

Autoridades de la Universidad

Dr. Fernando Fragueiro
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Director de Investigación

Dr. Víctor Herrero
Vicerrector de Asuntos Académicos

Esp. María Inés Montserrat
Directora de Estudios

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Mag. Ivana Lobo
Cra. Ana Gervasoni
Consejeras

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Jorge Albertsen
Decano

Dra. Frida Armas
Dr. Andrés Sánchez Herrero
Mag. Valentina Aicega
Lic. Ángeles Rodríguez
Consejeros

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Rosa Dabadie
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial

María Gattinoni de Mujía
Domingo Sesín
Enrique V. del Carril
Rafael Nieto Navia
Néstor Sagüés
Rodolfo L. Vigo

Jourdan Markiewicz, Eduardo Javier
Cuaderno de Derecho Judicial N° 22: La justicia dentro de la injusticia: las leyes nazis y la complicidad social / Eduardo Javier Jourdan Markiewicz. - 1ª ed.
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016.
96 pp.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3118-6

1. Derecho. I. Título.
CDD 340

© Eduardo Javier Jourdan Markiewicz, 2016
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

ISBN 978-987-03-3118-6

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

Eduardo Javier Jourdan Markiewicz

Dirección: Mag. Marta Susana Catella

Director del Departamento de Derecho Judicial:

Dr. Rodolfo L. Vigo

Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial:

Dra. María Gattinoni de Mujía

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE DOGMÁTICA JURÍDICA
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

LA JUSTICIA DENTRO DE LA INJUSTICIA:
LAS LEYES NAZIS Y LA COMPLICIDAD SOCIAL

AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL

Eduardo Javier Jourdan es abogado. Máster en Derechos Humanos (Universidad Internacional de Andalucía, España). Magíster en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral, Argentina). Magíster en Consultoría de Tecnologías de la Información (Universidad Palmas de Gran Canarias, España). Doctor en Derecho (Universidad Pablo Olavide, Sevilla, España).

Además ha realizado diversos cursos de posgrado en materia de derecho constitucional y civil, en los países de Portugal, España, Marruecos, México, Brasil, Costa Rica y Argentina. Fue becado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José de Costa Rica, donde participó en el XXIX Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos.

Ha dictado ponencias sobre distintas temáticas del derecho en España, Cuba, México, Brasil, Portugal, Costa Rica y Argentina.

Entre sus publicaciones se encuentran, “Reflexiones sobre el derecho de las minorías”, “El régimen jurídico de las marcas y los nombre de dominio en Internet” y “La naturaleza jurídica del embrión humano”.

Ha integrado la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Procesal Civil, Comercial de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones.

En el ámbito profesional, ha sido secretario relator en el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Misiones, desempeñándose en la actualidad como vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la tercera Circunscripción Judicial en la provincia de Misiones.

PRÓLOGO

Recibo con mucho agrado el privilegio que me otorga la Maestría en Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de realizar el prólogo a esta interesante tesis que tienen en su mano y que ve la luz en el foro jurídico con la presente publicación. Esta tesis no es más que un nuevo referente del buen trabajo académico y de transformación jurídica que viene realizando esta institución a lo largo de estos años, trascendiendo las fronteras más cercanas, tanto físicas como del conocimiento, para profundizar en el estudio y en el saber del derecho judicial, y suscitar así muy interesantes y trascendentes campos de reflexión en el ámbito jurídico iberoamericano.

Inicia su autor este trabajo —que pone en manos del lector— con un sugerente título: “La justicia dentro de la injusticia: las leyes nazis y su aplicación por los jueces del nazismo”. En una especie de oxímoron literario, nos trata de acercar a una justicia injusta, lo que no es ni puede ser justo, concepto contradictorio en sí mismo, forzando a su interlocutor a comprender el sentido metafórico que encierra dicha expresión a lo largo del desarrollo de su tesis. No trato de adelantar ya ninguna de sus reflexiones ni conclusiones si anuncio, en este momento, que quien se acerque a estas líneas deberá prepararse para encontrar una exposición completa y compacta, y reflexionar sobre la injusticia en un sistema de justicia configurado socialmente conforme a los parámetros de legitimidad que puede presentar cualquier sistema jurídico creado y organizado por quien obtiene la correspondiente legitimidad democrática. No obstante, no resulta difícil pues, aventurarse a advertir la razón de esa injusticia —por el mero estudio del hecho histórico— cuando su autor también nos descubre en su inicio que se ocupará de las leyes del nazismo. Pero no se trata de un estudio que se realiza desde cualquier perspectiva, sino desde una especialmente importante y relevante, la de su aplicación por los jueces, por quienes tienen la función atribuida de aplicar la ley, de dictar sentencias y ejecutarlas, resultando garantes de los derechos de sus ciudadanos. Como bien saben, todo el legado jurídico que tenía Alemania fue borrado en los primeros años de la dictadura nazi destruyéndose cualquier consideración de un Estado de derecho. La ley fue reducida a fórmulas simplistas cuyo origen estaba en la propia cosmovisión del nacionalsocialismo: “la ley es lo que es útil para el pueblo alemán”, la ley se convirtió en la expresión moral superior de la raza. La ley, según comentó Franz Gürtner, ministro de justicia en el primer gabinete de Hitler, “renuncia a su pretensión de ser la única fuente para decidir lo que es legal y lo que es ilegal”. En vez de ello, la

base moral de la ley tenía que ser el “orden ético del pueblo”, fundamentado en un “sano sentido común” racial.

El problema aquí será que ante la falta de un Estado de derecho, y ante la existencia de unas determinadas leyes aprobadas en ese período, en un sesgo y sentido tan característico como el advertido anteriormente, habrá que analizar el papel de los jueces en ese sistema jurídico y si acataron en silencio la legislación, dictando sentencias ilegítimas y vulneradoras de las garantías procesales mínimas y de los derechos fundamentales de cualquier persona, con independencia de su raza, sexo, etnia, ideología, religión u orientación sexual. Será interesante preocuparse sobre la ausencia de una conciencia crítica a la ley que dictaba el nacionalsocialismo, preguntarse si los jueces se amoldaron a dichas leyes y al régimen abandonando su posición de garantes de los derechos de las personas y cualquier control de convencionalidad de dicha normativa. Si uno repasa la historia de toda esa época, escasos ejemplos de un Poder Judicial garante de derechos, comprometido e independiente, se nos presentan, pero lo que sin duda resulta más alarmante es concluir la ausencia de cualquier sentimiento de culpa en el ámbito judicial. Quien debería ser garante de todos los derechos sucumbió al propio régimen a través de la aplicación automática de las leyes vigentes dictadas por el régimen, sin mayor cuestionamiento crítico. En una época como la actual, cuando asistimos cada vez más al desempeño de una función jurisdiccional activa y garantista, con ejemplos significativos en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, esta experiencia debe ser un referente claro y expreso de lo que no está llamado a hacer un Poder Judicial.

Pese a que la referencia y remisión a la época del nazismo pudiera hacer pensar al tercero ajeno que se trata de un mero análisis desde una perspectiva histórica, como se podrá comprobar durante su lectura, el presente trabajo resulta de suma actualidad en este momento histórico en el que nace a la luz. Y es que no hay que irse muy lejos para advertir la existencia de movimientos políticos, sociales e ideológicos que se acercan, aun hoy en día, a planteamientos muy cercanos a los que se analizan en estas páginas. Basta acudir al ámbito europeo, de forma muy especial, para advertir que se siguen produciendo importantes episodios de xenofobia y racismo, configurándose nuevos discursos del odio en diferentes ámbitos. Situaciones que no debieran de continuar dándose en un mundo globalizado que cuenta con un sistema de garantía y protección de los derechos fundamentales de toda persona humana. Tenemos como ejemplo la actual situación de los refugiados que desde el conflicto de Siria están llegando a los distintos países europeos, poniendo en riesgo su vida, con el fin de encontrar asilo y protección en otros países, que los reciben con respuestas cada vez más cercanas a episodios que creíamos olvidados, y que, en lo que se refiere al nazismo, son objeto de análisis en estas páginas. El fenómeno del terrorismo islámico también está fortaleciendo movimientos ideológicos y políticos que en su lucha contra el terror que supone identifican al mismo con ciudadanos de religión musulmana y de procedencia de una determinada región geográfica.

Todas estas circunstancias, y más que nos irán viniendo en los próximos tiempos, destacan la actualidad de esta tesis que presentamos. Disfruten con la lectura de unas páginas que les permitirán introducirse en una época histórica, aumentar su conocimiento de estos hechos, y descubrir sensaciones y reflejos de una actualidad no muy lejana. Y, sobre todo, obtener reflexiones y experiencias para que hechos como los que se describen no vuelvan a repetirse, y para que la justicia nunca ampare a la injusticia.

Dr. JORGE JIMÉNEZ
Subdirector general
y director de Capacitación
de la Escuela Judicial de España

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL.....	V
PRÓLOGO	VII
INTRODUCCIÓN	3

CAPÍTULO 1

EL NAZISMO Y LA COMPLICIDAD SOCIAL

1.1. Cuestiones preliminares	7
1.2. El nazismo y la complicidad social	9
1.3. Sectores cómplices	9
1.3.1. El sector político y legislativo	9
1.3.2. El sector de sanidad	9
1.3.3. El sector jurídico	10
1.3.4. El sector industrial	10
1.3.5. El sector militar	11
1.3.6. Distintos sectores profesionales	11
1.3.7. La sociedad alemana	12

CAPÍTULO 2

LA ADAPTACIÓN DEL JUEZ A LAS LEYES NAZIS

2.1. La subyugación de la legalidad en el nazismo. La revolución normativa nazi.....	15
2.2. El concepto del derecho en la persona de Hitler	15

	Pág.
2.3. <i>Führerprinzip</i>	16
2.4. Percepción nazi de la ley	16
2.5. Pueblo, raza y caudillo	17
2.6. El memorándum de Rothenberger	18
2.7. El sistema dual. Ernest Fraenkel	20
2.7.1. Estado normativo	20
2.7.2. Estado prerrogativa	20
2.8. Carl Schmitt. El concepto Estado de derecho nazi	21

CAPÍTULO 3

LEYES RACIALES

3.1. Hitler y las leyes raciales	23
3.2. Las leyes de Núremberg de 1935	23
3.3. Ley para la protección de la sangre alemana y el honor alemán	24
3.4. Otras leyes raciales	25
3.4.1. Ley de Restauración del Servicio Civil Profesional	25
3.4.2. Ley de Modificación de nombres y apellidos	26
3.5. Derecho de raza	27
3.6. Justicia y eugenesia	27
3.7. Tribunal de Salud Genética	28
3.8. El programa de eutanasia	30
3.9. Categorías	30
3.9.1. Los bastardos de Rhineland	32
3.9.2. Los romaníes (gitanos)	32
3.9.3. Homosexuales	33
3.9.4. Asociales	33

CAPÍTULO 4**DERECHO PENAL NAZI**

4.1. Principios penales a la luz de la normativa nazi.....	35
4.2. La ley opresiva y los tres círculos concéntricos.....	35
4.3. Deber de lealtad al <i>volk</i>	37
4.4. El control social	38
4.4.1. Código Penal Antiguarantista.....	38
4.4.2. Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado	38
4.5. El principio <i>nullum crimen sine lege</i>	39
4.6. Ley contra los Delincuentes Habituales y Peligrosos. Año 1933	41
4.7. La visión del castigo nazi	42

CAPÍTULO 5**JUECES Y NAZISMO**

5.1. Hitler y su apreciación hacia los juristas	45
5.2. Hitler y los nuevos juristas	45
5.3. Las cortes del pueblo. El juez Freisler	46
5.4. Los jueces y la manipulación de la normativa nazi	47
5.5. La adaptación leyes nazis	47

CAPÍTULO 6**JUICIO A LOS JUECES**

6.1. Juicio de Nüremberg	51
6.2. Acusación a los jueces	52
6.3. La defensa de los jueces.....	53
6.4. Casos ejemplificadores	54
6.4.1. Primer caso. Juicio al señor Markus Luftglass.....	54
6.4.2. Segundo caso. Juicio al señor Leo Katzenberger	55

	Pág.
6.5. El contenido de la sentencia y la complicidad con el régimen.....	56
6.6. Objeciones procesales	57
6.6.1. El principio de preconstitución del juez	58
6.6.2. El principio de independencia judicial	58
6.6.3. El principio contradictorio	58
6.7. Objeciones materiales	58
6.7.1. El crimen que no existía — <i>nullum crimen sine lege</i> —	58

CAPÍTULO 7

ANÁLISIS DOCTRINARIO

7.1. Debate iusnaturalistas vs. iuspositivistas	63
7.2. La fórmula de Gustav Radbruch. Análisis y alcances	64
7.3. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen.....	65
7.4. Debate Hart vs. Fuller	68
7.4.1. La “Informante rencorosa”	68
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA	75

Agradezco muy profundamente a la Mag. Marta Susana Catella, amiga y compañera docente en la Universidad, por aceptar de manera generosa la dirección de la presente tesis y por sus invaluable aportes realizados para el logro de la misma.

A Marita, esposa, y compañera de vida, por su paciencia y tolerancia, en cada uno de mis emprendimientos académicos.

INTRODUCCIÓN

“Dios me debe respuestas a muchos interrogantes.”

Un superviviente del Holocausto, 1985.

El objetivo de la presente tesina interdisciplinaria será el de analizar los conceptos que impregnaron el marco legal de la política nazi, abordando los aspectos sustanciales de las leyes raciales en lo referente a su creación, aplicación y percepción por parte de los jueces.

Somos conscientes de la dificultad que presenta la temática abordada, por la extensión y complejidad del mismo, considerando que el nazismo ha sido el régimen más criminal de toda la historia de la humanidad. Y siendo objeto de análisis, desde diversas esferas de estudio, por tratarse de un orden político y social esencialmente irracional, tanto en sus desmedidos objetivos, como en sus crueles manifestaciones.

La fuerte concepción eugenésica y racista propugnada por el nacionalsocialismo fue precedida por un proceso normativo y progresivo de exclusión social, el que incluso fue receptado favorablemente por sectores profesionales, políticos y gran parte de la población civil alemana, participando activamente, o al menos tolerando, la aniquilación poblacional sistemática, burocratizada, de los judíos y sectores definidos como no arios, y donde los jueces aplicaban condenas a sabiendas de la manifiesta injusticia en el contenido de sus resoluciones.

A los efectos de delimitar el marco de estudio, profundizaremos esencialmente en las prerrogativas del nazismo, que permitieron la creación de leyes y decretos que estipularon la metodología del genocidio, y consecuentemente los jueces, que ejecutaron las normas y las directivas nazis.

Temática que no sólo posee importancia filosófica, en razón de los acalorados debates doctrinarios, iusnaturalistas, positivistas, no positivistas, conforme analizamos de manera detallada a lo largo de la presente Maestría en Magistratura Judicial, en persona de distintos pensadores, sino además, que posee proyección y trascendencia a futuro, considerando los constantes brotes de movimientos políticos y sociales, denominados neonazis, que en la actualidad procuran revivir el nazismo, mediante la publicidad antisemita, xenofóbica y racial.

Esto en gran medida nos hace advertir cómo determinadas situaciones de injusticia social, desorden, desempleo, propician la aparición de líderes mesiánicos resueltamente apoyados por millones de personas. Una mezcla de miedo, esperanza, odio y resentimiento llevó a los alemanes a preferir la dictadura, el orden y la seguridad a las libertades de la democracia parlamentaria.

Los nazis en gran medida deben su triunfo electoral a una combinación de intereses económicos y resentimiento entre votantes disconformes con la política de Weimar.

En el plano metodológico, el título que identifica a la tesina, “La justicia dentro de la injusticia”, procura resaltar los abusos padecidos por millones de personas inocentes, a consecuencia de la ciencia jurídica y de la justicia en el nacionalsocialismo.

El primer capítulo, que lleva el nombre de nazismo y complicidad social, nos permitirá efectuar una aproximación contextual preliminar acerca del nazismo y la complicidad de distintos sectores de la sociedad, decisivos para el desarrollo de las políticas nazis, ejes que se irán ampliando y especificando en los capítulos siguientes.

El capítulo segundo, titulado la adaptación del juez a las leyes nazis, tiene como objeto ofrecer un panorama general del régimen legal nazi, avocándonos al análisis del concepto a la subyugación de las normas legales en el nazismo, el concepto del derecho en la persona de Hitler, el principio del Führer, la percepción nazi de la ley, el alcance de las mismas y la percepción nazi respecto de su efectiva aplicación. Abordaremos aspectos del Estado dual, marco referencial en el cual el nazismo aplicó sus mayores abusos, al monopolizar las cuestiones políticas y que le permitieran abstraerse del marco normativo, aplicando principios discrecionales sobre la premisa de la espiritualidad del pueblo alemán. Consolidados sobre los principios pueblo raza y caudillo.

En el capítulo tercero, denominado leyes raciales, describiremos las leyes de Núremberg, y otras leyes raciales, también de importancia para graficar la situación reinante en la Alemania nazi y las categorías creadas para ello. Abordaremos el derecho de raza, cuestiones esenciales de justicia y eugenesia y su interpretación por parte de los tribunales sanitarios.

En el capítulo cuarto, bajo el título derecho penal nazi, se analizará el alcance interpretativo que el nazismo efectúa sobre el principio *nullum crimen sine lege*, a la luz del Código Penal antigarantista, y el decreto para la protección del pueblo, las leyes contra los delincuentes habituales y la visión del castigo nazi.

En el capítulo quinto, jueces y nazismo, nos referiremos a la influencia y percepción de Hitler hacia los juristas y su proyección a futuro. La situación de los jueces frente a la manipulación de la normativa nazi. Y los antecedentes de creación de Las Cortes del Pueblo.

En el capítulo sexto, bajo el título de juicio a los jueces, analizaremos los principales aspectos del juzgamiento a los jueces llevado a cabo en el proceso de Nüremberg, analizando las acusaciones y defensas articuladas, las principales objeciones planteadas contra el tribunal juzgador. A modo ejemplificador, se estudiaron dos casos que fueron determinantes para el tribunal para acreditar el abuso producido por parte de los jueces, a saber: el primer caso de juicio al señor Markus Luftglass y el segundo juicio al señor Leo Katzenberger.

En capítulo séptimo, titulado análisis doctrinario, abordaremos la temática de la normativa nazi y su validez, desde una óptica doctrinaria y filosófica, a la luz del pensamiento de doctrinarios como Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Robert Alexy, Lon Fuller, abordando diversos temas de axiología normativa, justicia, y derecho.

Al respecto de este último capítulo, somos conscientes de que abordar con suficiente profundidad este tema superaría ampliamente el alcance estructural de la presente tesis. No obstante, consideramos esencial su incorporación por la importancia y actualidad que la temática posee, plasmado y evidenciado a lo largo del desarrollo de la presente Maestría en Magistratura Judicial.

