



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS MADRID ICADE

EL JUEZ ANTE LA APLICACIÓN DE LEYES INJUSTAS EN ÉPOCA DE DICTADURA (caso real: Juicios de Núremberg)

Autor: Inès Rodriguez
Tutor: Delia Manzanero



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	p. 3
1. IUSNATURALISMO.....	p. 5
1.1.Descripción del caso Núremberg desde el punto de vista Iusnaturalista	
1.2 La posible responsabilidad de los jueces que hayan actuado en crímenes de lesa humanidad.	
1.3 Ventajas del Iusnaturalismo y critica al iuspositivismo	
2. IUSPOSITIVISMO.....	p.17
2.1 Descripción: El positivismo jurídico-formal y el positivismo estatalista (Razón de Estado)	
2.2 La exención de la responsabilidad los jueces y el principio de independencia de los jueces	
2.3 La legitimidad del juicio de Núremberg cuestionada	
2.4 Ventajas del iuspositivismo (seguridad jurídica)	
CONCLUSIÓN.....	p.33
BIBLIOGRAFÍA.....	p.36



El juez ante la aplicación de leyes injustas en época de dictadura (Caso real: Juicio de Núremberg)

Resumen:

El presente trabajo de investigación consiste en la descripción y en el análisis de la problemática de los jueces ante la aplicación de leyes injustas en la época dictatorial nazi. El problema de la investigación ha sido el análisis de las distintas posturas de la filosofía del derecho en cuanto a la justificación de la perpetración de crímenes caracterizados como genocidio y de conspiración criminal.

En primer lugar, hemos tratado de poner de relieve la posición iusnaturalista en cuanto a la descripción que los autores hicieron de los juicios de Núremberg. Según los autores iusnaturalistas, el iuspositivismo permitió la perpetración de asesinatos masivos y deportaciones en campos de concentración. Además, hemos intentado demostrar que el Derecho natural tuvo un papel importante por haber sido el mecanismo utilizado para condenar a los acusados de tales crímenes. Se ha utilizado una nueva tipificación de delitos a escala internacional y, de ese modo, se constituyó el Derecho Penal Internacional y se crearon Tribunales Internacionales Penales que posteriormente han tenido importancia en otros conflictos internacionales.

En segundo lugar, nos hemos ocupado de retomar la posición iuspositivista para contraatacar las críticas que ha podido aportar el iusnaturalismo a la hora de condenar los actos cometidos durante la dictadura de Adolfo Hitler. Los autores iuspositivistas sostuvieron que los jueces estaban obligados por el poder estatal a cumplir las leyes nazis establecidas y que además el principio de independencia que rige la función de juez no era respetado durante ese periodo histórico. De la misma manera, hemos analizado lo que aportó el iuspositivismo durante ese periodo y las razones por las cuales no podían desobedecer. En efecto, varios autores defendieron la actitud de los jueces frente a leyes injustas que tuvieron que aplicar basándose en el principio de seguridad jurídica puesto que es el principio más importante para un Estado de Derecho.

En conclusión, la investigación se ha realizado en base a anteriores trabajos de investigación sobre la relación entre el nazismo y el derecho y sobre el fundamento de los derechos humanos a luz del Juicio de Núremberg. Lo anterior ayudó en la obtención de una visión general y global de los debates que se iniciaron al final de la Segunda Guerra Mundial, momento de búsqueda de responsabilidades. Estos debates aun siguen abiertos porque las responsabilidades están ya establecidas pero la complejidad del caso de Núremberg no permite dar respuestas ciertas.

Palabras claves:

Derechos Humanos; Independencia; Jueces; Naturalismo; Nazismo; Núremberg; Positivismo; Retroactividad

Abstract:

The present research is the description and analysis of the problem of the judges hearing the application of unjust laws in Nazi dictatorial era. The research problem was to analyze the different positions of the philosophy of law as to the justification for the commission of crimes characterized as genocide and criminal conspiracy.

First, we have tried to highlight the natural law position regarding the description of the authors had of the Nuremberg trials. According to them, in that legal positivism according to natural law authors allowed the perpetration of mass killings and deportations to concentration camps. In addition, we attempted to demonstrate that the natural law played an important role for being the mechanism used to convict the accused of such crimes. New definition of crimes internationally has been used and thereby International Criminal Law was established and International Criminal Courts created. These have subsequently been important in other posterior international conflicts.

Secondly, we have been concerned to resume the legal positivist position to counter the criticism that has been able to contribute to the natural law in condemning acts committed during the dictatorship of Adolf Hitler. The authors argued that legal positivists judges were bound by state power to enforce the laws established Nazis and also the principle of independence that governs the function of judge was not respected during this historical period. Similarly, we analyzed to what contributed iuspositivism during that period and the reasons why the judges could not disobey. Indeed, several authors defended the attitude of judges in front of unjust laws that had to be applied based on the principle of legal certainty since it is the most important principle for the State and the Law.

In conclusion, the research was conducted based on previous research on the relationship between Nazism and the Law and also on the foundation of Human Rights in light of the Nuremberg Trial. This helped in obtaining a comprehensive and global view of the discussions begun at the end of the Second World War, when search responsibilities. These discussions are still open because the responsibilities are established but the complexity of the Nuremberg case does not allowed giving clear answers.

Keywords:

Human Rights; Independence; Judges; Naturalism; Nazism, Nuremberg; Positivism; Retroactivity

INTRODUCCIÓN

“Un juez no es quien promulga leyes sino el que hace cumplir la de su país.”¹

La necesidad de buscar una respuesta jurídica para dirimir sobre algunos casos de graves violaciones de derechos humanos, reanimó el debate sobre la relación entre el derecho y la moral en el campo de la filosofía del derecho. La clásica tesis iuspositivista de la separación conceptual del derecho y la moral tuvo que enfrentarse a la posición iusnaturalista – que defiende la conexión necesaria entre ambos –, incluida dentro de un concepto opuesto más amplio denominado “no positivismo”, y circunscrita, sobre todo, a los casos de “injusticia extrema”.

A partir de diversos ensayos y artículos sobre el papel de las corrientes iusfilosóficas en la época de la dictadura nazi, puede apreciarse un claro conflicto entre las dos principales corrientes de la filosofía del derecho, que son: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. En este contexto, se ha debatido y se sigue debatiendo sobre la culpabilidad que tiene una u otra corriente en la justificación de los crímenes cometidos durante el Tercer Reich.

Durante muchos años, después del fin de la Segunda Guerra Mundial, se culpó al iuspositivismo de haber permitido la perpetración de atrocidades. Se quiso mostrar esta culpabilidad a través de los juicios de Núremberg y, más aun, con los “Juicios a los jueces” del Ministerio de Justicia durante el Tercer Reich. En efecto, las profesiones jurídicas y, entre otras, la judicial fueron acusadas de crímenes contra la humanidad por aplicar leyes con carácter inmoral e injusto.

