, expresando que si bien la seguridad jurídica forma parte de la justicia, e incluso cuando surja una pugna entre la seguridad jurídica y la justicia, no obstante, cuando las normas alcanzan un nivel de injusticia extrema, de manera que la contradicción entre el derecho positivo, y la justicia se vuelva una cuestión intolerable, ahí dejan de ser ley.

Después de estos antecedentes, se enuncia la fórmula de Radbruch expresando... *“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia”*²⁰.

De manera que, si las normas ni siquiera tratan de lograr la justicia, negando incluso, deliberadamente la igualdad, y violentando manifiestamente las normas elementales de humanidad, comunes a todas las personas civilizadas, no tienen el derecho a poseer esa condición legal, careciendo de justificación legal. En el mismo sentido, las medidas autoritarias que evidentemente, vulnerasen principios fundamentales de justicia y humanidad, han de considerarse nulas desde su principio²¹.

Expresando en el año 1946, que... *“el positivismo, con su credo de una ley es una ley, de hecho, ha hecho que la profesión del abogado alemán se encuentre indefenso, contra las leyes de contenido arbitrario y criminal”*²².

En tal sentido, donde no hay ni siquiera un intento de alcanzar la justicia, donde la igualdad, el núcleo de la justicia, se desautoriza deliberadamente en la promulgación de la ley positiva, entonces la ley no es simplemente ley, por carecer

²⁰ RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Traducción. J. Medina Echevarría. Cuarta Edición. Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S. L. Granada, 2008.

²¹ RADBRUCH, *Filosofía...*, pág.57.

²² RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, pág. 21.

por completo de la naturaleza misma de la ley. Perdiendo, el derecho positivo, su validez legal si alcanza un nivel de extrema injusticia.

Robert Alexy, actualiza la terminología de la fórmula de Radbruch, manifestando... *“Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces, pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”*. *“La extrema injusticia no es Derecho”*²³.

En esta línea de pensamiento, elabora su propia fórmula la cual se articula en dos partes, 1) la fórmula de la intolerancia, que atiende a la medida de injusticia insoportable, o contradicción entre ley positiva y justicia²⁴; y 2) la fórmula de la negación, donde la negación del carácter jurídico de las leyes deriva de la negación consciente de la igualdad, núcleo de la justicia²⁵.

El argumento de la injusticia, configura, junto al argumento de la corrección y el argumento de los principios, el concepto de Derecho de Alexy, que sustenta la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral. Se trata de una exigencia mínima, donde no toda violación de un derecho humano es extremadamente injusta, por cuanto reconoce carácter jurídico a normas injustas, - pero no extremadamente injustas-, pese a estar legalmente promulgadas y ser socialmente eficaces.

Al analizar el juicio de Núremberg, le llamó especialmente la atención el problema del castigo retrospectivo, argumentando que la protección contra la legislación retroactiva, estaba sujeta a importantes limitaciones. No obstante, consideró la existencia de un fuerte argumento moral, para establecer la responsabilidad penal individual, y donde la justicia exige el castigo de estos hombres, a pesar de que

²³ ROBERT Alexy, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*, Doxa 23, 2000, pp. 197-230.

²⁴ La fórmula de la intolerancia es la que han empleado predominantemente los tribunales alemanes y la que ha sido generalmente identificada como fórmula de Radbruch.

²⁵ Aquí se presenta la dificultad de la prueba al requerir un particular *“ánimus nocendi”* o intención de violar la justicia, ha sido menos utilizada. No obstante, cuando se trata de una injusticia insoportable deberían coincidir resultado e intención; esto es coincidencia de ambas partes de la fórmula.

tales acciones no fuesen punibles por el derecho positivo, al momento de ser ejecutados.

8) CONCLUSION

Es obvio que el gran número de asesinatos y crímenes tuvieron lugar fuera del ámbito del sistema judicial. Pero el sistema legal era una parte integrada e instrumento de la política de represión de los nazis. Por lo tanto, resulta engañoso decir que la ley y las instituciones legales fueron abolidas por el régimen nazi o que se transformó en un Estado sin ley.

La administración de justicia formal creció bajo la dependencia de los dictados de un liderazgo nazi, motivado por la ideología racista, y dentro de este marco los fiscales, jueces y funcionarios se amoldaron a tal interferencia política. Siendo plenamente consciente que un Poder Judicial complaciente, indolente y cómplice del silencio constituye el peor cáncer para una sociedad.

Los juicios de Núremberg, demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo para los crímenes de guerra, sino también para la administración de la ley, en contra de los propios nacionales de un país.

Por ello resulta enriquecedor el análisis doctrinario, efectuado por Gustav Radbruch, Robert Alexy, Hart, Fuller y Hans Kelsen, planteando diferentes enfoques sobre los límites del derecho positivo, en concordancia con la moral, y los principios del derecho natural.

Análisis que permitió desacreditar la articulación defensiva oportunamente expuesta por parte de los jueces del nazismo, sobre la premisa del cumplimiento de la ley vigente, pretendiendo con ello transferir la culpa hacia los legisladores, y a la propia vocación jurídica de cumplimiento de las normas vigentes propias del positivismo jurídico de la época.

El estudio sobre los abusos producidos en el nazismo, nos permite profundizar no solo en la conducta social en la Alemania nazi, sino además en el daño, que puede generar una normativa, que resulta cómplice para efectivizar estos abusos.

BIBLIOGRAFIA

DREIR, R. 1998. Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y Derecho, Ed. Haller. Viena. Springer.

FEIRSTEIN Daniel, Juicios. Sobre la Elaboración del genocidio II, 1 Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; fondo de Cultura Económica, 2015.

GÓMEZ Pérez Javier. Los 13 Juicios de Núremberg. Un análisis completo de los 13 Juicios celebrados en Núremberg. Edición Kindle Libro electrónico. Año 2013.

KELSEN, Hans, ¿El juicio en el Juicio de Núremberg constituye un precedente en la ley?, El Derecho Internacional Trimestral, 1947.

Estados Unidos de América vs. Josef Altstoetter, et al., militar Tribunal III, Caso 3, Juicios de criminales de guerra ante los Tribunales Militares de Núremberg. Bajo Control de la Ley N ° 10 del Consejo, Núremberg, octubre 1946 a abril 1949, vol. III. Washington, 1951.

MULLER Ingo, Los juristas del horror. La justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo. Editorial Alvaro-Nora, C.A. Bogotá. Colombia. 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Mezger Edmund el derecho penal de su tiempo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RADBRUCH, Gustav, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.