CAPÍTULO 1

EL NAZISMO Y LA COMPLICIDAD SOCIAL

“Según el comandante del campo, el olor era tan nauseabundo que los habitantes de la zona sabían que allí se estaba llevando a cabo un exterminio. El aspecto más espeluznante de los campos de exterminio fue que, a diferencia de las otras etapas de la persecución e incluso asesinatos, la planificación, la administración y la puesta en práctica de las ejecuciones se llevó a cabo como un montaje en cadena”⁽¹⁾.

1.1. Cuestiones preliminares

Desde la llegada de Adolf Hitler al poder, el 30 de enero de 1933, hasta la capitulación alemana el 8 de mayo de 1945, se produjo la mayor aberración política de la historia, sometiendo a Europa a un genocidio internacional⁽²⁾.

El genocidio, como crimen contra la humanidad, implicaba la destrucción física de una población considerada indeseable por su pertenencia a una especie, un género o un grupo.

En la obra *Mein Kampf*⁽³⁾, Hitler consideraba su cruzada contra el judaísmo como una misión, invocando para ello la ayuda de Dios⁽⁴⁾.

Delirio semejante sólo fue posible por la connivencia de sectores que en complicidad con el régimen nazi, y la aplicación tecnológica dentro de una sociedad industrial como una fuerte la organización burocrática, establecida

(1) HILLBERG, Raúl, *The Destruction of the European Jews* [La destrucción de los Judíos Europeos], vol. III, New Haven, 2003, p. 922.

(2) El abogado judío y polaco Raphael Lemkin incorpora la figura del genocidio dentro de las fundamentaciones del juicio de Núremberg, considerado como la destrucción de una Nación o de un grupo étnico, y que constaba de dos fases, la primera, la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido, la segunda, la imposición de la identidad nacional del opresor.

(3) Esta obra fue escrita por Hitler en prisión, su título original era “Cuatro años y medio de lucha contra mentiras, estupidez y cobardía”, siendo su editor quien le aconsejara cambiar el nombre por uno más comercial. CUTANDA, Álvaro L., *La Alemania Nazi 1933-1945*, EspaEbook, p. 218.

(4) HITLER, Adolf, *Mein Kampf* [Mi lucha], Jusego, Chile, 2003, p. 232.

mediante una división del trabajo. Y si bien la mayor parte de las personas que participaron en el genocidio no dispararon rifles contra niños judíos, ni vertieron gas en las cámaras, la burocracia sí permitió que se perpetraran estos abusos.

Los burócratas redactaron memorandos, elaboraron anteproyectos, se comunicaban por teléfono para proceder a la deportación de judíos, sabiendo cuál era su destino, es decir, destruyendo vidas desde sus escritorios⁽⁵⁾.

Los maquinistas de los trenes que conducían a los campos de exterminio, todos en gran medida participaron activamente, o bien toleraron los abusos ejercidos por parte del nazismo, siendo los perpetradores de las masacres ciudadanos alemanes, unos nazis y otros no.

Incluso, las primeras cámaras de gas fueron construidas en el año 1939, para cumplimentar el decreto de Hitler dictado el 1 de septiembre del mismo año, que decía “debemos conceder a los enfermos incurables el derecho a una muerte sin dolor”⁽⁶⁾.

Descifrar por qué un Estado moderno y una sociedad de elevado nivel cultural llevó a cabo el asesinato sistemático de todo un pueblo, por la exclusiva razón de que eran judíos, es un desafío prácticamente inaccesible para la comprensión histórica por la magnitud de la irracionalidad.

El poder de Hitler fue sustentado en el apoyo popular de las políticas nazis, de manera que no era un tirano impuesto sobre Alemania, sino que la mayoría de los alemanes vieron en el Tercer Reich un gobierno legítimo⁽⁷⁾.

Hitler expresaba “...el hecho de que los judíos sigan viviendo entre nosotros no es ninguna demostración de que sean parte de nosotros, de la misma manera que una pulga no será un animal doméstico por mucho que viva en una casa”⁽⁸⁾.

Y en este contexto, el régimen nazi brindó la oportunidad de poder abusar de manera desenfadada mediante la figura estigmatizada del distinto, del indigno, situación que fue socialmente aceptada practicando o tolerando abusos inimaginables contra mujeres, niños, hombres y personas consideradas asociales.

(5) HILLBERG, Raúl, *The Destruction...*, cit., p. 1024.

(6) ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 1999, p. 398.

(7) En fecha 2 de agosto de 1934, el día previo a su fallecimiento, el presidente Hindenburg, firma una ley designando a Hitler en el cargo de presidente. Hitler adopta la calidad de Führer y Canciller del Reich.

(8) STEINERT, Marlis, *Hitler War and The German: Public mood and attitude during the second World War*, [La guerra de Hitler y el alemán, el estado de ánimo público y la actitud durante la Segunda Guerra Mundial], Ohio University Press. Athens, Ohio, 1997, p. 137.

1.2. El nazismo y la complicidad social

No ha existido genocidio en la historia de la humanidad que posea estas particularidades, un proceso de matanza realizado de manera metódica e industrial, mediante la participación profesional y capacitada de ciudadanos alemanes, quienes en afinidad al régimen nazi, apoyaron, sostuvieron, participaron y ejecutaron acciones, tendientes a efectivizar la marginación social, ideológica, educativa, religiosa, étnica, laboral y la expropiación de la propiedad privada, frente a sectores sociales considerados “no arios”.

1.3. Sectores cómplices

La sociedad alemana e importantes sectores sociales, industriales y económicos compartían, al menos en sus inicios, el desarrollo y aplicación de los valores sostenidos por la moralidad del nazismo⁽⁹⁾. A modo descriptivo podemos enunciar:

1.3.1. El sector político y legislativo

Establecieron herramientas legales para efectivizar la segregación y el exterminio en masa mediante normas y decretos contra la población no aria, suprimiendo derechos esenciales y efectivizando la segregación cultural, religiosa y étnica, y finalmente la creación de guetos⁽¹⁰⁾, recluyendo y esclavizando a quienes eran considerados no arios o subhumanos en beneficio del gobierno nazi. Fueron quienes otorgaron poderes ilimitados en favor de Hitler, e incluso consideraron que la oposición al régimen resultase un hecho punible.

1.3.2. El sector de sanidad

La práctica de los médicos nazis en los guetos y en los campos de concentración, quienes en contradicción con el juramento hipocrático experimentaron con seres humanos, con total desprecio hacia la vida, participando en prácticas eutanásicas y de esterilización humana, como medio de prevención de la reproducción racial selectiva, como el caso del Dr. Mengele⁽¹¹⁾.

(9) Mientras el marxismo posee su basamento en nociones económicas tales como el valor añadido, la lucha de clases, y el capital, la ideología nazi se basaba en nociones morales, como el honor, la lealtad y la decencia.

(10) El concepto moderno de gueto tuvo su origen en 1516 en Venecia, en el barrio judío cerrado que recibía el nombre de Geto Nuovo (fundición nueva). A principios del siglo XIX los mismos fueron abolidos en la mayor parte de Europa. Siendo el régimen nazi quien revivió el mismo como fase preliminar al exterminio, Josef Goebbels, el jefe de propaganda de los nazis, se refería a los mismos como cajas de la muerte.

(11) Josef Mengele, médico jefe del campo de Auschwitz, apodado el Ángel de la Muerte, en LIFTON, Robert Jay, *Los doctores nazis: matanza médica y la psicología de genocidio*, Nueva York, 1986.

Entre las prácticas se puede mencionar la Operación T4f13, por la cual se asesinaba en sanatorios mentales de Alemania a enfermos psíquicos y físicos, bajo la excusa de ser vidas indignas de ser vividas.

La historia de la medicina debería recoger para las generaciones futuras, no sólo los logros de la ciencia médica, sino también el fracaso de la moralidad médica en la Alemania nazi.

1.3.3. *El sector jurídico*

El órgano judicial del Estado con sus jueces y abogados, acatando en silencio las nuevas disposiciones impuestas por el nazismo, dictando sentencias judiciales ilegítimas e incompatibles con principios elementales de derecho, privando a personas inocentes de sus derechos más elementales, es un tema que abordaremos con mayor profundidad en el desarrollo de la presente tesis.

1.3.4. *El sector industrial*

Las empresas que compraban o alquilaban prisioneros para ser utilizados como mano de obra esclava en las diferentes factorías, o bien para ser utilizados en experimentaciones médicas y químicas, en los cuales terminaban irremediamente con la vida de los prisioneros.

Podemos mencionar el juicio celebrado contra Industrias IG FARBEN⁽¹²⁾, el cual se trataba de un conglomerado de empresas cuya producción abarcaba desde la fabricación de materiales fotográficos hasta productos químicos y farmacéuticos⁽¹³⁾.

I. G. Farben proporcionó el Zyclon B a los campos de concentración para el gaseado. Eliminando incluso el olor irritante que exigía la ley en los envases de Zyclon B, pero añadiendo una etiqueta que expresaba “cuidado, sin olor” de advertencia, “*Vorsicht, ohne Warnstoff*”, para proteger a los verdugos de las SS que manejaban el gas.

Asimismo, esta empresa en estrecha colaboración con el gobierno nazi, utilizó prisioneros de los campos de concentración y exterminio como mano de obra esclava, y la compra de seres humanos para experimentación en ensayos farmacéuticos.

(12) Juicio de Núremberg. Case 6, comienzo del juicio 27/8/1947, dictado de la sentencia del 30/7/1948.

(13) I.G. Farben abreviatura de *Interessen-Gemeinschaft* (sociedad de intereses) era un poderoso cartel formado por: 1) la empresa AGFA, fabricante de productos de fotografía y rayos X, 2) Cassella, fabricante de productos químicos y colorantes, 3) BASF, fabricante de productos químicos y tintes, 4) Bayer, fabricante de productos químicos y farmacéuticos.

Un gran porcentaje de los experimentos médicos realizados en el campo de exterminio de Auschwitz eran ordenados por la industria Bayern Leverkusen, presentándose documentos que fueron utilizados como prueba durante el juicio contra esta empresa, y donde surgía la comunicación solicitando prisioneros para experimentar, a cuales nos remitimos a continuación:

De Bayer al comandante de Auschwitz: “Con el fin de los experimentos planeados con un nuevo sueño que inducen las drogas se agradecería que tuviera a bien poner un numero de prisioneras a nuestra disposición”.

“Estamos por confirmar su respuesta, pero considero que el precio de 200 RM por mujer es demasiado alto. Proponemos pagar no más de 170 RM por mujer. Si esto es aceptable para usted, las mujeres pasarán a ser propiedad nuestra. Necesitamos unas 150 mujeres”.

Del Comandante de Auschwitz a Bayern: “Confirmamos la aprobación del acuerdo. Preparamos 150 mujeres con la mejor salud posible”.

De Bayern al Comandante de Auschwitz: “Recibido el pedido de 150 mujeres. A pesar de su estado de madurez fueron consideradas satisfactorias. Estaremos informándole de los acontecimientos relacionados con los experimentos”.

“Los experimentos fueron realizados. Todas las personas murieron durante las pruebas. Nos pondremos en contacto con usted en breve sobre un nuevo envío”⁽¹⁴⁾.

1.3.5. *El sector militar*

La participación activa por parte de las fuerzas de seguridad nazi, mediante prácticas abusivas en el control de la población, mediante el confinamiento y asesinato de quienes eran considerados enemigos del pueblo (comunistas, testigos de Jehová), o de la raza aria (judíos, gitanos), procediendo de forma organizada, estructurada y mecanizada, al exterminio sistemático de seres humanos indefensos.

1.3.6. *Distintos sectores profesionales*

La participación de profesionales, tales como arquitectos, químicos, ingenieros, y una vasta burocracia, que incluía a funcionarios civiles, desde los jefes de los departamentos gubernamentales, hasta los empleados que organizaban el horario de los trenes que partían hacia el destierro. Todos aportaron para transformar la irracionalidad ideológica, en regulaciones burocráti-

(14) GÓMEZ PÉREZ, Javier, *Los 13 juicios de Nüremberg. Un análisis completo de los 13 juicios celebrados en Nüremberg*, Edición Kindle, E-book, 2013, p. 98.

cas de discriminación⁽¹⁵⁾. Y si bien muchos ni siquiera veían a sus víctimas, formaban parte de engranajes necesarios y culpables, en una maquinaria masiva de la muerte⁽¹⁶⁾.

En el caso de los arquitectos, establecieron las estructuras y dimensiones de los campos de concentración, los ingenieros diseñaron los camiones sellados, en el cual los judíos eran gaseados, por monóxido de carbono; como también la construcción de las cámaras de gaseamiento, que aparentaban ser duchas, y a donde eran dirigidos de manera engañosa so pretexto higiene corporal⁽¹⁷⁾.

Un elevado nivel intelectual de personas dentro una sociedad y cultura evolucionada han sido cómplices en el genocidio, incluyendo artistas, filósofos, científicos y juristas, en su gran mayoría reconocidos profesores de universidades, que habían puesto su conocimiento, su arte y su ciencia al servicio del régimen más criminal que ha conocido la historia⁽¹⁸⁾.

1.3.7. *La sociedad alemana*

Quizás la complicidad que mayor vergüenza pueda generar, y que trasciende en el tiempo, es el de la población civil, considerando que sin el respaldo de ella no hubiera sido posible que se efectivizaran los abusos por parte de las autoridades nazis.

La mayor parte de los casos que ocuparon a la Gestapo⁽¹⁹⁾ resultaron de denuncias que procedían de ciudadanos comunes, siendo las más habituales, las que referían, a la Ley de Prácticas Dolosas del 21 de marzo del año 1933, mediante la cual se prohibía los comentarios ofensivos o subversivos sobre el Estado y sus dirigentes.

Los individuos marginales fueron objeto de denuncias, con frecuencia en el lugar de trabajo, en el edificio en que vivían, o locales públicos. Generalmente, como resultado de las denuncias, a los acusados se les aplicaba la custodia protectora o eran llevados ante tribunales especiales.

(15) Baumann refiere al genocidio como un producto de la modernidad. Lo que implica la utilización de estructuras modernas, incluyendo una burocracia eficiente y deshumanizante, para cometer genocidio. BAUMANN, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Ediciones Sequitur, 2006.

(16) ARENDT, Hannah, *Eichmann...*, cit.

(17) El proceso, desde que llegaban los prisioneros hasta que sus cuerpos eran destruidos, tomaba menos de dos horas, en GUTMAN - BEREMBAUM, *Anatomy of the Auschwitz Death Camp* [Anatomía de la muerte en el campo de Auschwitz], utmanerembaumBloomington, 1998.

(18) Así, entre los músicos, destaca la figura de Richard Strauss, entre los filósofos, la de Heidegger, entre los físicos, la de Heisenberg y entre los químicos, la de Buttenandt, ambos premios Nobel.

(19) Acrónimo de la policía política secreta nazi *Geheirnstatzpolizei*.

Y si bien tras la caída del nazismo, muchos alemanes se exculparon de las atrocidades cometidas por Hitler, existe un acuerdo generalizado en el apoyo popular hacia el régimen nazi. Sustentada en gran medida porque el ascenso al poder por parte de Hitler esencialmente implicó una mejora en el bienestar económico de Alemania y un medio para revertir la sensación de vergüenza producto de la rendición de Versalles⁽²⁰⁾, de la cual los nazis acusaron a los comunistas y judíos.

(20) El tratado, entre otras cuestiones, estipulaba que Alemania y sus aliados aceptasen toda la responsabilidad moral y material de haber causado la Primera Guerra Mundial, que deberían desarmarse y realizar importantes concesiones territoriales a los vencedores y pagar elevados montos indemnizatorios a los Estados victoriosos.

CAPÍTULO 2

LA ADAPTACIÓN DEL JUEZ A LAS LEYES NAZIS

“Los jueces tienen el deber básico de ejercer su independencia y amparar a las víctimas frente a violaciones de derechos humanos, aunque ello implique contrariar al Estado, pues también tienen el deber de desobedecerlo.”

HENRY THOREAU

2.1. La subyugación de la legalidad en el nazismo. La revolución normativa nazi

Puede parecer un oxímoron⁽²¹⁾ referirse al derecho nazi, como problemático emplear el término moralidad nazi. Desde la llegada del nazismo al poder, y un tiempo antes, tuvo lugar una abrupta revolución en el universo jurídico, tanto en el ámbito legislativo como 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 trataba de normas, que con apariencia de injustas, resultaban formalmente válidas, ya que emanaban del parlamento y eran aplicadas por jueces competentes. Mediante ellas 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 Weimar.

2.2. El concepto del derecho en la persona de Hitler

Hitler odiaba el concepto artificial del derecho, cuya función consistía únicamente en el uso de medios necesarios para mantener el orden público,

(21) 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.

pero un fin en sí mismo. El derecho significaba algo que se podía utilizar y aprovechar, pero también pasar por alto si entorpecía las necesidades más importantes del Estado.

2.3. *Führerprinzip*

El principio del Führer —el Principio del líder— resultaba la piedra angular sobre la cual el sistema jurídico nazi funcionaba, y que proclamado por Rudolf Hess, lugarteniente de Hitler, en el mítin del partido nazi en Nüremberg, en septiembre del año 1934, expresaba: “Hitler es Alemania y Alemania es Hitler. Todo lo que él hace es necesario. Todo lo que él hace es un éxito. Sin atisbo de duda, el Führer es una bendición divina”⁽²²⁾.

En la persona del Führer, se encontraba presente la encarnación y supremo intérprete del sentir y la voluntad del pueblo alemán, la fuente máxima del derecho. De manera que toda norma jurídica debía interpretarse y ser aplicada desde el respeto absoluto, la voluntad de Hitler, que es tanto como decir la voluntad misma del Estado y del pueblo, que son la misma cosa⁽²³⁾.

Sus decisiones no podían ser legítimamente discutidas por nadie, porque se fundaban en la existencia de un vínculo natural e indisoluble entre Hitler y el pueblo alemán. Oponerse a estas decisiones equivalía a contradecir los deseos del pueblo alemán.

Surgiendo estratégicamente en Hitler, el pensamiento de Rousseau al expresar: “el más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”⁽²⁴⁾.

La esencia del método jurídico nazi exigía repensar los conceptos antiguos a la luz del nuevo principio metodológico, la suprema voluntad de Hitler. En este sentido, la modificación del derecho sin modificación de las leyes, en palabras de Bernd Rüthers, es uno de los temas más fascinantes de la ciencia jurídica y de la sociología política del siglo xx⁽²⁵⁾.

2.4. *Percepción nazi de la ley*

Los nazis sostenían que la ley debía servir a los intereses de la comunidad nacional, conceptualizado en Hitler —no es la persona, sino solamente

(22) Este principio superaba el carácter de principio constitucional, se podría considerar un aura de culto mesiánico hacia Hitler.

(23) El “Führerprinzip” exigía que todo buen nacionalsocialista alemán aceptase que Adolf Hitler era la solución a todos los problemas de Alemania y que todo lo que dijera tenía que ser acertado.

(24) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 2007, p. 38.

(25) RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampl., trad. de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2004.

la Nación quien debe ser considerada como el centro de las preocupaciones legales—. En este sentido, el Código legal de Weimar priorizaba en demasía la protección de los derechos individuales.