Por otro lado, el iusnaturalismo se vio renovado por el juicio de Núremberg gracias también a la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Sin embargo, como trataremos de demostrar a lo largo de esta exposición, tampoco se puede utilizar el iusnaturalismo para explicar la “culpabilidad” del iuspositivismo en el caso de Núremberg.

¹ Película *Vencedores o Vencidos*, (Judgment at Nuremberg), 19 diciembre 1961, Stanley Kramer, discurso de apertura del abogado de defensa de uno de los jueces acusados.



Inès
Rodríguez

Algunos autores subrayan que lo que se podría llamar el “derecho nazi” estaba más cerca del pensamiento iusnaturalista que del iuspositivista.

Nuestro estudio está basado en diversos autores que han tratado el análisis de la filosofía en la época del nacionalsocialismo y de otros de autores clásicos de cada corriente para contrastar sus diferentes opiniones y posturas. Un autor que trató el tema fue el filósofo alemán Gustav Radbruch que defiende una postura que considera al positivismo responsable de los crímenes y de los crímenes y atrocidades perpetrados.

*“La teoría de que los acusados actuaban en el absoluto convencimiento de estar sirviendo los intereses de su país es una teoría que no puede ser juzgada en este tribunal. Solo podrá ser juzgada objetivamente en años venideros y con la suficiente perspectiva histórica”.*²

En la película de Stanley Kramer “Vencedores o Vencidos” que trata del juicio de algunos jueces que tuvieron a su cargo procesos durante la época nazi, podemos distinguir dos posiciones: por un lado, la del Ministerio Fiscal (americano) que representaría a la corriente iusnaturalista puesto que habla de la injusticia de las normas aplicadas por los acusados. En ella, se pone de relieve que los jueces tienen responsabilidad en los crímenes ocurridos porque tenían la “obligación” de desobedecer la ley y no aplicar normas injustas e inmorales o que atentaran en contra de los Derechos Humanos. Además, varios autores hablaron de la invalidez jurídica del derecho nacionalsocialista (derecho nazi) por ser injusto e inhumano, por lo que, en realidad, no sería derecho

En cuanto a la segunda posición, la del abogado de uno de los jueces alemanes acusados, éste defiende la corriente iuspositivista pues invoca la no responsabilidad de los jueces quienes se vieron obligados a aplicar las leyes nazis aunque no fueran morales, porque el papel del juez no es el de promulgar las leyes sino el de aplicarlas. Insiste, sobre todo, en que la consecuencia de la no aplicación por un juez de la ley los convertía en traidores de a la patria.

La tercera idea que se desprende de la película es el dilema sobre si los jueces deberían de aplicar las leyes aunque sean injustas o bien deberían desobedecerlas. Otra de los elementos que también plantea esta película como marco general filosófico de fondo, es que propone una

² Película *Vencedores o Vencidos*, (Judgment at Nuremberg), 19 diciembre 1961, Stanley Kramer, voto particular de un juez formante del Tribunal



Inès
Rodriguez

reflexión terrible sobre la condición humana. Esto va más allá del punto de vista jurídico y entra en el plano filosófico, pero también tiene que ver mucho con la organización social y con la responsabilidad jurídica, pues habría que pensar *hasta qué punto* habría habido cierta complicidad individual de los ciudadanos en los crímenes cometidos por el Estado.

Con el mismo esquema que sigue la película, se desarrollara en este trabajo el papel de los jueces ante la aplicación de leyes injustas, especialmente en épocas de dictadura. Aquí, se tratará esencialmente de la dictadura nazi de Adolfo Hitler a través de la película ya mencionada y que ha sido utilizada como referencia “Vencedores o Vencidos” de Stanley Kramer (1961).



1. EL IUSNATURALISMO: LAS CRÍTICAS AL IUSPOSITIVISMO Y EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL (CONSTITUCIONALISMO, DERECHOS HUMANOS Y PRECEDENTE DE LA CREACIÓN DE TRIBUNALES Y DERECHO)

1.1 DESCRIPCIÓN DEL CASO NÚREMBERG DESDE EL PUNTO DE VISTA IUSNATURALISTA

“Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa” Tammelo.³

Hay toda una tradición que imputa al positivismo la responsabilidad por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a las aberraciones acaecidas bajo el manto legal. Ese fue uno de los principales argumentos para el renacer iusnaturalista en la posguerra. Un derecho con normas injustas sigue siendo derecho, del mismo modo que sigue siendo medicina una práctica terapéutica que se revele errónea o fracasada. Pero, un derecho secreto o con normas no destinadas a cumplirse o con garantías que no se respetan, es un sinsentido. Y el derecho nacionalsocialista tuvo seguramente una buena parte de ese sinsentido que hace difícil seguir denominándolo así si se quiere mantener una mínima coherencia con lo que actualmente se entiende por “derecho”.

Después de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, aquel nivel con el que medir las mismas leyes positivistas y considerarlas como actos contrarios al Derecho. El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la filosofía del Derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años en desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de "Derecho natural".

Fuller, contrariamente a Hart, da por válida la imputación de responsabilidad al positivismo. Pero, la idea de positivismo que maneja es indiferenciada, es decir, no distingue entre positivismo estatalista y el jurídico formal. El primero, el realmente mayoritario, sí que puede

³ GARCIA AMADO, J.A, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, 1991, p.342.



Inès
Rodriguez

verse -por su orientación autoritaria y mistificadora de la realidad estatal y la comunidad nacional-, como caldo de cultivo de la doctrina y el derecho nazi.

1.2 CRITICA AL IUSPOSITIVISMO: LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES SEGÚN EL IUSNATURALISMO

“Ser lógico no quiere decir ser justo”.⁴

Para los autores iusnaturalistas se debía culpar a los poderes políticos porque son ellos quienes tienen el poder para crear y promulgar normas jurídicas. Se culpó hasta los años sesenta a la teoría iuspositivista de haber permitido tales acontecimientos. Esta doctrina fue utilizada para justificar las así como para exculpar a los jueces que dictaron sentencias con base a este Derecho.