Durante el nacionalsocialismo, la transmutación de las mismas leyes en otro derecho alcanzó niveles difíciles de igualar, y fue llevada a cabo mediante una fórmula de interpretación mediante la cual las normas que fuesen anteriores al Führer debían ser reinterpretadas, de acuerdo con los principios del nacionalsocialismo⁽²⁶⁾.

2.5. Pueblo, raza y caudillo

La ontología jurídica del nazismo giró en torno a tres elementos, el pueblo, la raza y el caudillo. Esto implicaba el abandono del nacionalsocialismo, al individualismo liberal, sustituyéndolo por el concepto de comunidad, de manera que el individuo no significaba nada, mientras que el pueblo lo era todo.

La protección y la conservación del pueblo es ley suprema, generando vinculaciones orgánicas, como la raza, el suelo, el trabajo, y el honor. El pueblo era considerado un hecho natural, y entre los elementos fundamentales se encontraba presente la raza, manifestada por la conciencia y el sentimiento, transmisible hereditariamente por tratarse de un valor biológico heredado del pueblo.

En consecuencia, sobre la premisa por la cual la raza a la que se pertenece sea una u otra, derivaba que el derecho aplicable sea uno u otro, resultaba plenamente válido, legitimar la aplicación de una teoría racista del derecho tendiente a la preservación de la raza frente a toda impureza, y a efectos de que el espíritu racial del pueblo no se vea alterado, ni corrompido, por la mezcla de las razas.

La noción de igualdad ante la ley violentaba el sentido de los nazis de la jerarquía racial. Al decidir, los jueces debían seguir sus instintos saludables en cuanto a lo que era mejor para el pueblo alemán. Siendo el concepto de pueblo la piedra angular de la ideología nazi y sobre el cual es construida la nueva realidad jurídica.

Y fiel a ello, los jueces debían protección absoluta a los miembros de la comunidad alemana, a la sangre alemana, al honor alemán y a la sanidad de la prole, debiendo ser preservados con pureza.

La voluntad del Führer era considerada sinónimo de ley, pues él se hace carne y sangre con su pueblo, y conocía el espíritu jurídico de su pueblo, siendo el intérprete supremo. Frente a ello, los postulados reserva de ley, pri-

(26) SCHMITT, Carl, *Der Leviathan in der staatslehre des Thomas Hobbes* [El Leviatán en la teoría política de Thomas Hobbes], Hamburg, 1938.

macía de la ley y sumisión del juez a la ley perdieron vigencia. El Führer era considerado el jurista por excelencia, de ahí que se le prestase juramento y absoluto compromiso⁽²⁷⁾.

El caudillo, era considerado como aquel hombre que se siente unido a su pueblo y le sirve de guía, asumiendo la máxima responsabilidad en su sentimiento de la convicción del pueblo, surgiendo así la confianza que los vincula y consecuentemente, la lealtad. La ley constitucional no era más que la formulación jurídica de la voluntad histórica del Führer, por lo que éste era el nuevo legislador originario al cual se debía obedecer sin cuestionamientos según el esquema positivista.

Esto se tradujo en que la aplicación del derecho fuese liberada de ataduras normativas y situada bajo la visión compartida del mundo *Weltanschauung*. Si el espíritu faltaba, el juez podría no aplicarla o hacerlo en una dirección distinta del que estipulase su contenido normativo.

El juez no actuaba libremente y conforme a su convicción, sino que lo hacía sometido a los dictados políticos del partido. Del espíritu racial del pueblo, derivaba la responsabilidad del juez ante la comunidad nacional por el contenido de su sentencia.

En cuanto a la teoría de la justicia y su enfoque social darwinista, cabe remitirse a las expresiones del Dr. Hans Frank, quien fuera comisario de Justicia del Reich: “Nada hay por naturaleza justo o injusto. La naturaleza conoce únicamente el derecho del sano, del más fuerte, enfrente del enfermo y del débil. El derecho del nuevo Reich alemán no protegerá al débil, sino que hará más fuerte al fuerte, asegurándole contra toda posibilidad la decadencia por pernicioso influjo de las razas inferiores”⁽²⁸⁾.

2.6. El memorándum de Rothenberger

Como corolario de lo que venimos manifestando, podemos remitirnos al “Memorándum Rothenberger”, escrito el 31 de marzo del año 1942, por el juez de primera instancia, Curt Rothenberger, quien formulara una nueva interpretación judicial plasmada en tres declaraciones:

- 1) La ley debe servir al liderazgo político.

(27) El juramento expresaba: “Los juristas alemanes juramos al Führer nuestra fidelidad y nuestra entrega hasta agotar las fuerzas en esta guerra santa por el derecho, por el eterno derecho del pueblo alemán. Sobre las tumbas de los nuestros en la guerra, sobre las tumbas de los caídos por nuestro movimiento, nosotros los juristas alemanes te saludamos, ¡oh Führer!, con eterna fidelidad y abnegación de nosotros mismos. Puedes confiar en tus juristas alemanes. ¡Salve!” (texto extraído de EVANS, Richard, *El tercer Reich en el Poder*, Península, Barcelona, 2005, p. 153.

(28) LA TORRE, M., *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, Dykinson, Madrid, 2008.

2) El Führer es el juez supremo, en teoría, es sólo suya la autoridad para emitir un juicio.

3) Un juez que se encuentra en relación directa de fidelidad con el Führer debe juzgar como el Führer.

El primer principio evidencia la inexistencia de independencia judicial, en la que el papel de los jueces se encontraba reducido a la ejecución de la voluntad política, en concreto, juzgar como el Führer desease que se juzgue.

La ley debía servir al liderazgo político, en ese sentido, ley y política representaban dos expresiones diferentes de la misma voluntad, ambas al servicio del valor racial más alto, la voluntad del pueblo. El primer deber del juez, entonces, no era defender la Constitución o aplicar la ley, sino proteger el honor del pueblo —Volk—.

El juramento de fidelidad de los jueces no se dirigía a la defensa de la Constitución o las nociones abstractas de la justicia, sino hacia el juramento de lealtad al Führer⁽²⁹⁾. Los abogados arios debían respetar los lineamientos de Hitler, cualquier distanciamiento con el régimen resultaba una violación de la norma⁽³⁰⁾.

Conforme al segundo principio, Hitler, siendo presidente del Tribunal Supremo y como tal, autoridad final de apelación, era el encargado de resolver las instancias de apelación, la defensa y el dictado de una nueva sentencia si lo considerase necesario, ello incluso, sin necesidad de un planteo recursivo.

El tercer principio —juzgar como el Führer—, y haciendo uso de la terminología utilizada por Max Weber, equivalía a la subyugación, de la autoridad jurídica y racional por la autoridad carismática⁽³¹⁾. Siendo la ley la expresión del orden comunal en la que reside el pueblo y proveniente directamente de su persona.

El cargo de Führer no surgió como un puesto emanado del Estado, sino del seno del propio movimiento, lo cual implica que, en lugar de hablar del poder del Estado, correspondía referirse al poder del Führer.

(29) Al tomar posesión del cargo expresaban. “Yo juro que seré fiel y obediente al Führer y al pueblo alemán, Adolf Hitler” (texto extraído de EVANS, Richard, *El tercer Reich*..., cit., p. 155).

(30) A modo de reseña, se dio un caso de un abogado que dejó de contestar al saludo nazi en varias ocasiones al actuar en los tribunales —algo que en principio no era obligatorio—, pero no obstante ello, fue citado para someterse a una audiencia disciplinaria y sancionado por el tribunal porque su conducta había contribuido a mermar el prestigio de los guardianes alemanes del derecho frente al resto de la comunidad (EVANS, Richard, *El tercer Reich*..., cit., p. 157).

(31) WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

Constituyendo un poder político personalizado otorgado hacia su persona, como ejecutor de la voluntad común de la Nación. Siendo un poder completo y absoluto por encima de cualquier control. Este marco de supremacía personal del poder político fue receptado favorablemente por los juristas y jueces para acomodarse a las draconianas exigencias del nazismo⁽³²⁾.

2.7. El sistema dual. Ernest Fraenkel

El abogado judío Ernest Fraenkel, en la obra titulada *El Estado dual*⁽³³⁾, desarrolla la complejidad del sistema judicial, que operaba y coexistía en la Alemania nazi, conformado por un “Estado prerrogativa” y un “Estado normativo”. Cabe destacar, que esta noción fue creada con fines analíticos, toda vez que el régimen nazi no hizo oficialmente tal distinción.

2.7.1. Estado normativo

El Estado normativo constituía un ordenamiento jurídico tradicional, incluyendo los códigos alemanes, Ministerio de Justicia y los tribunales, que fueron transformados a partir de 1933 en una infusión de las leyes nazis, que operaba de acuerdo con principios y lineamientos normales de derecho y procedimientos aplicables a cualquier sociedad civilizada.

2.7.2. Estado prerrogativa

El Estado prerrogativa era el ámbito en el cual el régimen nazi ejerció el poder —de manera arbitraria— sobre la libertad y la vida de sus súbditos, y frente al cual los ciudadanos carecían de protección legal.

En caso de que estuviesen implicados temas políticos o raciales, el “Estado prerrogativa” asumía el rol de gobernanza, ejerciendo en tales circunstancias el uso ilimitado de violencia, sin controles ni garantías legales. Considerar si una cuestión planteada era política o no, era una facultad discrecional de los propios políticos.

La mayoría de las atrocidades cometidas durante el régimen nazi, como el asesinato en masa de judíos y gitanos, el encarcelamiento de los opositores políticos en campos de concentración, se trataban de actuaciones que operaban fuera del sistema legal o penal tradicional, de facultades propias del Estado prerrogativa.

(32) Dracón fue el primer legislador de Atenas a fines del siglo VII antes de Cristo. Encargado elaborar un Código Penal, lo hizo tan cruel en sus castigos, con pena de muerte para todos los delitos, que a partir de entonces se dijo que una ley es draconiana, cuando es exageradamente dura.

(33) FRAENKEL, Ernst, *The Dual State* [El Estado Dual], New York, escrita en el año 1930 y publicada en 1941.

Esta modalidad fue expandiéndose, resultando más evidente y rutinario para las autoridades eludir el sistema judicial, encarcelando e infligiendo penalidades, mediante la aplicación de medidas administrativas, como la detención preventiva, sobre la cual la Gestapo ejercía exclusivamente el control⁽³⁴⁾.

Se procedía a los arrestos —bajo la rúbrica custodia de protección— de personas consideradas como amenazas potenciales hacia el orden público. Frente a esta figura, el arrestado no enfrentaba cargo alguno, careciendo de un recurso legal, justamente por no existir una orden judicial que lo autorizara. Tampoco existía un tribunal competente para finalizar con esa detención. Las acciones eran realizadas de manera independiente con la ley, y esencialmente fuera del escrutinio judicial.

2.8. Carl Schmitt. El concepto Estado de derecho nazi

Carl Schmitt, compartiendo el alcance expresado por Hitler, manifestaba que el concepto Estado de derecho debía ser utilizado dentro de un nuevo concepto, el Estado de derecho alemán, o bien, el Estado de derecho nacionalsocialista, o mejor aún, el Estado de derecho de Adolf Hitler, toda vez que resultaba imposible determinar lo que es el nacionalsocialismo de acuerdo con un concepto preexistente del Estado de derecho, sino que el estado de derecho se determina de acuerdo con el nacionalsocialismo⁽³⁵⁾.

(34) Policía secreta del Estado era el principal instrumento de lucha contra el espionaje y de represión política.

(35) GÓMEZ ORFANEL, Germán, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

CAPÍTULO 3

LEYES RACIALES

“El descubrimiento del virus judío es una de las grandes revoluciones que se han producido en el mundo. La batalla en que estamos comprometidos hoy es como la que libraron Pasteur y Koch el siglo pasado.”

HITLER

3.1. Hitler y las leyes raciales

Para Hitler, la raza constituía el principio esencial sobre el cual giraba la existencia humana, permitiendo la distinción entre ciudadanos del Reich y meros súbditos del Reich.

Los pueblos, que constituían sanguíneamente la raza aria, eran los auténticos creadores y portadores de la cultura, a ellos correspondía dominar el mundo, asegurándose la conquista del espacio vital —Lebensraum— esencial para sus objetivos.

La vida social debía fundarse en las leyes de la biología, siendo determinante, para formar parte plenamente de la sociedad alemana, reunir los caracteres biológicos propios de los alemanes arios, este pensamiento fue convertido en leyes obligatorias, sobre la base de la pureza racial conocidas como las leyes de Nüremberg.

3.2. Las leyes de Nüremberg de 1935

Las Leyes de Nüremberg fueron promulgadas el 15 de septiembre de 1935. Esencialmente se trataba de tres leyes que determinaban:

- 1) La Bandera del Reich, con la cruz gamada (esvástica), sería el emblema y la bandera nacional;
- 2) La Ley de Ciudadanía, que privaba de sus derechos ciudadanos a todos aquellos que “no tuvieran sangre alemana”⁽³⁶⁾, y

(36) La categorización contenía marcadas deficiencias, en algunas oportunidades se denominaba judío a cualquier persona con tres o cuatro abuelos judíos, y

3) La Ley para la Protección de la Sangre Alemana y del Honor Alemán, quizás la más conocida de la legislación nazi.

La ley consistía en un preámbulo y cinco cláusulas: “Convencido de que la pureza de la sangre alemana es esencial para la continuación y existencia del pueblo alemán, e inspirado por la determinación y el compromiso para salvaguardar el futuro de la nación alemana, el Reichstag ha resuelto por unanimidad la siguiente ley, que se promulgó en los siguiente términos: 1) Están prohibidos los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín. Los matrimonios celebrados en el desafío de esta ley son nulos, incluso si, con el propósito de evadir esta ley, se celebraron en el extranjero. 2) Se prohíben las relaciones sexuales fuera del matrimonio entre los judíos y los ciudadanos de sangre alemana o afín⁽³⁷⁾. 3) A los judíos no se les permite emplear las ciudadanas de sangre alemana o afín en el servicio doméstico. 4) Los judíos tienen prohibido mostrar el Reich y la bandera nacional o los colores nacionales. 5) Una persona que actúa en contra de la prohibición de la sección 1 será castigado con trabajos forzados; una persona que actúa en contra de la ambición prohibiciones de la sección 2 será castigado con pena de prisión o de trabajos forzados; una persona que actúa en contra de lo dispuesto en los arts. 3º o 4º serán castigados con penas de prisión de hasta un año y con una multa, o con una de esas penas”⁽³⁸⁾.

3.3. Ley para la protección de la sangre alemana y el honor alemán

La teoría racial se encontraba vinculada en uno de los elementos esenciales de la ideología nacionalsocialista, “tierra”, complementado de manera natural con el concepto de “sangre”. Y la amenaza hacia ellos surgía como producto de la combinación entre personas de diferentes procedencias nacionales. Quienes no reuniesen genes alemanes, debían ser marginados o expulsados de la vida social alemana; es el caso de las personas catalogadas como judías⁽³⁹⁾.

De las tres leyes de Nüremberg, la Ley para la Protección de la Sangre Alemana y del Honor Alemán fue la que tuvo mayor significación. Confor-

con mestizaje judío, cuando tenía dos abuelos tonalmente judíos. Mientras que en otras circunstancias, se consideraba también judío, en pleno sentido, a cualquier persona mestiza que hubiera sido miembro de una comunidad religiosa judía para el momento de promulgación de la ley o que estuviese casada con un una persona judía.

(37) La expresión relación sexual conforme a la interpretación normativa, no se circunscribía al acceso carnal, sino que implicaba toda clase de satisfacción sexual con una persona del sexo opuesto para satisfacer el impulso de por los menos uno de los integrantes de la pareja.

(38) *Boletín Oficial del Reich*, año 1935, parte I, pp. 1146-1147.

(39) En agosto de año 1933, los alemanes prohibieron a los judíos la entrada a las piscinas bajo la creencia de que toda la piscina se estaría contaminando por la inmersión de un cuerpo judío.

me a la citada normativa, fueron prohibidos los matrimonios entre arios y no arios⁽⁴⁰⁾. Fue sustituida la expresión “no arios por judíos” y el vocablo “ario” por personas de sangre alemana o afín. Fijando penas de presidio para ambos cónyuges si contraían matrimonio en desacato a la ley, y de prisión o presidio por deshonra de la raza.

Incluso se consideraba que los matrimonios, que hubiesen sido contraídos en el extranjero violentando esta prohibición, resultaban nulos de todo derecho.

3.4. Otras leyes raciales

3.4.1. *Ley de Restauración del Servicio Civil Profesional*

En igual sentido, la ley de ciudadanía prescribió la privación de todos los derechos políticos de los judíos, excluyéndolos de su ciudadanía alemana e inhabilitándolos para desempeñar cualquier actividad pública mediante la aplicación de la ley de Restauración del Servicio Civil Profesional y alejados de posiciones de nivel superior, los cuales eran reservados a los alemanes, arios.

En función de ello, podemos mencionar los primeros decretos dirigidos contra abogados y notarios judíos, en marzo de 1933, mediante el cual ya no se les permitía proveer representación legal de la ciudad.

Posteriormente, el 13 de noviembre de 1933 se declaró que las personas no arias no podían ser nombradas, ya sea como jueces legos o miembros de jurados.

En el caso de los jueces y funcionarios, se ordenó la destitución inmediata de todos los no arios de la judicatura⁽⁴¹⁾, como también impedidos de que se matriculasen en las universidades, procediendo a la purga dentro de las facultades de profesores judíos.

De manera que los judíos alemanes que habían vivido en Alemania durante décadas, se convertían en gente sin patria en su propio país, pasando de ser ciudadanos a convertirse en sujetos del Tercer Reich.

(40) El concepto de raza aria era un concepto aplicado originariamente a la gente que hablaba cualquier lengua indoeuropea. Esto fue modificado por los nazis, fundado en que se pretendía evitar la bastardización de la raza alemana y preservar la pureza de la sangre europea, razón por la cual aplica el término, en principio, al grupo racial de la gente del norte de Europa.

(41) No obstante se excepcionó a los designados antes del 1 de agosto de 1914, a pedido de Paul von Hindenburg, considerando que se debía respetar a quienes habían luchado por Alemania durante la Primera Guerra Mundial, o cuyo padre o hijo había muerto en la guerra (HILLBERG, Raúl, *The Destruction...*, cit., p. 989).

3.4.2. Ley de Modificación de nombres y apellidos

El 5 de enero del año 1938 es aprobada la Ley de Modificación de nombres y apellidos, que obligaba a los judíos con nacionalidad alemana a cambiar sus nombres, debiendo elegir entre un elenco de 185 nombres posibles para los hombres y 131 para las mujeres. En el caso de incumplimiento —a partir del 1 de enero del año 1939—, los hombres se llamarían Israel y las mujeres Sara.

Considerando la vigencia de las leyes de Nüremberg, el *Reichsgericht* —Tribunal Supremo en materia penal— dispuso la obligación de todo ciudadano alemán, que desease mantener relaciones sexuales con alguna mujer, el deber legal de inspeccionar la documentación, a efectos de cerciorarse que no se tratase de una persona judía. En tal sentido, ningún error resultaría excusable, considerando que en los documentos de identidad del Reich, las mujeres judías se encontraban perfectamente identificadas⁽⁴²⁾.

Asimismo, el 28 de mayo de 1938 el Gobierno del Reich aprobó una ley que privaba de protección jurídica a los templos y sinagogas. Dejando desprotegida, y a su vez, expuesta legalmente la identidad religiosa y desguarnecida de seguridad simbólica y litúrgica a la comunidad hebrea.

La ofensiva jurídica procuraba la expulsión del espacio público de los judíos y continuó avanzando con numerosas leyes y decretos, manteniendo un proceso de discriminación, estigmatización y exclusión jurídica y social de los hebreos, que llevarían al desenlace final en los campos de exterminio.

Como antesala hacia ese destino final, se produjeron álgidos momentos de violencia antisemita, el “gran pogromo”⁽⁴³⁾, organizado sobre todo el territorio del Reich en la noche del día 9 al 10 de noviembre de 1938, conocido como la noche de los cristales rotos, *Kristallnacht*⁽⁴⁴⁾. Donde fueron incendiadas sinagogas, asaltados y robados una gran cantidad de almacenes y comercios, y millares de judíos fueron apresados, agredidos, detenidos y acusados de haber provocado la cólera del pueblo alemán.

(42) Muñoz Conde agrega, con relación a las sentencias impartidas en aquel contexto, que “lo que impresiona no es ya su dureza o crueldad, con ser tanta, sino la fundamentación que dan a las mismas jueces profesionales que aplican todo el rigor dogmático y las reglas hermenéuticas tradicionales para determinar conceptos como el de acción deshonesto, ultraje a la raza o la pena adecuada a la culpabilidad (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger. El derecho penal de su tiempo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 74).

(43) Un pogromo (del *pogrom*: devastación) consiste en el linchamiento multitudinario, espontáneo o premeditado, de un grupo particular, étnico, religioso u otro, acompañado de la destrucción o el expolio de sus bienes (casas, tiendas, centros religiosos). El término ha sido usado para denotar actos de violencia sobre todo contra los judíos.

(44) La misma comenzó como un acto de venganza por la muerte de un diplomático alemán en París, asesinado por Hirschel Grynspan, un judío de diecisiete años.

3.5. Derecho de raza

El proceso de transformación jurídica del derecho penal adquirió especial relevancia cuando pasó a ser considerado como derecho penal de raza. Estableciendo la prohibición de toda mezcla sexual entre los judíos y los arios. Generando una doctrina jurídica, caracterizada por el racismo y especialmente el antisemitismo.

Esta línea de pensamiento fue receptada favorablemente por autores relevantes del ámbito académico, como el caso de Edmund Mezger⁽⁴⁵⁾, quien consintiendo el planteo biológico y racista, expresaba que había que abandonar el vetusto concepto del derecho penal, concebido únicamente como un freno a las pretensiones de un poder estatal potencialmente supresor de las libertades y los derechos, pero que de manera alguna colaboraba con la efectiva aplicación de las leyes raciales de Nüremberg.

3.6. Justicia y eugenesia

Bajo la perspectiva de la pureza de la sangre alemana, los nacionalsocialistas no sólo contaban con la pureza de la raza, sino también con la salud genética, siendo su objetivo disponer con un número suficiente de familias genéticamente sanas, con mucha prole de alto valor racial⁽⁴⁶⁾.

La médula de una raza sana está en la noción de la crianza que tenga el pueblo alemán, razón por la cual poder y ciencia se unieron, los nazis hallaron en la biología y en la medicina un lenguaje adecuado, y aunque la denominada biología criminal no fue descubierta por los doctrinarios nazis, es durante ese régimen donde más uso se hizo de ella, no sólo en la práctica, sino también entre los teóricos, para fundamentar, primero, una política criminal eugenésica racista y legitimar el exterminio de las personas que según los postulados ideológicos nazis, tenían escaso o nulo valor⁽⁴⁷⁾.

El 14 de julio de 1933 se tomó el primer paso en esa dirección, con el programa de esterilización para la prevención de descendencia con enfermedades hereditarias, sancionada en julio de 1933.

Los tres primeros artículos rezan así: 1) Quien padezca de una enfermedad hereditaria puede ser esterilizado a través de una intervención quirúrgica si después de las prácticas de la ciencia médica se espera con gran

(45) Mezger llegó a convertirse en el penalista oficial del régimen nazi y en uno de sus ideólogos.

(46) En 1938, una nueva ley de matrimonio permitió que un marido o una esposa fértiles solicitaran el divorcio por infertilidad prematura de su pareja o por su rechazo a procrear (EVANS, Richard, *El tercer Reich...*, cit., p. 370).

(47) La teoría expuesta en el año 1859, por Charles Darwin, *El origen de las especies*, tuvo recepción favorable por parte del darwinismo social y estrecha vinculación a la eugenesia racial nazi.

probabilidad que sus descendientes adolezcan de serios daños hereditarios físicos y mentales. 2) Es enfermo hereditario, en el sentido de esta ley, quien sufra una de las siguientes enfermedades: a) demencia congénita; b) esquizofrenia; c) trastorno bipolar (maníaco-depresiva); d) epilepsia hereditaria; e) Corea de Huntington; f) ceguera hereditaria; g) sordera hereditaria; h) sería deformación física hereditaria. 3) Además se puede esterilizar a quien sufra alcoholismo grave⁽⁴⁸⁾.

La ley animaba al pueblo alemán a someterse voluntariamente a una cura que consistía en neutralizar, mediante la esterilización, a los portadores de enfermedades hereditarias.

Esta ley afectaba sobre todo a los colectivos sociales más desamparados, que eran naturalmente los más propensos en adquirir esas enfermedades, en muchos casos se establecía un diagnóstico hereditario, partiendo de un aspecto o síndrome social, el cual se extendía a los denominados como biológicamente criminales.

Los médicos debían registrar todos los casos de enfermedad hereditaria, y algunas de estas enfermedades tenían definiciones muy elásticas, para las cuales se utilizaron *test* de inteligencia, a efectos de determinar los casos de debilidad mental. Debiendo reportar a los pacientes que fueran retrasados mentales, enfermos mentales, incluyendo esquizofrenias, trastorno bipolar, epilepsia, ciegos, sordos o físicamente deformes.

Las cortes consideraban importantes deformaciones genéticas físicas a trastornos como hemofilia, labio leporino, fisura palatina, distrofia muscular y enanismo.

El alcoholismo también era considerado como evidencia de un estado mental inferior, y en sus desarrollos conceptuales, los jueces apreciaban la experticia de la ciencia médica nazi para proceder su esterilización.

Se exigía a los juristas y médicos involucrados, amplitud de criterio, incluso para casos de debilidad social y antisocial, delincencial o severamente psicopática; el procedimiento de esterilización podía ser recomendado sin reserva alguna. El dictamen médico no podía ser descartado por los juristas ni por los tribunales.

3.7. Tribunal de Salud Genética

Para poner en práctica la ley de esterilización, los nazis establecieron tribunales de salud genética y de apelación de salud genética. Las solicitudes de esterilización se encontraban sometidas a la decisión de Tribunales de Sanidad Genética, constituidos por un juez del juzgado municipal y por dos

(48) BAUMSLAG, Naomi, *Medicina asesina, médicos nazis*, Plataforma, Barcelona, 2014, p. 97.

médicos, uno de los cuales debía tener experiencia en eugenesia. Las sesiones eran privadas, y los médicos que comparecían como testigos expertos ante el tribunal no podían excusarse en el secreto profesional, como tampoco podían negarse a declarar sobre la cuestión que le fuere planteada.

La sentencia dictada por este tribunal podía ser recurrida ante una Corte Superior de Sanidad Genética, conformadas por un juez y dos médicos, y cuya resolución era definitiva, haciendo cosa juzgada⁽⁴⁹⁾.

Cuando la decisión ordenaba la esterilización, se emplazaba a la persona involucrada durante un plazo de dos semanas a efectos de su comparencia voluntaria. Caso contrario, la esterilización se realizaba con la policía y el uso de la fuerza pública. Los tribunales y cortes de Salud Genética rara vez revocaban una sentencia.

A modo de reseña, cabe citar la orden de esterilización dispuesta sobre una joven mujer sordomuda, cuya sordera fuera a consecuencia de dos accidentes sufridos y de una grave infección auditiva.

Esta mujer incluso había dado a luz a un bebé perfectamente sano. No obstante ello, la corte expresó: "Si bien no ha sido posible documentar casos adicionales de sordera entre familiares de su sangre, la Corte de Sanidad Genética, está convencida sobre la base de la opinión del médico especialista, que debe ser un caso de sordera hereditaria... Por ello, después de que se haya realizado exitosamente la esterilización, la dama podrá contraer matrimonio con el padre de su hijo, el sastre sordomudo, una vez que éste también haya sido esterilizado"⁽⁵⁰⁾.

En contraposición, un caso que fuere revocado por el tribunal refería a un obrero que había sido promovido al rango de sargento durante la Primera Guerra Mundial, en este caso, la Corte Superior de Sanidad Genética revocó la decisión del tribunal que había ordenado la esterilización, estableciendo como precedente que los ascensos sucesivos de un soldado en tiempo de guerra hablan en contra de la presencia de una debilidad mental congénita.

La Corte Superior de Sanidad Genética consideraba que el objetivo central de la ley no era la protección individual, ciudadana, sino la de garantizar el futuro del pueblo alemán. En ese sentido, con frecuencia clasificaban tipos criminales, tal como los definidos por los teóricos alemanes de derecho penal, incorporand la esterilización sobre la base de la debilidad mental moral.

La condena moral apuntaba a los alcohólicos, quienes no lograban escapar a la imposición de las Cortes de Sanidad Hereditaria, incluso cuando habían dejado el vicio del alcoholismo.

(49) PROCTOR, Robert, *Racial hygiene: Medicine under the Nazis* [Higiene racial: medicina bajo los nazis], Harvard University Press, Cambridge, 1988.

(50) Sentencia de la Corte General de Sanidad de Lyck, Prusia Oriental, fecha 15/7/1937.

Las formas de asistencia, que usualmente requerían quienes habían sido alcohólicos, para mantenerse sobrios, se convertían en motivos de reproche, expresando como dictamen: “que el sujeto es incapaz de enfrentar por sí solo las consecuencias del alcohol. Sólo puede hacerlo con el apoyo de su mujer y de los grupos de ayuda. Es así pues como estamos en presencia de una condición de alcoholismo grave”⁽⁵¹⁾.

El cometido era preservar la sangre pura, preservando la mejor humanidad, volcándose hacia la curación del pueblo ario a través del asesinato de individuos, quienes eran catalogados arbitrariamente, como enfermos.

3.8. El programa de eutanasia

El gobierno procuraba trascender las medidas adoptadas por la ley para la prevención de enfermedades genéticas. En el año 1934, la comisión provincial para la salud de Baviera solicitaba la erradicación de los psicópatas, imbéciles y otros individuos inferiores, sobre la premisa en la cual sólo una persona racialmente superior poseía derecho a existir dentro de la comunidad.

Cualquier individuo considerado inútil o dañino para la comunidad, en virtud de su inferioridad, debería ser removido de la misma, advirtiéndose incluso a los jueces y fiscales, conforme al “Programa T4”⁽⁵²⁾, la existencia de un Decreto del Führer que validaba la realización de esas medidas, razón por la cual no existían reservas en cuanto a la aplicación del proyecto de eutanasia.

A modo de reseña, en el año 1920, Karl Binding, una de las figuras prominentes del derecho penal, ya había escrito en colaboración con el psiquiatra Alfred Hoche un informe titulado “Autorización para destruir las vidas de quienes no merecen vivir”⁽⁵³⁾.

3.9. Categorías

El nazismo estableció una jerarquía racista de las poblaciones europeas compuesta de una multiplicidad de escalones que conducían desde el superior, esto es, los alemanes considerados arios, hasta el inferior, en el cual se colocaban a judíos y gitanos.

(51) Bock, Gisela, *Nazi sterilization and reproductive policies. Deadly medicine: creating the master race* [Esterilización nazi y políticas reproductivas. Medicina mortal: la creación de la raza superior], D. United States Holocaust Memorial Museum, Washington, 2004.

(52) Nombre de clave referenciando la dirección Tiergartenstrasse 4, oficina que coordinaba el programa de eutanasia en Berlín.

(53) Karl Ludwig LORENZ, autor del libro, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* [Permitir la destrucción de vida indigna de vivir], extraído de la obra de MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, p. 207.

La gran ironía de la legislación racial alemana es que ni Hitler ni la gran mayoría de los jerarcas nazis⁽⁵⁴⁾ eran verdaderos alemanes, pues no habían sido criados en Alemania. Hitler, de hecho, era de origen austriaco. Incluso, en su certificado de nacimiento, fue inscripto como Adolfus, aunque siempre sería conocido como Adolf, además se ha evitado referirse a su abuelo, por temor de que tuviere sangre judía⁽⁵⁵⁾.

Tampoco se trataba de aspectos físicos perfectos, Hitler era de corta estatura y siempre hubo algo ridículo en su físico, como fue puesto en evidencia en la película de Charles Chaplin, *El gran dictador*.

En el caso de las poblaciones provenientes de Europa, también fueron jerarquizadas, así, los holandeses o los noruegos eran asimilables a los alemanes arios. Mientras que rusos y polacos ocupaban un escalón por encima de los gitanos y judíos⁽⁵⁶⁾. Según la posición que cada individuo ocupase en la jerarquía racista, podían esperar un trato más o menos favorable por parte de las autoridades, es decir, gozar de algunos derechos o carecer totalmente de los mismos, ser explotados como mano de obra esclava⁽⁵⁷⁾ o ser asesinado.

El proyecto de ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad, de fecha 17 de marzo de 1944, contemplaba la reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración, la esterilización y castración coercitiva.

El art. 1º expresaba: “Es extraño a la comunidad: 1. Quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, especialmente por sus extraordinarios defectos de comprensión o de carácter es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo. 2. Quien: a) por su actitud de rechazo al trabajo o disoluta lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y con ello molesta a otros o a la comunidad, o, por tendencia o inclinación a la mendicidad o el vagabundaje, al trabajo ocasional, pequeños hurtos, estafas u otros delitos menos graves, o en estado de embriaguez provoca disturbios o por estas razones infringe gravemente sus deberes asistenciales o b) por su carácter asocial o penderciero perturba continuamente la paz de la generalidad o 3. Quien por su personalidad o forma de conducción de vida revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves, delincuentes enemigos de la comunidad y delincuentes por tendencia⁽⁵⁸⁾”.

(54) Eichmann era austriaco y Alfred Rosenberg, considerado como el ideólogo del nazismo, provenía de Estonia

(55) LOZANO, Álvaro, *La Alemania nazi, 1933-1945*, *EspaEbook*, 2011.

(56) Cuando los deportados judíos llegaban a los campos de exterminio, las autoridades procedían a un proceso de selección en virtud del cual se reclutaba como trabajadores esclavos a un número relativamente reducido de personas, mientras la mayoría eran conducidas inmediatamente a las cámaras de gas.

(57) El nazismo sometió a un régimen de esclavitud, de trabajos forzados, a millones de personas, en especial, a rusos y polacos. A esta gente se la puso a trabajar por la fuerza en la agricultura, en obras públicas o al servicio de la industria alemana.

(58) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, cit., p. 193.

El especialista en derecho penal, Edmund Mezger, fue un colaborador directo en su redacción, ofreciendo tal amplitud de interpretación que por cualquier razón pudiera ser considerado extraño, al sentir y actuar de la comunidad alemana, resultando prácticamente toda la población como potencial enemiga del Régimen y susceptible de ser enviada a un campo de concentración. Se colocaba como objetivo de mira a quienes mostraran defectos anormales de inteligencia o de carácter, considerados incapaces de cumplir con los requisitos mínimos de la comunidad del pueblo.

3.9.1. Los bastardos de Rhineland

Los bastardos de Rhineland era la denominación utilizada en la Alemania nazi para denominar a los niños descendientes de la mezcla de africanos y alemanes. De acuerdo con las teorías racistas de los nazis, éstos representaban una minoría inferior y eran susceptibles de una campaña de esterilización para evitar que con el tiempo se mezclaran entre la población general, y se difundiera y mezclara su genética con otros miembros de la sociedad aria de Alemania.

En 1937, y evadiendo la normativa de esterilización, Hitler ordenó la esterilización de los adolescentes, con el permiso de sus padres, quienes en su gran mayoría lo otorgaban bajo la coacción de la Gestapo.

3.9.2. Los romaníes (gitanos)

En la década de 1930, se desplegaron medidas discriminatorias contra los romaníes, de manera coincidente con las acciones dirigidas contra los judíos.

Se sostenía que los gitanos eran una raza primitiva e inferior, incapaz de llevar un estilo de vida normal. No obstante, los gitanos puros no eran una amenaza para la sociedad, y se les debía permitir llevar su vida al estilo nómada tradicional.

Sin embargo, quedaban muy pocos gitanos puros. La gran mayoría de los llamados gitanos se habían mezclado con alemanes de los barrios bajos, donde habían fundado sus hogares y, de este modo, habían creado un sustrato peligroso de delincuentes y vagos.

En el marco de las Leyes de Nüremberg, los gitanos fueron designados, junto con los judíos y los negros, como la sangre ajena, esto implicaba la pérdida de los derechos ciudadanos. En mayo del año 1938, fue emitido un decreto, denominado “La lucha contra la plaga gitana”, que se tradujo en la solución final de la cuestión gitana, mediante el cual se ordenaba el registro racial de los gitanos, su deportación hacia Polonia y posterior aniquilación en las cámaras de gas.

3.9.3. *Homosexuales*

A diferencia de otras desviaciones, los nazis no consideraban que la homosexualidad fuese hereditaria, sino producto de una epidemia difundida por hombres homosexuales, corrompiendo a los jóvenes.

Los actos sexuales contra natura, generalmente entre hombres, resultaban ilegales de acuerdo con el art. 175 del Código Legal alemán⁽⁵⁹⁾. Así se crea, en el año 1936, la Oficina del Reich para la Lucha contra la Homosexualidad y el Aborto. El enlace de los dos sugería la preocupación por el bajo índice de natalidad de la época, el que se procuraba revertir, responsabilizando a los hombres homosexuales de esta situación. Por ello consideraban que la prisión fuese el ámbito adecuado para reeducar a hombres homosexuales a la heterosexualidad⁽⁶⁰⁾.

En el caso de la persecución penal hacia las mujeres por lesbianismo, no resultaba de mayor interés, primeramente por encontrarse las mujeres excluidas de las posiciones de poder, con lo cual no consideraban la homosexualidad femenina como una amenaza para el Tercer Reich. Tampoco consideraban que la homosexualidad femenina se interpusiera en el camino de la reproducción, toda vez que las mujeres estaban siempre preparadas para procrear⁽⁶¹⁾.

3.9.4. *Asociales*

Los nazis, adhiriendo a la biología criminal, una disciplina que surgió a finales del siglo XIX, consideraban que el génesis de la criminalidad se hallaba arraigada en la inferioridad racial, y no en el entorno social, o la elección individual. Razón por la cual, clasificaron a los delincuentes comunes —ladrones y asesinos— como parte de un grupo más amplio de “asociales”.