“Fui fiel al concepto que consideraba mas importante en mi profesión. Este concepto era que el sentido personal de la justicia debe sacrificarse al orden legalmente establecido, aceptar la ley tal como es, sin detenerse a pensar si la ley es justa o injusta. Como juez no podía hacer otra cosa” - Hofteter.⁵

Las consecuencias de la época nazi fueron, en cuanto a la búsqueda de responsabilidades de los juristas y, aun más, de los jueces, una mezcla de paradojas. En efecto, se tiene que decir que aunque se culpa al iuspositivismo, los juristas legitimaron normas que permitieron la “legalidad” de los crímenes perpetrados. Fueron creadas y puestas en práctica por juristas que estaban, en muchos casos, fascinados por el “racismo biológico” y étnico del nacionalsocialismo. Hay que detenerse un poco en este concepto de “racismo biológico” que fue uno de los criterios subjetivos que se legitimaron gracias a las leyes nazis. El racismo se define como la “exacerbación del sentido racial de un grupo étnico, especialmente cuando convive con otro u otros”. Hoy, se refiere a cualquier comportamiento que manifieste la afirmación tanto de la inferioridad como de la superioridad de uno o varios colectivos étnicos

⁴ Película *Vencedores o Vencidos*, (Judgment at Nuremberg), 19 diciembre 1961, Stanley Kramer, el juez Heywood al abogado de la defensa.

⁵ Película *Vencedores o Vencidos*, (Judgment at Nuremberg), 19 diciembre 1961, Stanley Kramer, un juez alemán acusado



Inès
Rodríguez

sobre otros. Así es como se podría definir el concepto de racismo biológico, sostenido entre otros, por los partidarios del partido Nacionalsocialista de Adolfo Hitler.

“El racismo es una filosofía social biológico- cultural, una actitud o un sistema social, que propugna y afirma que las personas de diferentes grupos humanos difieren en valor y, en algunos casos, sus partidarios sostienen que esas diferencias pueden ser medidas o catalogadas jerárquicamente, y por lo tanto justifican la ventaja económica, política y social de un grupo en relación a los demás.”⁶

Pero, también, a veces por cuestión de oportunismo o de lealtad y obediencia ciega, los juristas decidieron aplicar las leyes nazis. También, entró en juego el sentimiento de miedo a verse castigado, enviado a los campos de concentración o incluso asesinado por traición a la patria. En efecto, se define el concepto de traición a la patria como *“cualquier acto que representará un daño contra la nación o de ayuda al enemigo. Bajo ese principio personas fueron acusadas por resistencia política, ayudar a judíos, prestarle ayuda a prisioneros de guerra, vender productos en el mercado negro y otros actos similares”*⁷. Este delito de “traición a la patria” recubre a los “traidores de guerras” (soldados acusados de haber ayudado al enemigo, por ejemplo) así como la “alta traición” que consiste en los mismos hechos delictivos pero, aplicables a civiles.

Dieter SIMON, autor alemán, en *La independencia del juez*, al interrogarse sobre si los jueces nazis eran o no independientes, sostiene que para ciudadanos o juristas que vivieron después de la Segunda Guerra Mundial, los jueces no eran independientes pero que, bajo el régimen nazi, puede ser que sí. La diferencia del punto de partida proviene de los cambios históricos de las sociedades y de los criterios valorativos que se desprendieron de estos cambios.⁸ En efecto, hay que mencionar que, al final del conflicto; se creó en 1945, la Sociedad de Naciones, que logró reunir, poco a poco, los Estados existentes.

Además, en 1948 se promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la cual, los acontecimientos ocurridos durante el régimen nazi, se vieron extremadamente condenados, siendo que después de 1933, aun no habían sido tipificados como crímenes. Esto

⁶ SAUCEDO, P., Presentación “Racismo”, slideshare.net.

⁷ Definición “traición a la patria”: Blog de Exordio: La Segunda Guerra Mundial 1939-1945 (9 SEPTIEMBRE, 2009). Citado de un artículo del periódico neyorquino *The Morning Call*, “65 years after WWII, German parliament overturns all Nazi-era treason convictions” (Artículo no disponible)

⁸ SIMON, D., *La independencia de los jueces*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 102-116



Inès
Rodríguez

explica, además, que tampoco nosotros hubiéramos apoyado al juez que en sus sentencias busca imponer su sentido personal de justicia por encima de esa orientación general de la política estatal, como pretenderían determinados autores iusnaturalistas imponiendo ese deber a los jueces bajo el nazismo.

Así por ejemplo, la tesis de Radbruch, según la cual, un derecho puede ser injusto sin perder su validez; pero existen unos límites supra legales cuya vulneración por un ordenamiento jurídico lo transformaría en derecho nulo. Ahora bien, esos límites no los proporciona ningún principio inmutable derivado de la naturaleza sino que están establecidos por lo que la conciencia común de la humanidad en cada época considere como “derechos humanos básicos e intangibles”. Y el llamado a hacer efectivo ese común sentimiento humano de justicia sería el juez, servidor de la justicia. De ahí que, para Radbruch, los jueces hubieran debido negar validez al derecho del nazismo que atentaba contra esos derechos y esa dignidad básica de las personas. Ahora bien, a esta tesis iusnaturalista se le plantea la siguiente dificultad:

“¿Qué ocurre si ese juez al que apela Radbruch está sinceramente convencido de la bondad de aquel derecho que a nosotros nos espanta? ¿Qué ocurre en el supuesto hipotético de que el grupo social consienta y dé su apoyo a tales prácticas? No podemos olvidar también el nazismo se pretendió hacedor de la justicia material y hasta del derecho natural.”⁹

Para los iusnaturalistas, un derecho injusto no puede ser considerado como derecho. Ahora bien, si un juez se encuentra ante leyes que son contrarias, por ejemplo, a su ideología; al acercar el derecho con la moral, no tendría que aplicar tales leyes. El juez juzga, de acuerdo con sus obligaciones morales y su propia ideología, así no tiende a aplicar literalmente el texto de una ley.

De allí que, a menudo en la aplicación de una norma, cabe, a través del juego de una serie de recursos, tales como la analogía, la equidad, el recurso a la naturaleza de las cosas o a aquellos criterios de interpretación que, como la interpretación lógica, sistemática o sociológica, van más allá de la estricta interpretación gramatical, que nos apartemos de una

⁹ GARCIA AMADO, J.A, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, 1991



Inès
Rodriguez

aplicación o interpretación estrecha de la norma y que en cierto modo la obedecemos, aunque a primera vista parezca que la desobedecemos.

Uno de los principios regentes de la función de juez es el principio de independencia. El adjetivo independiente se define como “Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”.¹⁰ El principio de independencia vio crecer su importancia después de la Revolución Francesa de 1789. Cambió las características y, sobre todo, las relaciones entre los tres poderes de un Estado (el legislativo, el ejecutivo y el judicial).

El autor Simon destacaba que para nosotros, los jueces nos parecerían dependientes del poder central hitleriano pero que, al analizar la situación de la época, podría ser que fueran independientes. Así, explica que al tratarse de un poder legítimo y, al no rechazar nunca las leyes establecidas, actuaron conforme a su conciencia y no fueron obligados por las leyes puesto que, el partido de Hitler tenía bastante respaldo en el pueblo alemán. En cuanto a la conciencia social del juez, pues, en este caso, podríamos pensar que este principio se aplicó en cuanto que en las elecciones parlamentarias alemanas, no obtuvo la mayoría (47,2%) pero pudo gobernar con mayoría gracias a la coalición con los nacionalistas y los centristas. Así, el juez, actuaba según lo que el pueblo había elegido en las elecciones.

Frente a leyes injustas, Jean Dabin, en *El Estado o la Política*, señala que hay que cumplir con unas condiciones para que el juez pueda ejercer el “derecho de resistencia”. Estas condiciones son:

“Que los recursos o medios técnicos de corrección de las normas previstas por el derecho positivo no hayan dado o no puedan dar ningún resultado satisfactorio, y que el ejercicio de la resistencia no deba causar ningún escándalo o desorden más dañosos que la propia sumisión a la ley injusta”.¹¹

¹⁰ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (Definición de la palabra “independiente”), www.rae.es

¹¹ PINA (de), R., Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, *El juez ante la ley injusta*, pp 330-331: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/46/dtr/dtr4.pdf>



Inès
Rodríguez

Estas condiciones han suscitado mucha controversia, sobre todo la segunda, si se aplicara al caso de la dictadura nazi. ¿Se tendría que considerar que la resistencia a las leyes nazis crearía un escándalo más dañino que la propia sumisión a estas leyes, puesto que el nazismo se aplicaba de manera coactiva?

Luigi Taparelli D'Azeglio, en su *Ensayo teórico del Derecho natural*, de 1844, consideró que en el caso en que el juez esté obligado a aplicar una ley injusta, deberá renunciar a su cargo antes de tener que aplicarla. Pero, consideramos que ésta tampoco sería la solución por comprometer la seguridad jurídica de un Estado.

1.3 LAS VENTAJAS DEL IUSNATURALISMO Y SUS APORTACIONES POSGUERRA

Después de la Segunda Guerra Mundial, se dijo que el mejor antídoto contra futuras repeticiones de esos hechos era el regreso al Derecho natural. Esta mentalidad se presentó sobre todo en Alemania en los años sesenta y setenta.

“La versión iusnaturalista dirigida a explicar lo que había sucedido en Alemania en la etapa inmediatamente anterior a la Segunda Guerra Mundial podría describirse de la siguiente manera: años de positivismo jurídico habrían acostumbrado a los juristas y a la población a obedecer las leyes positivas del Estado en virtud de su misma positividad, sin admitir ningún criterio o canon que sirviese para someterlas a crítica o que negase el carácter de Derecho a las que no se adaptasen a este canon. El resultado fue la mansa aceptación de cualquier tipo de ley que promulgase la autoridad y, en consecuencia, una actitud especialmente pasiva de la población ante los abusos del nacionalsocialismo.”¹²

El pensamiento iusnaturalista se caracteriza por la idea de que el Derecho es un concepto eterno por lo cual no se modifica con la evolución de las sociedades. De este modo, el

¹² SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M, Profesor titular de Filosofía del Derecho, *Totalitarismo y Derecho natural*, Universidad Complutense de Madrid, pps 992-993



Inès
Rodríguez

contenido de las normas jurídicas, como proviene del Hombre, no conoce cambios tampoco. El Derecho no es mutable. La respuesta de los jueces ante una ley injusta es compleja y es un debate que sigue abierto. El autor Dabin establece una lista de leyes que deben ser consideradas como injustas y son:

“Las leyes que contradicen los preceptos de la moral (deberes hacia Dios, deberes consigo mismo, deberes con el prójimo, comprendida la moral familiar”); Las que desconocen las normas de la moralidad política, significando un atentado a los de la personalidad humana (leyes opresoras), o el reparto, conforme a la justicia distributiva, de las ventajas y cargas de la vida social (leyes parciales o partidistas)”.¹³

Desde esta nueva perspectiva, el iusnaturalismo, de forma claramente partidista, afirma que el concepto de Derecho es más útil para luchar contra la injusticia legal y que eso mismo era algo de lo que se percataron los tribunales alemanes de la posguerra, que dictaron sentencias como aquellas contra los delatores, haciendo valer el Derecho natural por encima del Derecho positivo.

Las principales teorías propuestas por autores de derecho natural, como Santo Tomas de Aquino, son que las leyes permiten dar razones para actuar, que estas reglas de manera presunta (*iuris tantum*) crean obligaciones morales que no existen por el simple hecho de “positivizar” las leyes, también que este tipo de leyes con obligaciones morales están contradichas por leyes claramente positivas injustas y, por fin, que los argumentos y las sentencias son una mezcla entre ley natural y ley positiva.

Green, en 2003, observaba que “ningún filosofo jurídico puede ser únicamente positivista”. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) relaciona dos tradiciones discursivas, poniendo en el primer lugar de su estructura de los Derechos Humanos el que “todo ser humano ha nacido libre e igual en la dignidad y derechos”; hace referencia a lo que los juristas romanos decían “por naturaleza, desde el principio, todo ser humano ha nacido libre e igual”. El derecho, pareció tener un papel central en la práctica del razonamiento moral en cuanto a sentencias, basándose en que estas deben tener como principio rector la búsqueda del bien de los “hombres”, es decir, de todos los miembros de la comunidad regulada por la ley y todas las otras personas que no sean reguladas por esta ley.

¹³ PINA (de), R., Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, *El juez ante la ley injusta*, pp 330-331 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/46/dtr/dtr4.pdf>)



Inès
Rodriguez

Joseph Raz, en la preparación que realizó conjuntamente con Penelope A. Bullock, en 1994, de una segunda edición de *El Concepto de Derecho* (escrito por Hart) añadió un *Postscript* en el que el autor británico respondía a las críticas que se hicieron sobre su obra. Esta publicación fue importante puesto que fue la base del **positivismo jurídico incluyente**.

Para Hart, este positivismo es un “positivismo de meros hechos” que toma en cuenta las creencias individuales y los hechos sociales. La teoría del Derecho Natural rechaza la teoría del positivismo incluyente presentado por Raz explicando que cualquier principio moral que obliga o que está autorizado no debería ser considerado como conocimiento de la ley, sino más bien como un principio o una regla que hace parte de la ley.

El resultado de estas reglas puede explicarse por el hecho de que los tribunales alemanes estaban moralmente autorizados a aplicar estas leyes, pero sabían que estas reglas aplicadas no eran ley tanto en el tiempo de los crímenes como en el tiempo de las persecuciones por estos crímenes.

Para la teoría del Derecho Natural, se juzgaban a las personas aplicando las leyes positivizadas pero ellas mismas tenían su fuente en reglas morales como fuente de argumentación o de juzgamiento.