Este concepto resultaba tan ambiguo, que podía incluir desde mendigos, vagos y maleantes, como drogadictos, homosexuales. Incluso llegaron a

(59) El art. 175 del Código Penal alemán, disponía: “Un acto sexual antinatural cometido entre personas de sexo masculino o de humanos con animales es punible con prisión”.

(60) Los nazis consideraban que la salud de la Nación dependía de que la natalidad fuera alta. Una natalidad en descenso significaba una población envejecida y, a largo plazo, escasez de reclutas para las Fuerzas Armadas. Una natalidad en alza significaba una población joven y vigorosa y la garantía de un potencial humano militar en expansión en el futuro. BURRIN, Philippe, *Resentimiento y apocalipsis. Ensayo sobre el antisemitismo nazi*, trad. de Alejandrina Falcón, 1ª ed., Katz, Buenos Aires, 2006.

(61) Durante el nazismo las mujeres alemanas estaban regidas por lo que era conocido popularmente como las tres “K”, kinder (niños), kirche (iglesia) y kuche (cocina). Siendo la guardiana de la virtud moral la armonía doméstica y la fuente de la pureza racial, la obligación de las mujeres era la de tener hijos para Alemania y cuidar de los hogares alemanes. BURRIN, Philippe, *Resentimiento...*, cit., 2006.

considerar como asociales a mujeres jóvenes cuya conducta era considerada sexualmente inadecuada.

La Ley de Esterilización no tenía prevista la esterilización de los delincuentes o asociales. Frente a ello, los Tribunales de salud hereditarios crearon una categoría denominada de “debilidad mental social”.

Esto les permitió a los médicos poder esterilizar a quienes consideraban criminales o débiles sociales, permitiendo, incluso, la esterilización de prostitutas o mujeres con numerosos hijos ilegítimos.

Los homosexuales eran incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, proponiendo su castración, al considerar que resulta una herramienta muy eficaz contra estas personas.

CAPÍTULO 4

DERECHO PENAL NAZI

“En el futuro habrá dos derechos penales, un derecho penal para la generalidad, que en esencia mantendrá vigente los principios, y un derecho penal completamente diferente, para los grupos especiales de personas, como por ejemplo, los delincuentes por tendencia.”

EDMUND MEZGER, 1943

4.1. Principios penales a la luz de la normativa nazi

El estudio de la era nacionalsocialista, especialmente de su legislación, nos revela la desaparición de todo vestigio del derecho penal liberal y de sus garantías, como el principio de legalidad, de lesividad o de culpabilidad, viéndose arrasado por un poder punitivo estatal, que operaba sin limitaciones ni restricciones legales.

Desaparecieron los principios que imponían límites a las actuaciones punitivas del Estado, como *nulla poena sine lege*, la prohibición del efecto retroactivo; la prohibición de la analogía, imposibilidad de subsanar lagunas o imprecisiones, y finalmente desaparece la exclusividad del Poder Judicial para la imposición de penas. Acciones que aumentaron los espacios de poder por parte del estado policial.

La imposibilidad de determinar la punibilidad por analogía fue eliminada en el año 1935, al modificarse el texto del parág. 2 del Código Penal, mediante el siguiente texto: “Será castigado quien cometa una acción que la ley declare punible o que merezca castigo de acuerdo con el principio fundamental de una ley penal, o de la sana opinión popular”.

4.2. La ley opresiva y los tres círculos concéntricos

Las leyes como un instrumento de opresión en la época nazi se exteriorizaron de diversas formas, gráficamente pueden ser consideradas como tres círculos concéntricos, dentro de las cuales, la figura de Hitler se situaba en el epicentro del mismo, en virtud del *Führerprinzip*.

El primer círculo concéntrico contenía leyes escritas y debidamente promulgadas, que imponía la privación de los derechos civiles⁽⁶²⁾, las que eran efectivizadas mediante vía judicial.

El segundo círculo concéntrico también se encontraba compuesto por leyes debidamente promulgadas, pero las mismas no prescribían explícitamente la tipificación de conductas punibles, sino que otorgaban facultades interpretativas amplias para que los jueces pudiesen punir conductas no previstas ni penalizadas previamente.

Esto se veía traducido mediante la siguiente expresión: “En caso de que un acto merezca ser castigado, de acuerdo con el sentimiento y espíritu de la gente, y pese que el mismo no se encuentre tipificado específicamente, el fiscal examinará si el principio subyacente de una ley penal, puede ser aplicado a los actos, y si la justicia puede recibir ayuda para triunfar, mediante la aplicación analógica de la ley penal”⁽⁶³⁾.

Esto implicaba, de manera retrospectiva, poder legislar sobre aspectos de espiritualidad o sentimiento del pueblo, lo cual no surgía de una normativa que pueda predecirse por un acusado, vedando de saber de antemano, cuáles son las consecuencias jurídicas de las acciones, o bien qué ley o interpretación debía ser aplicada en un caso concreto, violentando evidentemente principios fundamentales de justicia y debido proceso⁽⁶⁴⁾.

Bajo esta nueva perspectiva, la ley escrita era reducida a una ayuda para la interpretación de las ideas del nacionalsocialismo, lo esencial era juzgar sobre el sentimiento de la gente, imponiendo a los jueces llevar a cabo una interpretación de la ley que tenga en cuenta el cambio de la ideología y los nuevos conceptos jurídicos del nazismo.

El tercer círculo concéntrico se distinguía por un elemento central y el corolario natural del *Führerprinzip*, mediante el cual los jueces, no sólo estaban sujetos a las instrucciones de Hitler para entender la demanda del momento, sino que también debían receptar la intención del legislador, poniéndola en práctica tanto en el espíritu como en la realidad, ampliando incluso,

(62) La Ley para la Protección de la Sangre Alemana y el Honor Alemán es un ejemplo de ello.

(63) El antiguo art. 2º, que fue derogado por la ley del 28 de junio de 1935, decía: “No puede imponerse castigo a menos que dicho castigo se prescriba por ley, sea tanto el acto se comete en el caso de un cambio en el estatuto. Entre el momento de la comisión de un acto y el momento de dictar resolución, se aplicará la ley más benigna”.

(64) Ello nos remite a la obra de Franz KAFKA, *El proceso*, donde en una sociedad totalitaria, un ciudadano, Joseph K., es abordado en su habitación sin orden o mandamiento judicial, detenido por unos llamados guardianes de la ley que no le explican, porque tampoco ellos lo saben, cuáles son las causas de su detención ni los delitos que se le imputan (título original: *Der Prozeß*, 1925).

si fuese necesario, el alcance de la norma, estas apreciaciones tenían fuerza de ley⁽⁶⁵⁾.

La objetividad de los jueces se encontraba limitada al momento de interpretar el derecho, o bien cuando se ponía en duda la seguridad nacional, en razón de que cada juez resultaba parte esencial de su país, y como tal, debía colocar los intereses vitales de la Nación, incondicionalmente, por encima de lo que es derecho en sentido formal.

Estos tres círculos constituían la práctica de la ley en la Alemania nazi, sin que hubiese asunto que pudiese ser decidido sin la satisfacción del Führer. Situación que era posible, en razón de que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo se encontraban concentrados en manos de Hitler; siendo su palabra equiparable a la ley y al *Führerprinzip*⁽⁶⁶⁾.

En efecto, la palabra de Hitler poseía fuerza de ley al erigírsele como intérprete y portavoz insigne del espíritu jurídico del pueblo alemán. Situación similar, en términos históricos, al concepto de Luis XIV inmortalizado bajo la expresión *L'Etat c'est moi* —el Estado soy yo—⁽⁶⁷⁾.

4.3. Deber de lealtad al *volk*

El derecho penal nacionalsocialista se encontraba sustentado en el deber de lealtad al *volk*, constituyendo un deber moral en el pensamiento nacionalsocialista y alemán. Siendo el delito asimilado a una conducta de deslealtad o violación del deber y traición. Con lo cual, cualquier acto de violación hacia ese deber de lealtad conducía necesariamente a la pérdida del honor⁽⁶⁸⁾.

En este sentido, una violación de la lealtad sólo podía ser cometida por alguien obligado a ser leal, es decir, por un miembro de la comunidad —exclusivamente ario—.

Edmundo Mezger propugnaba, como la única fuente del derecho penal, la voluntad del Führer, manifestando que el partido nacionalsocialista ale-

(65) WARD, Ian, *Law, Philosophy and National Socialism: Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*, [Derecho, filosofía y nacionalsocialismo: en contexto de Heidegger, Schmitt y Radbruch], (1992).

(66) El Tercer Reich consideraba que debía existir la más estrecha colaboración entre el Estado y el sistema judicial, resultando esencial que se designaran jueces que hayan tenido experiencia previa en el partido.

(67) A Luis XIV se lo presentaba como el padre del pueblo, el protector de las artes, el rey más católico, el restaurador de las leyes, el árbitro de la paz y de la gloria, el ampliador de las fronteras, el monarca más poderoso del universo, sólo comparable a Alejandro, Augusto o Carlomagno.

(68) La doctrina se pronunciaba en favor de penas que tuviesen un efecto de exposición a una vergüenza pública; por ejemplo la declaración de deshonor, esto implicaba la pérdida de ciertos derechos ciudadanos, o bien la prohibición de dedicarse a determinadas actividades, como la agricultura, ser empleado de una tienda, de ser tutor de un menor, o incluso soldado.

mán es un instrumento que en manos del Führer conforma la voluntad política alemana. A él, se le ha transmitido la formación consciente de la sana concepción del pueblo, y con ello, la facultad para determinar lo que se entiende por antijuridicidad material⁽⁶⁹⁾.

Esto implicó el abandono del eje conductor sobre el cual se sustentaba el derecho penal clásico, enrolándose en otro sistema discursivo, más funcional, sosteniendo que las únicas fuentes del derecho penal y la única base admisible exclusiva y excluyentemente se reducía en la voluntad del Führer.

4.4. El control social

Brevemente nos remitiremos a analizar algunas de las disposiciones normativas nazis más relevantes relacionadas con la represión política.

4.4.1. Código Penal Antiguarantista

En primer lugar, podemos mencionar el Código Penal Antiguarantista, redactado por los nazis en el año 1935, en cuyo art. 2º expresaba: “Toda persona que comete un acto que la ley declara punible o que merece ser castigado con arreglo a las concepciones fundamentales de una ley y al sentimiento sano del pueblo, debe ser castigada”.

Entre otras peculiaridades, tenía previsto la aplicación analógica de los tipos penales, la posibilidad de equiparar, en cuanto a la dureza del castigo, la tentativa a la consumación del delito y la creación de nuevos tipos delictivos de carácter político o que resultaren sospechosos, al revelar una falta de adhesión al régimen establecido la aplicación retroactiva de las normas penales desfavorables al reo.

4.4.2. Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado

En segundo lugar, podemos mencionar las disposiciones que sirvieron de base jurídica durante los años treinta a los primeros campos de concentración, el decreto para la protección del Pueblo y del Estado del 28 de febrero de 1933, derogado por el gobierno militar de los Aliados, el 8 de mayo de 1945. Conocido con el nombre de decreto del incendio del Reichstag⁽⁷⁰⁾.

El art. 1º del citado decreto disponía lo siguiente: “Los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 de la constitución del Reich Alemán [se refiere a la Constitución de la República de Weimar, que nunca fue expresamente derogada] quedan hasta nueva orden sin vigor.

(69) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, cit., p. 140.

(70) El incendio del Reichstag ocurrido en la noche del 27 de febrero, y por el cual fuera arrestado el señor Marinus van der Lubbe.

”Quedan, por tanto, autorizadas más allá de los límites legales válidos hasta este momento: las restricciones a la libertad personal, a la libertad de expresión, incluida la libertad de prensa, y al derecho de asociación y reunión; las intervenciones en el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas; las órdenes de registro domiciliario y de secuestro de bienes, así como las restricciones a la propiedad⁽⁷¹⁾”.

Este decreto determinaba la pérdida de todos los derechos personales, la libertad del individuo, la inviolabilidad del hogar frente a allanamiento sin orden judicial, la privacidad de la correspondencia, la libertad de expresión y de reunión.

Determinando el fin de Alemania como un Estado constitucional, medida que fuere intensificada mediante la ley de funciones policiales de la Gestapo, de fecha 10 de febrero del año 1936, disponiendo que los asuntos asignados a la misma se encontraban exentos del control de los tribunales⁽⁷²⁾.

Mediante la aplicación de esas disposiciones, se podía imponer la custodia protectora, enviando a quien se deseara a un campo de concentración durante el período de tiempo considerado de manera discrecional, aun en el caso de que la persona detenida hubiese sido absuelta por los tribunales o cumplido la condena oportunamente impuesta. Abandonando el tradicional Rechtsstaat⁽⁷³⁾, el Estado basado en el imperio de la ley y abolido el principio, no hay pena sin ley.

4.5. El principio *nullum crimen sine lege*

Sobre la premisa de que resultaba imposible que las normas jurídicas individuales prescribiesen todos los casos posibles, surgió la necesidad de apartarse de una lista de delitos punibles y específicamente tipificados, otorgándole al juez líneas de conducta amplias, bajo la forma de principios generales, según las cuales pudiera determinar la ilicitud penal de un hecho.

En palabras de Hitler: “Los autores de actos contra las costumbres son habitualmente reincidentes y coronan por lo general su carrera con un crimen crapuloso. ¿Por qué no eliminamos enseguida a esos individuos? ¿Qué mal ven ustedes en que un ser anormal sea castigado tanto como un ser nor-

(71) MULLER, Ingo, *Los juristas del horror*, Álvaro-Nora, Bogotá, 2009, p. 146.

(72) Carl Schmitt expresaba que una vez declarado el estado de emergencia, la autoridad constituida del Estado sigue existiendo, mientras que el derecho retrocede. En un estado de emergencia, la autoridad suspende la ley sobre la base de un derecho de proteger su propia existencia. En SCHMITT, Carl, *Die Hüter der Verfassung* [El guardián de la Constitución], 1931.

(73) Desde el aspecto jurídico y político el *Rechtsstaat* refiere a un estado constitucional, en el cual el poder del Estado posee limitaciones a fin de garantizar y proteger a la población de abusos de poder. Esto implica que los ciudadanos poseen derechos básicos garantizados por una Constitución y exigibles jurídicamente.

mal? La sociedad debe ser preservada de tales elementos. Los animales que viven en estado de sociedad y que actúan fuera de la ley, los arrojan del grupo. En otra ocasión: Cuando me hablan de un traidor no me interesa saber de qué modo traicionó, ni si su traición le salió bien, ni cuánto llegó a cobrar. Para mí no hay más que una pregunta: ¿Ha actuado a favor o en contra de Alemania? Y por fin, siempre hay uno de esos juristas para hacer juegos de manos con los hechos hasta que encuentra una circunstancia atenuante. Un crápula será siempre un crápula. Reservo la misericordia para mis buenos compatriotas. Tengo el deber de protegerlos contra el hampa”⁽⁷⁴⁾.

En esas condiciones, el régimen se comportaba de forma oportunista e inescrupulosa, de manera que, cuando las normas legales convenían a los propósitos del régimen, se aplicaban, cuando obstaculizaba, eran ignoradas.

El alcance abusivo de interpretación normativo fue compartido plenamente por el doctrinario Carl Schmitt, quien expresara: “Hoy todos reconocerán que el principio ‘no hay delito sin castigo’, tiene prioridad sobre el principio, ‘no hay delito sin ley’, como la más elevada y fuerte verdad jurídica”⁽⁷⁵⁾.

Esta nueva perspectiva filosófica establecía dos principios de aplicación, en primer lugar, el sistema legal se encontraba subordinada a la voluntad del Führer, y el segundo, la máxima tradicional, *nullum crimen sine lege*, carece de relevancia y aplicación en Alemania. De manera que los acusados podían ser juzgados por acciones que no fueran establecidas de antemano como ilegales.

El principio de analogía penal podía ser aplicado en perjuicio del acusado cuando el sano sentimiento del pueblo alemán así lo exigiese.

Asumía especial relevancia la imposición de la pena de muerte, conocida como Ley Van der Lubbe, condenando a muerte por alta traición en concurso con incendio con fines de agitación.

La aplicación de esta condena únicamente era posible mediante la aplicación retroactiva de la ley, exigiendo una interpretación particular por parte de los jueces. Argumentaron que la Ley de Poderes Especiales había conferido al gobierno el poder de legislar, dictando leyes que incluso pudiesen violar la Constitución.

Alegaron que la condena a muerte de Van der Lúbbe no violaba el principio *nulla poena sine lege*, ya que éste se refería sólo al hecho de que un acto fuese punible o no, y el incendio había sido un acto punible, incluso antes del incendio del Reichstag.

(74) RIVERS, Julián, *The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws: The Limits of Legal Order* [La interpretación e invalidez de las leyes injustas. Los Límites del orden legal], Dyzenhaus, 1999.

(75) SCHMITT, Carl, *Der Weg des deutschen Juristen* [El camino de los juristas alemanes], en DJZ, 1934, p. 693.

La única disposición retroactiva de la ley se encontraba reducida en el aumento de la pena, la que podía ser alterada en cualquier momento por el gobierno, sin que ello implique violar principios constitucionales. Este tipo de interpretación es la que permitía, de manera discrecional, un incremento de penalidades para delitos considerados políticos y elevadas amnistías para acciones consideradas en favor del pueblo alemán.

4.6. Ley contra los Delincuentes Habituales y Peligrosos. Año 1933

En los procesos judiciales no era tema de importancia determinar si el acusado había infringido o no alguna norma, sino de precisar si el transgresor seguía siendo parte de la comunidad. El proceso penal debía ser una evaluación y segregación de tipos. De manera que la característica decisiva de la teoría nacionalsocialista estaba colocada en la personalidad delictiva del sujeto y no en la acción cometida.

Los juristas desarrollaron categorías estableciendo tipos delictivos, que debían ser utilizados al momento de redactar las leyes y reglamentos, entre los que cabe citar, la ley contra los delincuentes habituales peligrosos, el decreto reglamentario a la protección frente a los delincuentes juveniles y el decreto reglamentario sobre delitos violentos y parásitos antisociales

Para esta categoría de personas individuales, la ley tenía previsto el encarcelamiento indefinido y el confinamiento de seguridad en instituciones penales estatales, pese a que en gran cantidad de casos se trataba de delitos menores, como el hurto reiterado de abrigos, bicicletas o pequeñas sumas de dinero.

Asimismo, se dispuso la nueva versión de las leyes sobre homicidio, la cual disponía que el homicidio se castigara con la muerte. Basada en la presunción de que los homicidas nacían, no que se convertían.

Este pensamiento ya se encontraba presente en la figura de Von Liszt, quien se expidió sobre esta tipología en el Programa de la Universidad de Marburgo en 1882, expresando: “Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, así el cáncer de los cada vez con mayor rapidez crecientes delincuentes habituales penetra en nuestra vida social... Se trata de un miembro, pero del más importante y peligroso, en esa cadena de fenómenos sociales patológicos que acostumbramos a llamar con el nombre global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, estafadores y gentes del mundo galante en el más amplio sentido de la palabra, degenerados psíquicos y físicos. Todos ellos forman un ejército de enemigos básicos del orden social, en el que los delincuentes habituales constituyen su Estado mayor”⁽⁷⁶⁾.

(76) VON LISZT, “Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze” [La idea del fin en el derecho penal], en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, cit., p. 42.

Y como solución penal para este tipo de delincuentes, Von Liszt propone:

“La prisión perpetua o, en su caso, de duración indeterminada, en campos de trabajo, en servidumbre penal, con estricta obligación de trabajar y con el máximo aprovechamiento posible de la fuerza de trabajo; sin excluir como pena disciplinaria la pena de azotes, y con la consiguiente pérdida obligatoria y duradera de los derechos civiles y políticos, para marcar el carácter deshonesto de la pena. El aislamiento individual sólo operaría como sanción disciplinaria, en celda oscura y con estricto ayuno”⁽⁷⁷⁾.

Por su parte, el penalista Edmund Mezger, si bien hizo un intento por mantener el principio tradicional sobre culpabilidad, según el cual se castiga a una persona, no por lo que es sino por lo que efectivamente ha hecho, elabora una doctrina sobre la “culpabilidad en la conducta de la propia vida”⁽⁷⁸⁾.

Aplicando ese concepto, el derecho penal consideraba a los antisociales como una carga para la comunidad, razón por la cual su sola existencia resultaba punible y consecuentemente, pasible de ser castigada, tanto sobre la base de sus actos individuales, como por su propia existencia antisocial⁽⁷⁹⁾.

En esa época existían dos tipos básicos de penas para los delitos, una pena cuya finalidad era proteger a la sociedad si se determinaba que un imputado no estaba en condiciones de ser enjuiciado, y de retribución, si al imputado se le hallaba culpable; en ambos casos se llegaba a la misma condena —la pena de muerte—. Por ello, se consideraba innecesario que en cualquiera de ambos casos se investigaran los motivos y causas de un acto, pues arribaban a la misma solución⁽⁸⁰⁾.

4.7. La visión del castigo nazi

El juez Alfred Rosenberg había propuesto una teoría del castigo que se encontraba en consonancia con la ideología racial nazi, mediante la cual el castigo debía ser pura y simplemente un medio para erradicar a los considerados “indeseables” de la sociedad. Desechando la antigua noción, sobre la cual la aplicación de justicia debía procurar subsanar los errores cometidos mediante servicios de retribución educativa o de rehabilitación de los delincuentes⁽⁸¹⁾.

(77) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, cit., p. 42.

(78) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger...*, cit., p. 268.

(79) Esto implica que no es el carácter de ser antisocial sino porque han llegado a serlo a través de la conducta culpable durante el desarrollo de sus vidas (MEZGER, Edmund: *Criminología*, 1933, 2ª ed., trad. de José A. Rodríguez Muñoz, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950).

(80) MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944”, *Revista Penal*, nro. 11, Praxis, Barcelona, 2003.

(81) ROSENBERG, Alfred, “The Myth of the 20th Century an Evaluation of the Spiritual-Intellectual Confrontations of Our Age”, [El mito del siglo XX, una evaluación del espíritu intelectual en confrontación con nuestra era], 28/6/1982, p. 364.

Por el contrario, en este nuevo contexto, no era siquiera necesario que el juez se encontrase plenamente convencido de la culpabilidad del acusado, el propósito de la administración de justicia bajo ese nuevo contexto era el mantenimiento del Estado.

Siendo posible la aplicación del principio de analogía para los juzgamientos, permitiendo a los jueces contar con medios para subvertir la justicia y cometer asesinato judicial, descartando los enfoques científicos del derecho penal desarrollados durante la décadas de 1920 y 1930, como es el caso de la doctrina de los tipos penales, los conceptos del delito material, la interpretación legal, el método teleológico.

CAPÍTULO 5

JUECES Y NAZISMO

“No es la persona, sino solamente la nación quien debe ser considerado como el centro de las preocupaciones legales.”

HITLER

5.1. Hitler y su apreciación hacia los juristas

Hitler consideraba que todo jurista era retrasado por naturaleza, o lo sería con el tiempo, y consecuentemente, incapaz de reflejar el sano criterio del pueblo.

Expresaba al respecto: “Consideremos al jurista como un consejero y no le reconozcamos el poder de mandar. ¿Cómo es posible que un hombre que ha pasado su vida absorta, entre expedientes pueda comprender algo de los problemas vivos? No sabe nada de ellos. No dejo perder la ocasión de enjuiciar a los juristas. Aliento la esperanza de que se desalienten así los muchachos que tengan la intención de escoger esa carrera. Hay que poner a un nivel tan bajo esa profesión, que sólo los que no sientan más ideal que los papeletes, puedan tener de hoy en adelante el deseo de consagrarse a ella. ¿Qué valen los escrúpulos jurídicos cuando algo se impone en interés de la nación? Si el pueblo alemán vive todavía, no es gracias a los juristas, sino a pesar de ellos. No soy el primero que ve en los abogados unos dañinos microbios. Federico el Grande no pensaba de otra forma”⁽⁸²⁾.

De manera que el nazismo percibía el papel de la judicatura como un servicio a los fines del Estado, y no sobre la premisa de legalidad y justicia, motivo por el cual consideraba imprescindible la transformación de la mentalidad jurídica alemana.

5.2. Hitler y los nuevos juristas

Conforme al pensamiento del nazismo, resultaba una exigencia ineludible la formación de nuevos juristas, cuyas capacidades no debían reducirse

(82) STOLLEIS, M., *Public Law in Germany* [Derecho público en Alemania], Oxford, 2001.

al conocimiento técnico adquirido en las universidades, sino que debían cultivar el virtuosismo que le suministraba la ciencia del derecho nacionalsocialista, como también, el compromiso hacia el régimen nacionalsocialista.

Esto implicaba el compromiso de los jueces, quienes debían defender los intereses del partido nazi, y de los abogados de formar parte de la asociación nazi de abogados.

De igual manera, resultaba imprescindible la popularización del derecho, haciéndolo comprensible a los ciudadanos, educando al pueblo, educar al pueblo en los principios del nuevo orden ario.

Hitler cuestionaba el problema del tecnicismo jurídico, considerado como un mundo imaginario de nociones jurídicas, y como tal, accesible sólo a los que podían comprender, esto debía cambiar, imponiendo para ello, el principio de claridad.

El derecho debía ser un instrumento educativo para el pueblo, de lo contrario, de nada valdrían las leyes si las mismas no estaban dentro del alma popular, resultando imprescindible que el pueblo las conozca y las asuma como propias.

Las leyes son consideradas parte esencial del patrimonio espiritual de la Nación. Otorgando especial trascendencia a la exposición de motivos, el que, mediante la utilización de un lenguaje claro, debía exponer al pueblo la ética del derecho germánico. El derecho no podía proporcionar la voluntad, que era un requisito esencial para la acción nazi, era reactivo y no activo.

5.3. Las cortes del pueblo. El juez Freisler

En el año 1933, la *Reichsgericht*⁽⁸³⁾ procedió a la absolución de varios funcionarios comunistas, en la participación en el incendio del Reichstag, por falta de pruebas. Situación que indignara al gobierno nazi y por la cual Adolf Hitler, en el año 1934, dispuso la creación del Tribunal o Corte del pueblo, otorgando competencia exclusiva a los casos considerados políticos⁽⁸⁴⁾, el *Volksgerichtshof*, que estuvo en vigencia hasta abril del año 1945.

La Corte del Pueblo se encontraba bajo las órdenes del juez Roland Freisler, descrito por William Shirer como un maniático vil y vituperante⁽⁸⁵⁾, quien conducía los procesos mediante una pantomima, al servicio de la pro-

(83) Tribunal del Imperio, fue el Tribunal Supremo del Imperio alemán en materia civil y penal desde 1879 hasta 1945.

(84) Esencialmente era un instrumento legal de terror que perseguía e intimidaba a opositores políticos del régimen, contaba con más de 200 jueces inquisidores a su servicio.

(85) SHIRER, William, describe a Freisler como quizás el nazi más siniestro y sanguinario en el Tercer Reich, *Auge y caída del Tercer Reich: Una historia de la Alemania nazi*, Nueva York, 1960.

paganda y aplicación de la doctrina nazi⁽⁸⁶⁾ contra quienes consideraba traidores hacia el Estado nacionalsocialista. La disposición a pervertir el sistema de justicia, con fines ideológicos y políticos, fue aplicada, de manera extrema, rechazando normas y tradiciones del imperio de la ley, *Rechtsstaat*, y colocando las prerrogativas de la dirección nacional por encima de la ley⁽⁸⁷⁾.

Actuando habitualmente a manera de un *Kurzer Prozess*, es decir, una farsa donde se sabía la sentencia de antemano. Durante el desarrollo de los juicios, se enaltecían las virtudes del nazismo, tales como el honor, la lealtad, el compañerismo y la decencia. Virtudes consideradas exclusivamente arias, de las cuales los judíos no sólo estaban excluidos, sino que encarnaban una contramoral a la moralidad aria.

5.4. Los jueces y la manipulación de la normativa nazi

La comunidad —el pueblo— fue quien adquirió mayor protagonismo, pero ya no se expide a través de la ley, sino que será la figura mística de Hitler, la que aglutinará las voluntades y los valores de la sociedad. De manera que las palabras son las mismas, pero no significan lo mismo. Esto implicaba la desvinculación del juez a la ley, especialmente de las leyes heredadas, extrayendo el derecho de las necesidades de la vida, de la comunidad o de las palabras del Führer.

Los jueces quedaron liberados de su obligación respecto de la ley, para verse sometidos al acatamiento de los principios del gobierno del Tercer Reich, convirtiéndose el juez en servidor directo del Estado. Se impusieron modificaciones normativas sustanciales, las que se vieron plasmadas en el Proyecto del Código Popular alemán.

La primera de sus reglas fundamentales expresaba: “Es ley suprema, el bien del pueblo alemán”. Esto determinaba que el ordenamiento jurídico debía estar focalizado hacia el provecho de la Nación y no de los individuos particulares. De manera que la actividad individual no debía perjudicar el interés colectivo, y en caso de conflicto, correspondía que su interpretación sea ejercida en función de la comunidad⁽⁸⁸⁾.

5.5. La adaptación leyes nazis

La legitimidad de las decisiones colectivas en el Tercer Reich no se identificaba con procesos democráticos previstos por autoridades tradicionales

(86) Basta observar las imágenes registradas en películas de archivo, donde se lo ve gritando y abusando de los acusados. Video disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=CKiqHpbFz68> (ingreso fecha 5/6/2015).

(87) El proceder era semejante en algunos casos a la prueba diabólica (*probatio diabólica*) o prueba inquisitorial, expresión del derecho que describe la práctica de exigir una prueba imposible. Los procedimientos judiciales de la inquisición no respetaban la presunción de inocencia.

(88) MULLER, Ingo, *Los juristas...*, cit., p. 232.

designadas en una constitución o en leyes, sino en la voluntad de Hitler. Esta voluntad vinculante se ve plasmada desde la aclamación de disposiciones normativas en el *Reichstag*⁽⁸⁹⁾, hasta instrucciones directas y de forma verbal.

Las actuaciones judiciales no carecían de sustento en el contenido de la ley, sino en un ligamen con el espíritu de la comunidad popular. La ley ha de interpretarse conforme al concepto nazi, el interés colectivo antes que el interés particular, fallando, incluso, *contra legem*, si fuese necesario.

El magistrado debía obedecer las leyes nuevas por encima de sus propias convicciones personales, salvo que existiese un error en la ley, o los ideales, o bien que la situación de la comunidad haya sido modificada, en cuyo supuesto debía apartarse de la ley para la realización de esos nuevos ideales⁽⁹⁰⁾.

Las leyes antiguas, que no hayan sido derogadas, permanecían vigentes, pero correspondía al juez que las interpretase de manera renovada, conforme a los principios del Führer. Prueba de ello, es que la Constitución de Weimar no fue derogada ni tampoco promulgada una nueva Constitución. Por el contrario, se emitieron órdenes radicales que convivieron con las leyes de la época de Weimar.

Esto implicó la vigencia de un sistema híbrido de normas nazis y de la ley tradicional alemana, y como manifestáramos, teniendo presente que la función más elevada del Estado se encontraba en la protección de la raza y la preservación de los factores raciales originarios, por ser los encargados de sostener la dignidad la humanidad superior, sostenida mediante elementos relevantes de culto, como el alma racial, la sangre y el *Volk*⁽⁹¹⁾.

Frente a la imposibilidad de modificar inmediatamente todas las leyes vigentes, el objetivo fue centralizado en comprometer al Poder Judicial bajo una nueva actitud, según se tratase de una ley específica que venía de la vieja república o de una nueva, la de Hitler.

En materia de derecho procesal, se impusieron nuevos principios a la legislación, atacándose, principalmente, la lentitud del proceso, considerado el peor vicio que podía aquejar a la administración de justicia alemana. En función de ello, se acortaron los plazos y se limitaron los recursos entre otras medidas, lo que venía a significar la renuncia a la seguridad jurídica.

Pedagógicamente, fue exigido que se hiciese comprensible el derecho procesal para los legos, acentuándose los principios de oralidad e inmedia-

(89) El término *Reichstag* (Dieta imperial) es una composición alemana de *Reich* (Imperio) y *Tag* (dieta, del verbo *tagen*, reunirse diariamente en debate).

(90) Al respecto, Hitler expresaba: "Hemos de distinguir de la forma más precisa posible entre el Estado como recipiente y la raza como su contenido" (HITLER, Adolf, *Mi lucha*, cit., p. 232).

(91) Los nazis abolieron las libertades básicas y buscaron crear una comunidad, "*Volk*, y que sea comunidad uniese a todas las clases sociales y las regiones de Alemania bajo el control de Hitler.

ción. Obligando a quienes interviniesen en el proceso, a defender por encima de cualquier otra consideración los intereses de la comunidad.

En materia de derecho administrativo, frente al antiguo abstencionismo liberal, el principio aplicable en el régimen era el intervencionismo, siendo el pueblo el verdadero sujeto de derecho. Si antes se podía hacer todo lo que no estaba prohibido, ahora sólo se puede llevar a cabo únicamente aquello que está permitido, la libertad no es un concepto abstracto del que pueda disfrutar el individuo, sino un medio que el pueblo utiliza a efectos de mejorar a la comunidad.

En cuanto al derecho internacional, para los ideólogos y juristas nazis su vigencia carecía de sentido, al no existir igualdad de derechos ni entre las naciones ni entre grupos o minorías, como tampoco igualdad para los individuos.

El nazismo otorgó especial preponderancia al derecho consuetudinario, considerado como expresión directa del espíritu jurídico del pueblo y dotado de una legitimidad inmediata y absoluta, al tratarse de una legitimidad prestada en comunión con la comunidad nacional. Esta reivindicación del derecho popular es la que repudiara el legalismo hasta entonces reinante, exigiendo un nuevo sistema de fuentes que permitiese corregir el predominio imperante de la ley.

El Estado de derecho era considerado una degeneración del Estado de derecho burgués, y su basamento en la concepción del mundo, sobre premisas tales como la democracia, el liberalismo, la igualdad ante la ley y el pluralismo, se oponían a la percepción alemana del mundo.

CAPÍTULO 6

JUICIO A LOS JUECES

“El privilegio de inaugurar, por primera vez en la historia un proceso por crímenes contra la humanidad impone gran responsabilidad. Los crímenes que nos preparamos a condenar y castigar han sido premeditados, han tenido consecuencia nefastas y ruinosas que la civilización no puede ignorar porque no podría sobrevivir si esto se repitiese.”

Fiscal ROBERT JACKSON

6.1. Juicio de Nüremberg

El juicio de Nüremberg es posiblemente el intento más desarrollado de ofrecer una respuesta jurídica a uno de los desafíos más terribles al que se haya enfrentado la humanidad⁽⁹²⁾.

Podemos manifestar que la creación del tribunal y el desarrollo del juicio no resultó una cuestión simple, el reto principal era ver qué tipo de soluciones podía y debía brindar la comunidad internacional, por una parte, en atención al castigo de los culpables y por otra, como prevención para que hechos semejantes no volviesen a suceder.

Otro de los interrogantes era saber cómo reaccionaría Alemania ante sus propios ciudadanos alemanes, por la participación y compromiso que habían tenido con el Régimen.

Hasta los juicios de Nüremberg, el derecho internacional que regulaba la guerra daba por hecho que una vez finalizado un conflicto, se debía proceder a una amnistía general respecto de 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

(92) Cabe manifestar que no hubo un único juicio de Nüremberg, sino varios. Siendo juzgado un conjunto variados de personalidades, desde juristas, médicos, empresarios, hasta ciudadanos alemanes que habían delatado a vecinos. Asimismo, se llevaron a cabo juicios en cada zona de las potencias aliadas, EE.UU., Gran Bretaña, Francia y la URSS.

había un principio de responsabilidad personal por los delitos que pudiesen haber cometido al iniciar las hostilidades o durante el desarrollo del conflicto.

En este sentido, los juicios de Nüremberg se constituyeron como 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.

6.2. Acusación a los jueces

“El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista”⁽⁹³⁾.

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

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⁽⁹⁴⁾.

Esencialmente, aplicaron leyes relativas al programa de pureza racial, 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, suscribieron condenas, despreciando la ilegalidad del objeto de sus sentencias. Se trataba de la participación consciente de crueldad e injusticia, en violación de las leyes de la humanidad, canalizado mediante la utilización de un sistema organizado por el gobierno nacional y perpetrada en nombre de la ley, a través de la instrumentalidad de los tribunales.

(93) “Estados Unidos de América v. Josef Altstoetter, *et al*”, militar Tribunal III, Caso 3, *Juicios de criminales de guerra ante los Tribunales Militares de Nüremberg*. Bajo Control de la ley 10 del Consejo, Nüremberg, octubre 1946 a abril 1949, vol. III, Washington, 1951.

(94) GÓMEZ PÉREZ, Javier, *Los 13 juicios de Nüremberg. Un análisis completo de los 13 juicios celebrados en Nüremberg*, Edición Kindle E-book, 2013.

6.3. 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.

Expresaron 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 los expresiones jurídicas del nazismo; e) que siempre habían creído en la democracia, el parlamentarismo, los derechos humanos y el Estado de derecho⁽⁹⁵⁾.

En este sentido, 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 la cual la ley y la política representaban dos expresiones diferentes de la misma voluntad, ambas al servicio del valor racial más alto⁽⁹⁶⁾. Y siendo ambas efectivamente intercambiables, resultaba fácil y natural adecuar la política y los 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 Nüremberg 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 derecho,

(95) Este tema será abordado con mayor profundidad en el capítulo 7 del presente trabajo.

(96) ROSENBERG, Alfred, *El mito del siglo xx...*, cit., p. 361.

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⁽⁹⁷⁾.