Por primera vez en la Historia, los responsables políticos eran juzgados por “crímenes de lesa humanidad”. Los tribunales también establecieron importantes principios de derecho internacional como la responsabilidad de jefes de Estado, el rechazo total de la excusa que servía de argumento para la defensa de cualquier acusado de “solo seguía las órdenes”, la debilidad del argumento sobre la aplicación retroactiva de normas cuando se trata de crímenes de lesa humanidad o de genocidio.

Pero, también, se destacó en estos juicios, el principio y el derecho a un juicio justo para cualquier criminal de guerra. Además de estos importantes avances legales, Núremberg también estableció con este juicio el record histórico de derechos humanos violados.

Aunque los perseguidos en Núremberg se basaban en una estrategia positivista para defenderse en cuanto al problema de la retroactividad de las leyes aplicadas al caso, otra posible estrategia para rechazar estos argumentos podía partir de la teoría del iusnaturalismo. En efecto, una simple respuesta podía ser dada a estos argumentos, en cuanto que existen



Inès
Rodríguez

comportamientos que una persona sabe que no puede hacer o por cuya realización sabe que se puede ver castigada duramente, ya estén expresamente prohibidos o no.

Podría tratarse de actuaciones que van en contra de la ley moral o simplemente de ofender sensibilidades fundamentales de todo ser humano civilizado, la consecuencia es la misma: en el extremo comportamiento del hombre, no es necesario que exista una anterior prohibición legal. Fue uno de los argumentos expuestos por el fiscal británico, Hartley Shawcross para contra argumentar lo que decían los acusados alemanes¹⁴. Dio como ejemplo a la primera persona que fuera juzgada por crimen en el mundo: “*Supongo que la primera persona acusada por homicidio pudo haber dicho ‘ahora mirad. No podéis hacer eso. El homicidio no fue todavía considerado como crimen’*”.¹⁵

La llamada “**formula de Radbruch**” que establece que “cuando el derecho positivo es extremadamente injusto no se puede aplicar porque es un entuerto jurídico o un “falso derecho” (*lex injusta non est lex*)”, inspiró las decisiones de los tribunales alemanes de la posguerra, que consideraron inválidas – por ser contrarias al derecho natural- las leyes vigentes durante el régimen nazi.

Radbruch dijo en su libro *Arbitrariedad legal, derecho supralegal*:

‘En un enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnable por su contenido, pero de carácter positivo, y un derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es entre justicia aparente y justicia real. Este conflicto lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena: "Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros", y sin embargo en otro lugar manda: "Obedeced más a Dios que a los hombres”’.¹⁶

La posición iusfilosófica radbruchiana fue duramente criticada por el profesor Hart, quien insistió en la separación conceptual del derecho y la moral, siguiendo la línea iuspositivista de sus antecesores.

¹⁴ *Transitional Justice*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, primera publicación Mon Jan 26, 2009

¹⁵ “I suppose the first person ever charged with murder might have said: ‘now see here. You can't do that. Murder hasn't been made a crime yet’” (Persico 1994, 138), citado de *Transitional Justice*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, primera publicación Mon Jan 26, 2009

¹⁶ RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Traducción al castellano, edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962



Inès
Rodriguez

Fuller defendió una particular versión de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho que es y el que debe ser. Sostuvo la presencia de una dimensión moral en el derecho mismo, representada por las condiciones –de tipo formal– que hacen posible la existencia de un orden jurídico tanto como la fidelidad al mismo. Sin esa moralidad interna, no cabe hablar propiamente de “derecho”. Esto sucedía precisamente con el régimen nazi, o al menos con sus leyes más escandalosas, y especialmente con aquellas en que pretendía justificarse la conducta de los delatores.

El profesor Alexy defendió expresamente la “fórmula de Radbruch” como un concepto “no positivista” de derecho. Señaló que su idea de “pretensión de corrección” en relación con el derecho incluye tanto la “moral interna” de Fuller como lo que este mismo autor llamó “moral externa”, y que la tesis fulleriana sobre la dimensión moral del derecho completa la fórmula de Radbruch pero no la sustituye porque solamente tiene lugar en las leyes más extremas del ordenamiento jurídico nazi.

El denominador común entre decisiones judiciales dadas durante la época nazi es la necesidad de apelar a criterios de justicia exógenos respecto del derecho positivo cuando la solución que brindan las leyes al caso juzgado resulta extremadamente injusta. Los contraargumentos que se dan para rechazar la posible aplicación de la “fórmula de Radbruch” es que es difícil de operarse por la indeterminación de sus conceptos.

Al no seguir los procedimientos legislativos establecidos justamente por la teoría positivista, las leyes nazis obligaban a los ciudadanos, no en un estado de igualdad y de seguridad jurídica porque, en este caso, la falta de seguridad jurídica provenía de la subjetividad del contenido de las normas y, así, de la discrecionalidad judicial posible.

Pero, en cuanto a la discrecionalidad judicial, un autor norteamericano, Dworkin, muestra su clara oposición. Defiende también, de este modo, la fórmula de Radbruch que fue criticada, entre otras cosas, por la vaguedad de sus términos.

Dworkin considera que el hecho de que exista una duda sobre la interpretación de términos en casos complicados, no significa que no exista una respuesta. Siempre que el ordenamiento



Inès
Rodríguez

jurídico esté compuesto por principios morales, éste no puede considerarse incompleto o indeterminado. De allí, que no puede haber discrecionalidad judicial ninguna por parte del juez. Para Dworkin “*las soluciones de los casos difíciles son y deben ser, de manera característica, generadas por principios y no por directrices políticas*”.

El Derecho, desde esta perspectiva, se presenta como algo más que una cuestión puramente «lingüística-normativa». Se presenta como una actividad interpretativa.¹⁷

Esta fórmula de Radbruch fue utilizada durante los juicios de Núremberg para justificar la culpabilidad de los jueces acusados, en respuesta a la estrategia positivista que se planteó por parte de estos mismos acusados. El iusnaturalismo conoció un nuevo auge con el Juicio de Núremberg puesto que fue considerado como la base de la positivización de los derechos fundamentales, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la creación del Derecho Internacional Penal y en consecuencia, también de la creación de Tribunales Internacionales Penales.

Gracias a la aplicación de las normas creadas después del establecimiento de la democracia, al final de la Segunda Guerra Mundial y de la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los tribunales alemanes democráticos pudieron condenar los actos perpetrados durante la dictadura. En la Alemania nazi no había un derecho positivo de los derechos fundamentales. A nivel internacional, la ausencia señalada era idéntica o más grave: el primer instrumento sobre derechos fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue adoptada en el año 1948, y por entonces, su valor jurídico era más bien el de una recomendación, sin fuerza obligatoria. La falta de positivización de estas normas había encontrado una solución en el nombre del Derecho natural.

El concepto de derechos fundamentales se definiría así como:

¹⁷ MORA SIFUENTES, F.M., *Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente*, Universidad de Guanajuato (México), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.



Inès
Rodríguez

“derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Son derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. No los crea el poder político, ni la Constitución pero se imponen al Estado. Son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo.”¹⁸

Es importante, en este punto, hacer una breve explicación sobre lo que significa la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el contexto de su creación. En efecto, los Juicios de Núremberg tuvieron lugar del 20 de noviembre de 1945 hasta el 1º de octubre de 1946. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue promulgada 2 años más tarde, en 1948, como consecuencia de los actos perpetrados en la Alemania nazi.

Así empieza el Preámbulo:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”¹⁹.

El Derecho Natural llevó a cabo varios grandes cambios en el ámbito de la responsabilidad de los Estados y de quiénes ostentaban altos cargos. En efecto, el punto de partida fue los Tribunales Militares de Núremberg (establecido con el Acuerdo de Londres, el 8 de mayo de 1945) que, por primera vez, condenaron a responsables estatales por los actos delictivos perpetrados. De allí, se creó el Derecho Internacional Público y más bien, la responsabilidad penal internacional y los crímenes sin antecedentes (crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz, crímenes de guerra, entre otros). El Tribunal Militar Internacional (TMI) estaba compuesto por representantes de los países vencedores como Gran Bretaña, la ex Unión Soviética, los Estados Unidos y Francia. Es una creación de la época, puesto que, en 1945, se creó la Sociedad de las Naciones y en 1946 la creación de la Corte Penal Internacional. No fue esta Corte la que juzgó a los acusados porque no procesa a personas individuales pero

¹⁸ Definición “Derechos fundamentales”: <http://www.derecho.com/c/Derechos+fundamentales>

¹⁹ Preámbulo Declaración de los Derechos Humanos: <https://www.un.org/es/documents/udhr/>



Inès
Rodríguez

soluciona controversias entre Estados. Pero, el Tribunal de Núremberg sí podría considerarse como antecedente a los Tribunales Penales Internacionales (como en los casos de Ruanda o Yugoslavia).

“Las tendencias de fragmentación liberadas por el fin de la guerra llevaron a la irrupción con conflictos étnicos, raciales, religiosos, la mayoría de los casos no internacionales, en lo que ocurrieron catástrofes humanitarias y masacres, amenazando el orden jurídico y poniendo en riesgo la paz y la seguridad internacionales, reforzando así la opinión de los Estados, de actores internacionales y de la opinión pública a favor del refuerzo de la capacidad del Derecho Internacional en este terreno. Estos nuevos problemas y situaciones llevaron a la Asamblea General de la ONU [Organización de las Naciones Unidas] a aprobar en 1946 la Resolución 95 (I) en la cual confirmaron los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y sus sentencias. Más tarde, en 1948, fue aprobada la Convención contra el Genocidio la cual se caracterizó por prever la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional”²⁰

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales actualmente vigentes, los derechos fundamentales ocupan un nivel jerárquicamente superior a las leyes. Constituyen ellos mismos el fundamento de validez de las leyes y prevalecen en caso de conflicto, por lo cual una ley interna no puede estar en contra de estos derechos. Ese fundamento, brillaba por su ausencia en el régimen del Tercer Reich a causa de la inexistencia (o insuficiencia) de derechos humanos con jerarquía superior a las leyes. De allí que, el iusnaturalismo llevó consigo mismo el concepto de Estado Constitucional de Derecho.

El concepto de Estado Constitucional se podría definir como *“aquel que expresa la sumisión a las normas constitucionales antes que a la ley, que impone por tanto que todo Estado debe poseer su propia constitución que le proporcione las directrices generales en su desenvolvimiento jurídico-social”*.²¹

Se establece después de la Segunda Guerra Mundial para prevenir la perpetración de crímenes iguales a los del nazismo, los derechos fundamentales como derechos inviolables y

²⁰ CUMPA GARCÍ-NARANJO, L., *Justicia Global: La creación de una CPI*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú). II Conferencia Mundial de Relaciones Internacionales: Desarrollo y Cooperación en el Nuevo Milenio”, Buenos Aires (Argentina), 2005 (http://www.academia.edu/183323/JUSTICIA_GLOBAL_LA_CREACION_DE_UNA_CORTE_PENAL_INTERNACIONAL)

²¹ LING, F., Blog Estudio jurídico Ling Santos, Definición de “Estado Constitucional”: <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/11/estado-de-derecho-o-actual-estado.html>



Inès
Rodríguez

reconocidos a todos. “*Los derechos fundamentales existen, si y sólo si, la constitución los establece como tales. Lo mismo vale para los principios constitucionales como la justicia, la libertad, la igualdad, etc.: sólo adquieren significado cuando la constitución los contempla*”²²

Además, las aportaciones del Juicio de Núremberg llegaron con esos textos fundamentales en Derecho, lo que se podría llamar “la globalización jurídica” en cuanto a que hubo por parte de los Estados un “esfuerzo importante por estandarizar sus legislaciones”²³. Las palabras de Georges Vedel son el mejor “antídoto” contra la utilización del positivismo como excusa de obediencia. Ser positivista o iusnaturalista, dice Vedel, no cambia gran cosa en cuanto a la actitud de un hombre honesto ante la ley inmoral;

“no cambia nada en cuanto a la dificultad de definir la iniquidad; no cambia nada en cuanto al deber de resistirla (...) El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista”²⁴.

2. IUSPOSITIVISMO: CORRIENTE CULPADA DE LOS CRIMENES DEL NAZISMO

2.1 DESCRIPCION: EL IUSPOSITIVISMO JURIDICO-FORMAL Y EL POSITIVISMO ESTATALISTA (RAZÓN DEL ESTADO)

“Tratando de distinguir por el contenido entre un derecho legítimo y otro ilegítimo, se pierde así de vista el criterio adecuado, positivista, que permitía negar la legitimidad o la validez al derecho del nazismo: el criterio formal-democrático, con arreglo al cual el legislativo no puede delegar globalmente su función en el ejecutivo, como ocurrió en aquel régimen”²⁵

La actitud de los jueces se camuflaba detrás del positivismo, pero no respeta los fundamentos democráticos y parlamentarios del positivismo “puro”. Se estaría, entonces, refiriendo a un

²² DÍA GUEVARA, J.J., *El constitucionalismo alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle*
http://www.derechoycambiosocial.com/revista024/estado_constitucional.pdf

²³ GUERRA, F.B., *El Derecho después de la Segunda Guerra Mundial*, 18 de septiembre de 2009,
<http://blawggersinternacionales.blogspot.com.es/2009/09/el-derecho-despues-de-la-segunda-guerra.html>

²⁴ VEDEL, G. *Indéfinissable mais présent*, Droits, 1990

²⁵ GARCÍA AMADO, J.A., *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*, Anuario de filosofía del Derecho, Tomo VIII, 1991, p.346



Inès
Rodríguez

positivismo relativista en cuanto a que no se respetaron los procedimientos legislativos para la creación de las normas jurídicas puesto que era el poder ejecutivo el cual creaba y promulgaba las normas jurídicas. De este modo, podemos afirmar que el positivismo jurídico-formal era minoritario y que dominaba un positivismo estatalista (basado en los poderes del Ejecutivo en vez del Legislativo). “No se está ante un Estado de derecho, sino ante un derecho del Estado”.