6.4. Casos ejemplificadores

A lo largo del desarrollo de la presente tesis, hemos visualizado cómo los tribunales penales ordinarios fueron perdiendo terreno en favor de los llamados tribunales especiales —*Sondergerichte*— con competencia en crímenes de índole política, entre ellos, los definidos en las leyes de Nüremberg.

Las condenas a reclusión, en campos de concentración o directamente la imposición de la pena de muerte, resultaban una cuestión habitual, incluso sobre delitos que no lo tuviesen previsto formalmente, sin que significase obstáculo para introducir la pena capital, mediante la incorporación de agravantes que, interpretadas ampliamente, permitían su aplicación.

Los estudios de casos pueden servir para ilustrar el tipo de conductas consideradas por el tribunal contra los jueces, que involucró a los imputados en la comisión de crímenes contra la humanidad.

6.4.1. Primer caso. Juicio al señor Markus Luftglass

Franz Schlegelberger fue ministro interino de Justicia en octubre del año 1941, ejerciendo un papel fundamental en el caso del señor Markus Luftglass, una persona judía de edad avanzada que fuera condenado, por el delito de robar una cierta cantidad de huevos, a una pena de dos años y medio de prisión.

Esta sentencia impuesta judicialmente llega a conocimiento de Hitler, quien consideró que esa condena resultaba insuficiente, razón por la cual escribe una carta al magistrado —Schlegelberger—, expresando que solicitaba que el señor Luftgas sea condenado a muerte por dicho delito. El texto expresaba lo siguiente:

“25 de octubre 1941, el Führer desea que Luftgas sea condenado a muerte...”, a lo que responde Schlegelberger: “29 de octubre 1941. He entregado a la Gestapo con el fin de ejecutar al judío Marcus Luftgas, quien había sido condenado a dos y medio años de prisión”⁽⁹⁸⁾.

Ante el requerimiento, el juez no sólo ordenó el asesinato del señor Luftglass, sino que solicitó al Führer que en lo sucesivo le informase de las demás penas que considerara inadecuadas, contribuyendo con ello a la destrucción de la independencia judicial.

(97) RADBRUCH, Gustav, “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en AA.VV., *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971.

(98) MULLER, Ingo, *Los juristas...*, cit., p. 169.

Esto ilustraba el alcance personal que Hitler poseía dentro del funcionamiento del sistema legal, plasmado en una clara antítesis de la separación de poderes como conocemos en nuestros días. Frente a este caso, que fuera materia de análisis por parte del tribunal de Nüremberg, se había determinado que Schlegelberger, consintiendo de manera ilimitada a la pretensión de Hitler, había infringido la pretensión propia de un proceso judicial.

6.4.2. Segundo caso. Juicio al señor Leo Katzenberger

Otro caso de estudio fue planteado contra el juez Oswald Rothaug, quien actuara en el año 1932 como presidente del Tribunal Especial en Nüremberg, presidiendo entonces el caso del señor Leo Katzenberger.

Leo Katzenberger era un hombre de 59 años, propietario de un comercio mayorista de venta de calzados, que entablara una relación de tutoría a pedido de su padre, con una muchacha católica de 22 años, quien además trabajaba en el mismo edificio. Desde esos años, a pesar de que la joven contrajo nupcias, y hasta luego de comenzada la guerra, la relación de afecto mutuo era compartida.

Cuando la Gestapo toma conocimiento de esa frecuencia de trato, procede a la detención de Leo Katzenberger, quien para ese entonces contaba con 70 años de edad, acusándolo de cometer el delito de ultraje a la raza. Este caso interesó al juez del Tribunal Especial, Dr. Rothaug, un fanático del nazismo, quien vislumbró la oportunidad de demostrar su lealtad al régimen.

El 13 de marzo de 1942 el magistrado Rothaug, acompañado con otros dos jueces, procedió al dictado de la sentencia⁽⁹⁹⁾, expresando: "Se dice, por lo tanto, que ambos se habían aproximado sexualmente de diversas maneras, incluida la relación sexual plena. Se alega que se han besado, a veces en la vivienda de la señora Seiler, y otras en el negocio de Katzenberger. Se alega que Seiler se ha sentado en el regazo de Katzenberger y se dice que éste, con intención de recibir satisfacción sexual, le ha acariciado el muslo por encima de la ropa. En tales ocasiones, se alega que Katzenberger ha acercado a Seiler hacía sí y ha reposado la cabeza sobre el pecho de ésta"⁽¹⁰⁰⁾.

Estas normas, al ser pasadas por la lente de la analogía, llevaron a interpretar que el intercambio sexual no tenía por qué llegar a consumarse para desatar las previsiones criminales de la ley.

En igual sentido, el razonamiento planteado en esos casos era que la ley protegía, no sólo la sangre sino también el honor alemán, específicamente el de la mujer alemana, quien presuntamente fuera deshonrada si un judío se le aproximaba o la provocaba sexualmente de cualquier manera.

(99) Las audiencias orales públicas fueron reproducidas por radios y diarios y se montó una parodia como debate, en la cual sólo eran reiteradas las humillaciones hacia el acusado.

(100) MULLER, Ingo, *Los juristas...*, cit., p. 171.

Estos fundamentos permitieron condenar al señor Katzenberger, con el agravante de aprovechamiento de la situación de guerra, afirmando que el acusado se había aprovechado de los apagones producidos durante los bombardeos para abordar a la joven. Y la señora Seiler resulta condenada a prisión por falso testimonio.

6.5. El contenido de la sentencia y la complicidad con el régimen

El juez tenía en claro dos finalidades, primero, procurar la culpabilidad del imputado; y segundo, que la pena a imponer sea la condena a muerte. Cada uno de estos dos objetos encontraba importantes e ineludibles obstáculos, como la falta de elementos probatorios, siendo la única prueba un rumor, y material probatorio endeble⁽¹⁰¹⁾.

La única testigo creíble era la propia víctima, la señora Seiler, quien al ofrecer su testimonio, expresó que no había ningún romance entre ellos, tan solo expresiones normales de afecto con un hombre al que consideraba un padre. Esta afirmación de la supuesta víctima, bajo un proceso legal, imponía la exoneración del imputado. No obstante, el juez superó este obstáculo, considerando que dicho testimonio contrariaba lo oportunamente testificado en un interrogatorio anterior. Por ello, se encontraba culpable al señor Katzenberger del delito de contaminación racial, y a la señora Seiler, culpable del delito de perjurio, teniendo por descartado el testimonio brindado en el debate.

No obstante, la dificultad radicaba en aplicar la pena de muerte toda vez que el delito de contaminación racial, surgida de la Ley para la Protección de la Sangre Alemana y el Honor Alemán, estipulaba la pena de prisión, o trabajos forzados, pero no contemplaba la imposición de la pena de muerte.

Para ello, el magistrado sometió la figura inicial —“contaminación racial”— hacia una nueva conducta delictiva, creada y aplicada en el juicio, la de ser un enemigo público, la que, adicionada a la figura primigenia, permitió la imposición de la pena de muerte. En razón de que la pena, por tratarse de un enemigo público, era justamente la muerte.

Esta nueva figura delictiva del enemigo público fue argumentada sobre la base de que la vida política del nacionalsocialismo se sustentaba en la comunidad. Si un judío cometía el delito de contaminación racial con una mujer alemana, esto equivalía a la contaminación de toda la raza alemana.

Sobre este fundamento se condena en la guillotina al señor Katzenberger, lo que ocurre el 2 de junio de 1942. Asimismo, condenó, por el de-

(101) Un testigo había visto salir de la casa de la mujer después del anocheecer al imputado. Tampoco importaba si durante esas visitas se producían relaciones sexuales extramaritales o si sólo conversaban.

lito de perjurio, a la señora Irene Seiler a dos años de prisión con trabajos forzados⁽¹⁰²⁾.

Teniendo en cuenta el tipo de conducta descripta en estos dos casos, en los cuales se condena a los señores Markus Luftglass y al señor Leo Katzenberger, ¿qué defensas podrían plantear los jueces Franz Schlegelberger y Oswald Rothaug para exculparse? ¿Qué justificaciones podrían ofrecer cuando personas inocentes habían sido condenadas a muerte como consecuencia directa de sus acciones?

Las duras consideraciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana efectuaron sobre las actuaciones de los juzgadores, por aplicación de leyes contrarias a los derechos humanos en la época nazi, eran un ámbito de álgido debate, pues se sancionaba a quien sólo se limitaba a la aplicación de la ley, lo cual podía suponer una peligrosa brecha entre la legalidad y la justicia.

La cuestión se remitía en considerar qué es lo que vincula efectivamente al juez, es decir, a qué se tiene que atener para cumplir con su deber y no incurrir en ninguna responsabilidad. Se condena a jueces por delitos contra la humanidad, jueces que se habían limitado a aplicar correctamente la ley nazi, eso sí, siendo conscientes plenamente de la inmoralidad de las mismas.

En este sentido, Schmidt criticaba esta inseguridad jurídica que conducía a considerar criminal a un juez por el hecho de aplicar correctamente una ley. Concluyendo que es el legislador, y no el juez, quien tiene que procurar, estableciendo las leyes positivas imprescindibles, que la aplicación correcta de la ley sea garantía del derecho⁽¹⁰³⁾.

A pesar de que los aliados coincidían en que algún tipo de justicia retroactiva era necesaria, no llegaban a un acuerdo acerca del tipo de castigo que se debía aplicar. Desde el momento en que el triunfo aliado sobre Hitler y su coalición resultó probable, comenzaron a surgir disensos dentro del campo aliado sobre cómo responder a las atrocidades nazis.

6.6. Objeciones procesales

Han sido diversas las objeciones planteadas desde el punto de vista procesal, en este sentido y brevemente podemos considerar tres principios vulnerados conforme a la aplicación propia de un Estado de derecho:

(102) Si bien estas sentencias acudían al Tribunal de Justicia, en casación, las mismas eran confirmadas, sin ofrecer tratamiento de análisis alguno, reduciéndose también en ser un instrumento, en el programa de los dirigentes del Estado nazi.

(103) SCHMIDT, Eberhard, "La ley y los jueces", en AA.VV., *Derecho injusto y derecho nulo*, cit.

6.6.1. *El principio de preconstitución del juez*

Exponiendo brevemente, una de las críticas es que el Tribunal Militar Internacional se constituyó de manera posterior a la comisión de los actos considerados delictivos.

6.6.2. *El principio de independencia judicial*

El objetivo es que el juez se encuentre libre de prejuicios o de toma de posiciones que puedan provenir de la influencia de órganos externos. En este sentido, resultaba difícil demostrar que no hubo influencia por parte de las potencias aliadas en la composición del tribunal, ya que eran nacionales de los Estados que participaron en el conflicto.

6.6.3. *El principio contradictorio*

La disponibilidad de pruebas y la defensa técnica tratan de garantizar, dentro de la estructura del derecho de defensa, la igualdad sustancial entre las partes procesales para que tengan las mismas posibilidades de influir en el contenido de las sentencias.

En ese sentido, la defensa, temporalmente, no pudo contar con precisión el contenido sobre el cual fueron sustentadas las acusaciones. El tribunal en este sentido contaba con prerrogativas que vulneraban los principios de un proceso justo.

6.7. Objeciones materiales

6.7.1. *El crimen que no existía* —*nullum crimen sine lege*—

La objeción planteada, sobre la base de la irretroactividad, fue probablemente la cuestión más debatida, sosteniendo que 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 el derecho internacional, sino por una ley, *post facto*, creada posteriormente, el art. 6º del Estatuto de Londres⁽¹⁰⁴⁾.

Todo proceso penal que se pretende justo presupone la garantía del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, es decir, que el

(104) Art. 6º: “El tribunal establecido por el acuerdo aludido en el art. 1º 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”.

acusado pueda conocer qué 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 en un sistema así quedarían indefensos ante la cambiante voluntad de quienes ejercen el poder.

Máxime y conforme surge del presente trabajo, que una de las acusaciones de mayor severidad, dirigida contra el régimen nazi, era la 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 pueden favorecer a la justicia material, también implica que puedan 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 los derechos de los acusados, siendo necesario que se cumplan requisitos mínimos e irrenunciables, entre los cuales, que los acusados sean juzgados por un tribunal preconstituido de acuerdo con normas existentes anteriormente a sus acciones, evitando entre otras cuestiones la aplicación de normas penales desfavorables.

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.

Ésta ha sido la mayor crítica que recibió el juicio de Nüremberg 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 legitimidad a la constitución del tribunal y a las normas aplicables, cabría expresar que los mismos fueron condenados por delitos que se encontraban tipificados en las leyes de los Estados civilizados. De manera tal que los asesinatos en masa de judíos, gitanos, prisioneros de guerra y los valorados racialmente indeseables, eran 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 1928⁽¹⁰⁵⁾, y los delitos contra la humanidad estaban receptados por el derecho internacional, aunque fuese en forma de costumbre y 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, 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 desarrollo⁽¹⁰⁶⁾.

Los tipos penales cometidos por el nazismo, mediante acciones de homicidio, 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 crasamente 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 —art. 7º, primera parte— el principio de retroactividad, según el cual, nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituye una infracción, según el derecho nacional o internacional. Como tampoco la imposición de una ley más gravosa que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

Asimismo, en la segunda parte del citado artículo, se ha planteado una cuestión innovadora, al disponer que lo expuesto anteriormente no impide el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción, o de una omisión, que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho, reconocido por las naciones civilizadas.

(105) 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 art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

(106) Argumento utilizado por el Tribunal de Nüremberg contra los principales responsables y el punto de partida de la ley 10.

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 cabida tanto a la moral —justicia— como a la positividad —seguridad jurídica—, procurando establecer un equilibrio entre la justicia, la seguridad jurídica y la intencionalidad. Esta tríada de demandas conflictivas constituye la base del pensamiento, conocida como la Fórmula Radbruch⁽¹⁰⁷⁾. A cuyo tratamiento nos avocaremos en el capítulo siguiente.

(107) RADBRUCH, Gustav, *La anarquía y la Ley Orgánica Supra-Orgánica*, trad. Bonnie Litschewski-Paulson y Stanley L. Paulson, 2006.

CAPÍTULO 7

ANÁLISIS DOCTRINARIO

“El positivismo, con su convicción de que la ‘ley es la ley’ ha dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias, y de contenido criminal.”

RADBRUCH

7.1. Debate iusnaturalistas vs. iuspositivistas

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.

Durante el juicio de Núremberg, y tiempo después, se presentaron dos posiciones evidentemente enfrentadas. Por una parte, los partidarios de incluir la conducta de los acusados como delictuales y perseguibles penalmente, y por 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.

Ésta se decantaba entre los juristas favorables a una interpretación iusnaturalista y los que pregonaban 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, a la supremacía y la atemporalidad de estos principios respecto de 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 úni-

co 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.

7.2. La fórmula de Gustav Radbruch. Análisis y alcances

Previo al inicio del nazismo, Radbruch comienza con la identificación del régimen nacionalsocialista con dos principios: “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley”, de los cuales el segundo no conocía limitación alguna.

En caso de conflicto entre justicia y seguridad, debía primar la seguridad. Consideraba que el criterio de seguridad jurídica era el 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 aprobada por todos, es seguridad jurídica, que es el orden o la paz”⁽¹⁰⁸⁾.

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, mas la ley no lo tiene sólo 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 atendido a la ley, es por eso, y sólo 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”⁽¹⁰⁹⁾.

Y si bien era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó 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 otra, 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.

(108) DREIER, R., *Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y derecho*, Springer, 1998, p. 192.

(109) DREIER, R., *Gustav Radbruch...*, cit., p. 202.

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.

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 vuelvan 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”⁽¹¹⁰⁾.

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 ese estatus 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 inicio⁽¹¹¹⁾.

7.3. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen

El jurista y filósofo austriaco, Hans Kelsen, figura destacada del pensamiento jurídico, cuya teoría pura del derecho, de gran influencia en la década de 1920, insistió permanentemente sobre la autonomía del ordenamiento jurídico de todas las cuestiones éticas y políticas.

Sostuvo que cualquier acto, no importa el grado de repugnancia moral que posea, podría ser considerado legalmente válido, cualquier manifestación en forma legal —incluso los decretos nazis— e independientemente de su contenido, sea válido como la ley.

Siendo su objetivo el de llevar el estudio del derecho al nivel de una ciencia jurídica claramente separada de otras ciencias, como la sociología, la ética y la teoría política. Para ello se refería a la pureza positivista.

(110) RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., trad. J. Medina Echevarría, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2008.

(111) RADBRUCH, Gustav, *Filosofía...*, cit., p. 57.

El primer concepto de pureza consiste en la tesis de la separación entre derecho y moral, con lo cual este autor utiliza una tesis del relativismo moral, argumentando que no hay una conexión necesaria entre el contenido de la ley y la moral.

El segundo contenido de pureza refiere en la convicción de que la ciencia jurídica, tesis de la normatividad, debe ser purificada, también de hechos empíricos, de manera que la ley se encuentra compuesta de deberes y normas.

Sobre este lineamiento, define a la ley como un sistema de normas dictadas por una jerarquía dinámica, esto es que la validez de cada norma dentro del sistema no depende de su contenido, pero sí en la conformidad existencial a una norma superior con la que se produjo esa norma. Esto implica que la validez de una norma deposita su valor y sustento sobre otra norma superior de mayor jerarquía, y así sucesivamente, hasta que se alcanza el vértice de la jerarquía normativa.

En consonancia con ello, para Kelsen el principio de liderazgo absoluto —*Führerprinzip*— constituido en la Alemania nazi por la norma básica, y siendo interpretado en consecuencia, otorgaba fundamento y validez jurídica a las órdenes impartidas por Hitler.

Para Kelsen, el papel objetivo adecuado de jueces y funcionarios consiste, después de todo, en la aplicación estricta de la ley, entendida como un sistema eficaz de normas coercitivas⁽¹¹²⁾.

Esta tesis positivista se sustentaba sobre dos elementos, la tesis de causalidad, esto es, que el positivismo jurídico allanó el camino para la toma del poder nazi, y la tesis de la exoneración, mediante la cual los jueces del nazismo se encontraban indisolublemente unidos con la norma positiva, ambas afirmaciones polémicas y cuestionables.

El filósofo Gustav Radbruch planteó severas críticas hacia esa visión del positivismo jurídico propuesto por Kelsen, sobre todo en el período de la posguerra, considerando que la ilegitimidad moral no implicaba la invalidez legal.

Expresando en el año 1946: “el positivismo, con su credo de una ley es una ley, de hecho ha hecho que la profesión del abogado alemán se encontrase indefenso, contra las leyes de contenido arbitrario y criminal”⁽¹¹³⁾.

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

(112) La única opción para los jueces y otros funcionarios, frente a esta situación, consistía en dimitir o permanecer en el cargo apoyando el nuevo régimen.

(113) RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, cit., p. 21.

carecer 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 y ajusta la terminología de la fórmula de Radbruch, expresando: “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”⁽¹¹⁴⁾.

En esta línea de pensamiento, elabora su propia fórmula que es articulada en dos partes:

1) la fórmula de la intolerancia, que atiende a la medida de injusticia insoportable o contradicción entre ley positiva y justicia⁽¹¹⁵⁾, 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 justicia⁽¹¹⁶⁾.