Este último deja regulación y la normativa relativa al poder de creación de sus normas no a una Norma Fundamental como lo establecía Kelsen si no al poder del Führer olvidándose así, de la legalidad y desconociendo el derecho del Parlamento. Tampoco parece que se pueda sostener seriamente que el positivismo dominará entre los juristas a partir de 1933. En efecto, la efectividad de ciertas garantías formales de procedimientos y derechos básicos del positivismo, hubieran permitido considerar inválidas y rechazar la aplicación de numerosas disposiciones nazis.

El **positivismo puro** (de Kelsen y Kant) se caracteriza por una separación entre el Derecho y la Moral, para la purificación del derecho. En efecto, para Kant, hay que comprender el derecho sin la experiencia puesto que es una realidad empírica. La Ética es un concepto subjetivo que está en el Hombre.

En efecto, no conoce una Ética (como el iusnaturalismo) pero la crea él mismo. Según Kelsen, la ley moral es una ley autónoma e individual que se encuentra en cada uno de los sujetos. Pero, la ley jurídica es, por el contrario, heterónoma, por lo cual será norma jurídica válida aquella que existe. La existencia de una norma es una cuestión de procedimiento, de requisitos, de contenidos indiferentes.

De este modo, la validez es una validez formal, es decir, que debe ser dictada por el poder de manera formalmente idónea mediante el procedimiento (legislativo) correcto. Por el contrario, el **positivismo estatalista** se caracteriza por la “monopolización de la producción jurídica” del Estado. Se pasaría entonces de un “Estado parlamentario representativo a un Estado jurisdiccional” en el que no quedan muchas normas que no sean fuentes del Estado mismo.

Existe una teoría que fue fundada por Nicolás Maquiavelo llamada “la razón de Estado” que fue desarrollándose sobre todo entre los siglos XVI y XVII. Tuvo mucha influencia en Europa



Inès
Rodríguez

(Alemania, Italia, España y también Francia) por lo cual sus proposiciones solamente son aplicables a Europa. Este autor establece en su obra, *El Príncipe* (1513) que

“Procure un príncipe conservar el Estado, los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa, y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos no tienen lugar en él, cuando la mayoría tiene donde apoyarse”.²⁶

Esta citación consiste la base de su teoría. Con dichas palabras, se destacan dos ideas importantes. La primera es que para Maquiavelo siempre habrá una minoría a la cabeza de la cual se encuentra la masa popular. De allí, que para él, no existe igualdad entre los hombres y que el gobernante dispone de toda la legitimidad para poder utilizar los medios que sean necesarios para poder conservar el poder político. La teoría de la razón de Estado consiste, así, en que el poder puede utilizar medios excepcionales para conservar o aumentar el poder de un Estado. Y esta finalidad tiene supremacía sobre los derechos individuales y colectivos de los sujetos.

Lo explicado en este pensamiento es lo que ocurrió durante la dictadura nazi. Para conservar la fuerza del Estado, Hitler utilizó medios excepcionales para garantizar la “salud” del mismo, con, por ejemplo, los campos de concentración pero también con los asesinatos de figuras políticas, culturales o militares. Gustav Radbruch en su obra de la *Introducción a la Filosofía del Derecho* retomaba lemas de campañas del partido nacionalsocialista que decían “Derecho es lo que conviene al pueblo”, “el bien común está por encima del bien propio” y “tú no eres nada, tu pueblo lo es todo”.

Estos argumentos utilizados durante las campañas políticas se relacionan con lo que escribía Maquiavelo en su obra, *El Príncipe*. El Estado pone la primacía sobre su conservación y en consecuencia, propugna el valor superior de la colectividad sobre los derechos individuales y propios de los ciudadanos.

Montesquieu, en su obra *Del Espíritu de las leyes*, define en su libro Segundo, titulado “Las leyes que se derivan directamente de la naturaleza del Gobierno”, tres tipos de gobiernos que

²⁶ MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, op. cit., p. 130.



Inès
Rodríguez

son: el republicano, el monárquico y el despótico. Nuestro interés se centrará en el gobierno despótico en cuanto a que sería el tipo que más se acercaría al gobierno que existió desde las elecciones de 1933 hasta el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945. En efecto, define el gobierno despótico como aquel en el cual “*el poder está también en uno solo, pero sin ley ni regla, pues gobierna el soberano según su voluntad y sus caprichos*”.²⁷

La línea que apunta Fuller es crítica con el positivismo pues éste trata de mantener la separación conceptual entre derecho y moral. Pero coincide con el positivismo en la negativa a ver en él un derecho natural, por encima del derecho positivo, la solución para el dilema de la validez y obediencia del derecho aberrante. Para Fuller, el “derecho nazi” no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, si no por causa de su incongruencia estructural; no por la violación efectuada por el contenido de sus normas hacia principios materiales de justicia, si no contra las condiciones formales y funcionales del derecho, contra su razón de ser, contra “las condiciones indispensables para la existencia de derecho”²⁸. Así que la aplicación por los tribunales del derecho preestablecido, en lugar de violarlo para crear arbitrariamente las normas que sus inclinaciones morales o políticas les dicten para cada caso, es parte de la moral interna del derecho, es decir, de las notas estructurales de su razón de ser.

Y aunque Fuller no lo mencione, podemos resaltar que lo más determinante fue la violación de los controles formales de validez de las normas. El derecho que hoy parece injusto le pudo parecer justo ayer a una mayoría de ciudadanos o puede seguir pareciéndolo hoy a algunos, con la correspondiente dificultad de fundamentar la superioridad moral de uno u otro sistema de valores, dificultad típica del iusnaturalismo. Ahora bien, las razones que hacen absurdo un derecho no parecen tan dependientes del cambio de los tiempos o las opiniones.