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

Mediante este punto de vista, no existe argumento racional contra la validez jurídica de un sistema extremadamente injusto de normas, como la del Tercer Reich. Se advierte la distinción con el pensamiento de Radbruch, según el cual las normas pierden su carácter legal cuando se cruza el umbral de la extrema injusticia.

Retomando el pensamiento positivista de Kelsen, quien, a diferencia de Radbruch, no sintió la necesidad de reconsiderar el papel de la justicia dentro de su concepto de la ley, incluso frente a la persecución nazi de la que fue víctima a causa de su origen judío.

No obstante, al analizar el juicio de Nüremberg, le llamó especialmente la atención el problema del castigo retrospectivo, alegando que la protección

(114) ALEXY, Robert, “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.

(115) 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.

(116) Aquí se presenta la dificultad de la prueba al requerir un particular *animus 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.

contra la legislación retroactiva estaba sujeta a importantes limitaciones, la regla de que la ignorancia de la ley no es excusa.

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

De manera que en este caso, Kelsen sustentó su opinión en juicios de valores éticos, que gran parte contrastaban con los fundamentos propios de la teoría pura del derecho, el que conforme analizamos, purgaba de todos los elementos morales y políticos.

Resultando la opinión de Kelsen alineada con la de Radbruch, al considerar que la persecución, mediante un juicio legal por las atrocidades cometidas por los nazis, era una cuestión de justicia.

7.4. Debate Hart vs. Fuller

Como hemos visto, después del año 1945, los tribunales alemanes se enfrentaron al problema de analizar si correspondía otorgar preponderancia al imperio de la ley, o bien hacer justicia contra las atrocidades cometidas durante el nazismo.

Este intento de lidiar con el pasado nazi a través de la ley, y el procedimiento judicial, eran el foco de la controversia entre Herbert Lionel, Adolphus Hart y Lon Fuller, planteando la relación entre el derecho y la moral y, en torno a ello, el interrogante, ¿corresponde considerar como ley todas las reglas que fueron formalmente válidas en términos del sistema jurídico nazi, independientemente de su contenido amoral?

A efectos de situar el punto de controversia, cabe remitirnos a un caso resuelto en el año 1949, por un tribunal alemán de apelación, denominado como el caso de la “*Informante rencorosa*”.

7.4.1. La “Informante rencorosa”

Durante el año 1944, una mujer alemana interpuso una denuncia en contra de su marido con el objeto de deshacerse de él, para ello, manifiesta ante las autoridades nazis, que su marido efectuaba comentarios despectivos sobre la persona de Hitler.

Acto que, como hemos visto, era considerando punible por ley; a consecuencia de esta denuncia, el esposo fue sentenciado a muerte, no obstante, la condena no llegó a ser ejecutada. Luego de que culminara el régimen nazi, fue la esposa quien resultara enjuiciada por ese intento de encarcelar a su esposo.

El aspecto interesante del caso surge, porque al momento en el cual la esposa formulara la denuncia, lo hacía amparada por las normas legales. Frente a esta situación, los tribunales debían analizar y determinar si correspondía reconocer esas disposiciones —por maliciosas que resultasen— como derecho válido, o declarar que las mismas nunca podían ser consideradas dentro del ámbito y concepto de derecho.

En respuesta a este caso, Hart evoca la idea de separación entre el derecho y la moral, lo cual permitiría, en principio, tener una visión más clara de las leyes inmorales. Sosteniendo que la mejor manera de otorgarle sentido al problema era confiriéndole el reconocimiento a la disposición como válida, y castigar a la esposa bajo otra disposición que, de forma retroactiva, convierta en delito un acto que anteriormente no lo era.

Fuller frente a este planteo sostenía que el recurso de la moral interna del derecho resultaba suficiente para declarar a dichas disposiciones nazis como inválidas. De manera que bajo el concepto de Fuller, estas manifiestas violaciones de la moral interna ayudan a determinar cuándo una regla o un sistema jurídico dejan de ser jurídicos.

Expresaba al respecto: “Para mí no hay nada sorprendente en decir que una dictadura que se viste a sí misma con un ropaje jurídico, pueda alejarse tanto de la moral del orden, de la moral interna del derecho en sí, que deja de ser un sistema jurídico”⁽¹¹⁷⁾.

En opinión de Hart, el vicio existente en la posición de Radbruch —esto es que ciertas normas no puedan ser consideradas leyes, debido a su iniquidad moral— podría permitir que se encubra la verdadera naturaleza de los problemas. Esta solución oculta el hecho de que la condena de los criminales nazis fuese un dilema moral, sobre lo cual había que elegir entre el mal del castigo retrospectivo y el mal de dejar impune a personas que habían cometido actos escandalosamente inmorales.

Expresando en consecuencia: “la elección entre males, que en circunstancias extremas, debe tener que efectuarse”⁽¹¹⁸⁾.

Desde este punto de vista, la respuesta verdaderamente liberal a la ley perversa yacía, en última instancia, en el reconocimiento de que las leyes pueden ser leyes, pero demasiado malas para ser obedecidas.

Fuller argumentó que la formulación de Hart, de la disyuntiva en la pos-nazi, entre la obligación de obedecer la ley y la obligación de actuar moralmente, no tenía sentido. Sosteniendo que hay una conexión necesaria entre orden (ley) y el buen orden (moral) de la ley, implica una comprensión de las aspiraciones morales que son inherentes al concepto propio de la ley misma.

(117) FULLER, Lon, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.

(118) HART, “El positivismo y la separación del derecho y la moral”, *Harvard Law Review*, 1958-71, 593-629.

Por lo tanto, Fuller efectuó una crítica hacia Hart por descuidar las exigencias de lo que llamó la moral interna de la ley. El positivismo no ofreció ningún significado coherente con la obligación moral de fidelidad a la ley.

Al exponer este punto de vista antipositivista del derecho, Fuller defendió la fórmula de Radbruch y el enfoque de la ley natural en la justicia alemana de posguerra. Con lo cual despojaba a las leyes nazis manifiestamente injustas de su legalidad. Con respecto a la sanción de los autores nazis, tanto Hart como Fuller se inclinaron hacia una visión normativa retrospectiva.

Hart argumentaba en términos de la tesis (positivista) de separación, en la cual la validez legal se identificaba por un criterio puramente legal y totalmente independiente de la moral. Fuller, por el contrario, adoptó la (antipositivista) tesis de la moralidad, alegando que la ley y la moral están conectadas necesariamente.

Tanto Kelsen como Hart propugnaron un concepto de contenido neutral de validez, insistiendo en la posibilidad de una crítica moral de la ley, resultando la mejor manera de lidiar con los perpetradores nazis, la introducción de una legislación retrospectiva.

Radbruch argumentó que las leyes nazis manifiestamente injustas nunca habían alcanzado un estatus legal. Al igual que Fuller, consideró la moralidad como un elemento esencial, que proporciona una restricción sobre la existencia de la ley⁽¹¹⁹⁾.

Concluyendo, si uno rechaza la tesis de la exoneración —por la cual el positivismo jurídico ha generado de la profesión jurídica alemana a personas indefensas—, los jueces podrían invocar el estado de necesidad al afirmar que sus propias vidas estaban en riesgo si se hubiesen negado a aplicar la ley nazi. Radbruch llama esta defensa “dolorosa”, insistiendo en que el “*ethos* del juez debe ser dirigido hacia la justicia a cualquier precio, incluso a costa de su propia vida”⁽¹²⁰⁾.

(119) Remitiéndonos al caso de la informante rencorosa —Radbruch—, consideraba que resultaría culpable de asesinato, así como los jueces que lo habían condenado a muerte; estas acciones equivalían a una perversión de la ley, incompatible con los principios de justicia fundamental.

(120) RADBRUCH, Gustav, “Filosofía del derecho”, en *La filosofía jurídica de Lask, Radbruch y Dabin*, trad. K. Wilk, 43-224, Harvard University Press, Cambridge, 1950.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la presente tesis nos conduce a un primer interrogante que de manera alguna hemos podido responder, ¿por qué la sociedad alemana decidió convertirse al nazismo?.

Comercios y bares colocaban carteles presentándose como establecimientos de pura raza aria, todos eran conscientes de la injusticia plasmada en las leyes contra los judíos y no dudaron en obrar de acuerdo con ellas.

El desarrollo del presente trabajo nos exigió apartarnos de respuestas simplistas, reduciendo la temática en demonizar a un puñado de dirigentes nazis, y mediante el cual los términos “nazi” y “alemán” eran utilizados casi como si fueran mutuamente excluyentes entre sí, los nazis por los crímenes cometidos y los alemanes como buenos ciudadanos que no podían detener a estos bárbaros.

Podemos afirmar, utilizando las palabras de Peter Fritzsche: “Debe quedar claro que los alemanes se convirtieron en nazis porque querían convertirse en nazis, y porque los nazis hablaban tan bien de sus intereses e inclinaciones”⁽¹²¹⁾.

Conforme hemos analizado, el genocidio dependía de una división del trabajo típica de las administraciones modernas y complejas. Permitiendo con ello traspasar fronteras morales, mediante una ideología asesina difundida por la propaganda nazi para incitar a verdugos voluntarios, y en tal sentido, corresponde hacer notar la facilidad con que la gente asume ideologías deshumanizadoras y puede cometer atrocidades cumpliendo su deber y obedeciendo a la autoridad. Me remito a considerar que la mayoría de los casos de detenciones eran producto de denuncias de vecinos hacia los judíos.

Hemos visto, como resultó determinante para el desarrollo del nazismo, el funcionamiento de una Administración Pública eficiente, concatenado con la creación de un marco legal que privase, a los no arios, de sus derechos fundamentales.

(121) FRITZSCHE, Peter, *De alemanes a nazis*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

El trabajo organizacional y legalista, administrativamente consensuado, aseguraba la comunicación, la logística y la distribución de tareas entre todos los actores involucrados.

Situación que hemos analizado en el primer capítulo y, compartiendo el pensamiento de Hannah Arendt, mediante medidas burocráticas y desde sus rutinarios puestos de trabajo se procedía a la aniquilación de poblaciones enteras y, si bien los oficinistas o maquinistas de trenes que trasladaban a los judíos hacia los campos de concentración, aparentemente no se sintieran culpables del Holocausto, sin duda formaron parte de engranajes necesarios y culpables.

Otro interrogante que resulta imposible responder, ¿cómo pudo un país tan avanzado caer en manos de juristas que justificaran todos los crímenes de los nazis en nombre del honor alemán y de la grandeza alemana?

Si bien 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, esto no responde al interrogante, ¿cómo pudieron los alemanes adoptar actitudes de obediencia ciega a las órdenes que conducían inexorablemente al holocausto?

Hemos visto en el capítulo 6 la importancia que revistieron los juicios de Nüremberg para determinar la responsabilidad, entre otros, de los profesionales jurídicos alemanes, si bien paradójicamente, los juristas y los jueces nazis negaron su participación en las injusticias de la dictadura de Hitler.

Ha sido insuficiente como defensa expresar que sus actuaciones estaban motivadas sobre la premisa del cumplimiento estricto de la ley vigente, delegando la culpa hacia los legisladores y a la propia vocación jurídica de cumplimiento de las normas vigentes propias del positivismo jurídico de la época.

Al respecto, resulta de vital importancia el análisis efectuado en el capítulo 7, refiriéndonos a la interpretación doctrinaria efectuada por Gustav Radbruch, Robert Alexy, Hart, Fuller y Hans Kelsen, quienes mediante diferentes puntos de análisis determinan los límites, o no, del derecho positivo, en concordancia con la moral y los principios del derecho natural.

Cuando los tribunales alemanes tuvieron que analizar si el régimen nazi creó la ley en Alemania o, por el contrario, carecían de legalidad para ello. Dilema que como hemos visto, reflejaba el conflicto entre la adherencia, sin más, a la forma de la ley —conforme a la apreciación kelseniana—, o en la adhesión a criterios de justicia mínima —propugnada por Radbruch—.

Reiterando por ello, la importancia de la temática abordada en la presente tesis, toda vez presentando puntualmente los abusos producidos en el nazismo, nos ha permitido profundizar, no sólo 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.

Aspectos que actualizan los debates normativos, entre los precursores de un derecho positivo, sobre el fundamento de la seguridad que el mismo otorga, o sobre lineamientos donde los principios morales no pueden ser desconocidos y el concepto de ley deba ser concebido, indisolublemente, dentro de un perspectiva amplia de justicia.

Como proyección a futuro, corresponde prestar especial atención —y como manifestara en la introducción— al resurgimiento de movimientos neonazis en la actualidad, que en gran medida se produce a consecuencia de la crisis que se vislumbra en el marco económico, social e histórico, toda vez que justamente éste ha sido el marco y sentido en el cual la figura mesiánica de Hitler asume el poder, con amplio consenso público, y consecuentemente, con un manto de poder ilimitado.

Y como reflexión final me remito a las palabras del historiador británico Ian Kershaw: “el camino hacia Auschwitz se construyó con odio, pero se pavimentó con indiferencia”⁽¹²²⁾.

(122) KERSHAW, Ian, *Hitler, los alemanes y la solución final*, La Esfera de los Libros, 2009, p. 316.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *En defensa de la fórmula de Radbruch. Los límites del orden jurídico*, Hart Publishing, 1999.
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 1999.
- BAUMANN, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Ediciones Sequitur, 2006.
- BAUMSLAG, Naomi, *Medicina asesina, médicos nazis, experimentación con humanos y tifus*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2014.
- BOCK, Gisela, *Nazi sterilization and reproductive policies. Deadly medicine: creating the master race*, United States Holocaust Memorial Museum, Washington DC, 2004.
- BOHOSLAVSKY, Juan P., *¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*, Siglo XXI Editores, 2015.
- BURRIN, Philippe, *Resentimiento y apocalipsis. Ensayo sobre el antisemitismo nazi*, 1ª ed., trad. Alejandrina Falcón, Katz, Buenos Aires, 2006.
- COMELLAS, José Luis, *Historia breve del mundo contemporáneo*, Rialp, Madrid, 2004.
- DREIR, R., *Gustav Radbruch, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estado y derecho*, Ed. Haller, Viena, Springer 1998.
- EVANS, Richard, *El tercer Reich en el poder*, Península, Barcelona, 2005.
- FEIRSTEIN, Daniel, *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*, 1ª ed., FCE, Buenos Aires, 2015.
- FRITZSCHE, Peter, *De alemanes a nazis*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.
- GÓMEZ PÉREZ, Javier, *Los 13 juicios de Núremberg. Un análisis completo de los 13 juicios celebrados en Núremberg*, Edición Kindle E-book, 2013.
- HILBERG, Raul, *The Destruction of the European Jews*, Holmes & Meier, Student Edition, 1985.
- HITLER, Adolf, *Mi lucha*, 1ª ed. electrónica en castellano, Jusego, Chile, 2003.

- KELSEN, Hans, *Autobiografía*, trad. Luis Villar Borda, Mathias Jestaedt (ed.), Universidad Externado de Colombia, 2008.
- *¿El juicio en el Juicio de Nüremberg constituye un precedente en la ley?*, El Derecho Internacional Trimestral, 1947.
- KERSHAW, Ian H., *La dictadura nazi, problemas y perspectivas de interpretación*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.
- *Los alemanes y la solución final*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2009.
- LA TORRE, M., *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, Dykinson, Madrid 2008.
- LEMKIN, Raphael A., *Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.
- LIFTON, Robert J., *Los doctores nazis: matanza médica y la psicología de genocidio*, Nueva York, 1986.
- LOZANO, Álvaro C., *La alemania nazi, 1933-1945*, EspaEbook. 2011.
- MOROS, Manuel, *Los médicos de Hitler*, Ediciones Nowtilus, Madrid, 2014.
- MULLER, Ingo, *Los juristas del horror. La justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*, trad. del alemán de Carlos Armando Figuero, Álvaro-Nora, Bogotá, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Mezger Edmund el derecho penal de su tiempo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampl. y rev., 12ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2003.
- PAVLAKOS, George, *Derecho, derechos y discurso, la filosofía jurídica de Robert Alexy*, trad. de Jorge Portocarrero, Universidad de Externado, Colombia, 2013.
- PAULSON, S. L., *Lon Fuller, Gustav Radbruch y la tesis "positivista"*, Derecho y Filosofía, 1994.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *Los juicios de Nüremberg*, Editorial UOC, Barcelona, 2007.
- PROCTOR, Robert, *Racial hygiene: medicine under the nazis*, Harvard University Press, Cambridge, 1988.
- RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- *La anarquía y la Ley Orgánica Supra-Orgánica, 1946*, trad. Litschewski-Paulson y Stanley L. Paulson, 2006.

- RADBRUCH, G. - SCHMIDT, E. - WELZEL, H., *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. e introducción José María Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971.
- RIVERS, Julián, "La interpretación y la invalidez de las leyes injustas", en DYZENHAUS, David (ed.), *El Estado de derecho: los límites del orden jurídico*, Hart Publishing, 1999.
- ROSENBERG, Alfred, *The Myth of the 20th Century an Evaluation of the Spiritual-Intellectual Confrontations of Our Age*, 1982.
- SCHMIDT, Eberhard, "La ley y los jueces", en AA.VV., *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971.
- SHIRER, William L. *Auge y caída del Tercer Reich: una historia de la Alemania nazi*, Nueva York, 1960.
- STOLLEIS, M., *Public Law in Germany*, Oxford, 2001.
- TREVOR, Hugh R., *Hitler Table Talk*, London, 1953.
- VIGO, Luis R., *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, reimpr., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- KERSHAW, Ian, *Law, Philosophy and National Socialism: Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*, 1992.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1969.

PUBLICACIONES - REVISTAS CIENTÍFICAS

- ALEXY, Robert, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 23, 2000.
- FULLER, Lon L., "El positivismo y la fidelidad a la ley. Una respuesta al profesor Hart", *Harvard Law Review*, nro. 71, 1958.
- HART, Herbert L. A., "El positivismo y la separación de derecho y la moral", *Harvard Law Review*, 71:593-629.
- MEZGER, Edmund, *Criminología*, 1933, 2ª ed., trad. de José A. Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944", *Revista Penal*, Praxis, Barcelona, nro. 11, 2003.
- RADBRUCH, G., "Filosofía del derecho", en RADBRUCH, G., *La filosofía jurídica de Lask, Radbruch y Dabin*, trad. K. Wilk, Harvard University Press, Cambridge, 1950.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, “El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política”, *Revista de Estudios Políticos*, nro. 128, 1963.

RÜTHERS, Bernd - SCHMITT, Carl, en “Tercer Reich, ¿la ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?”, trad. Luiz Villar Borda, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, nro. 32, Universidad Externado de Colombia, 2004.

SCHMITT, Carl, “Der Weg des deutschen Juristen”, DJZ, 1934.

— “Die Hüter der Verfassung”, DJZ, 1931.

SIECKAMNN, Jan R., “La teoría del derecho de Robert Alexy, análisis y crítica”, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, nro. 67, Universidad de Externado, 2004.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE JULIO DE 2016
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