En palabras de Alexander Demand:

²⁷ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Revista n°191, Editorial Porrúa S.A, México n°191

²⁸ GARCIA AMADO, J.A, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo VIII, 1991, p.357



Inès
Rodríguez

"Cuando los examinamos, los grandes procesos de la historia nos obligan a reflexionar acerca de las complejas relaciones que existen entre el derecho y el poder, a averiguar cuál fue la parte de justicia y cuál la de la fuerza, casos en que las razones de la política tuvieron mucho que ver".²⁹

2.2 LA EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El autor Gustav Radbruch trató de este tema en un libro sobre la introducción a la filosofía del Derecho y retoma el tema del derecho bajo el nazismo. Se debe decir sobre el autor que antes, perteneció a la corriente del iuspositivismo y que, después de la Segunda Guerra Mundial y de la perpetración de los genocidios, se desplazó hacia la corriente iusnaturalista. Explica los principios que rigen el ejercicio de la profesión del juez y de la postura que debe tener a la hora de conocer de un asunto y dictar sentencia.

Dice, en este sentido que:

“Pesa sobre el juez, la prohibición de crear Derecho. Con arreglo a la teoría de la división de los poderes, la misión de crear Derecho está reservada a la representación popular. Montesquieu no se cansa de proclamar, en las palabras más tajantes, la función no creadora, puramente reproductiva, del poder judicial.” [...] “El juez debe limitarse a expresar la sanción que la ley decreta para tales o cuales actos, y para ello necesita solamente de ojos [...]”.

La teoría de la división de los poderes de Montesquieu es más bien una distribución de los poderes. En efecto, en tres partes llamadas “Trias política” se distingue entre la función legislativa, la función ejecutiva y la función judicial. En ésta última rama, la función judicial se define como la simple aplicación de las leyes, sin expresión ninguna de una opinión. Una frase famosa de Montesquieu que resume el papel de los jueces en la aplicación de la ley “el juez no es nada más que la boca que pronuncia las letras de la ley”³⁰ se inspira de la teoría presentada por John Locke en 1690 en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*.

²⁹ DEMANDANT, A., *Los grandes procesos, Derecho y poder en la historia*, Drakontos 1989, traducción al castellano de Enrique Gavilán. Buenos Aires, 1993, pps 234-255

³⁰ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 1748 “Le juge n'est que la bouche qui prononce les paroles de la loi”



Inès
Rodríguez

Para desarrollar el pensamiento de Montesquieu, en su obra, se acerca al pensamiento iuspositivista pues define el papel del juez como simple “aplicador” de las leyes. En efecto, dice:

“Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuales son las obligaciones contraídas. Es necesario”.³¹

Para él, se distingue entre la letra de la ley y el espíritu de ésta. En el primer caso, se trata de la pura expresión escrita de la norma y el juez es un técnico que tiene como única función aplicar a la letra el texto de la ley, esto se ajusta entonces a los postulados iuspositivistas. También añade que

“si el poder legislativo [...] no debe inmiscuirse en las funciones del ejecutivo ni paralizarlas, tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar de qué manera las leyes que él ha hecho han sido ejecutadas”³¹. Establece claramente en su obra, la posición que tiene el poder judicial de juzgar en relación con los dos otros poderes que son el poder legislativo y el poder ejecutivo: “De los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo”.³²

El autor ROSENBAUM explicó que durante la República de Weimar, así como durante la dictadura de Adolfo Hitler, se acusó de permitir un “liberalismo y pluralismo exentos de límite o control” pero que después del conflicto de la Segunda Guerra Mundial, se acusa de nuevo al positivismo, de haber hecho desaparecer a dicho liberalismo. Para oponerse a la idea de culpabilidad del positivismo, se retoman sus fundamentos y sus principios para demostrar que el positivismo que se pretende acusar no es el positivismo puro que se podría encontrar en escritos de autores como Kelsen o Hart. En cuanto al pensamiento jurídico de Hart, su obra fue el resultado de críticas hacia determinadas perspectivas de teorías iuspositivistas como las de la concepción imperativista de John Austin y también los postulados de Hans Kelsen. Ahora bien, para entender los aspectos centrales de su posición hacia las teorías de estos dos autores previamente citados, nos centraremos en su obra *El Concepto de Derecho*.³³

³¹ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo VI, 1748, p.105.

³² MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Capítulo VI, 1748, p.107

³³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Montesquieu, Libro XI, Capítulo VI, 1748, p.106



Inès
Rodríguez

Hart señala que la finalidad de su obra es rechazar “*la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción simple de orden respaldada por amenazas, que el propio Austin denomino mandato (command)*”³⁴.

Para resolver estos problemas, recurre a dos líneas de justificación. Primero, se basa en la filosofía analítica que consiste en “conjunto de tendencias de filosofía del lenguaje, resultado del

“giro dónde se sostiene que los problemas filosóficos consisten en confusiones conceptuales, derivadas de un mal uso del lenguaje ordinario y que su solución consiste en una clarificación del sentido de los enunciados cuando se aplican a áreas como la ciencia, la metafísica, la religión, el arte, la ética,... Para estos autores la filosofía es una actividad cuyo objeto es esclarecer el significado de los enunciados. De tal manera, que importan las relaciones entre el enunciado y el mundo, esto es, una teoría del significado.”³⁵

Y, segundo, intenta demostrar que el Derecho no puede definirse únicamente por el hábito de obediencia del ciudadano respecto del soberano, como lo establece Austin. Así, pues, el iusfilósofo anglosajón concluye que, para comprender jurídicamente el concepto de obligación o mandato, es imprescindible contar en primer término con la noción de regla, puesto que es ésta la que constituye la orden y sus casos de aplicación. De este modo, las reglas forman principalmente los componentes del mundo jurídico y no las ordenes.

Desde las primeras páginas de *El Concepto de Derecho* y en el propio capítulo VII, afirma, tratando del concepto de textura abierta qué es el contenido de la regla,

“que en todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no...”.

Por ello, continúa, “*cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta...en algún área, resultaran ser indeterminadas;*

³⁴ DABOVE, M.I., *El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart, perspectiva tridimensional*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR), Argentina, 2003

³⁵ La filosofía analítica y sus principales representantes

(<http://aplicacioneseducativas.es/historiafilosofia/la%20filosof%C3%ADa%20anal%C3%ADtica.pdf>)



Inès
Rodriguez

*tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”*³⁶. La textura abierta sería una de las causas de discrecionalidad jurídica porque al ser una expresión general provoca, al final, la vaguedad del derecho.

Sólo la justicia formal, traducida en igualdad ante el derecho, en formas y procedimientos de decisión jurídica y valorativamente neutros, garantiza unos mínimos de respeto y dignidad de todos los miembros del grupo social. Por el contrario, proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva, lo que equivaldría a liquidar la autonomía ética de cada individuo.

Un derecho formalista puede ser injusto pero un derecho antiformalista puede fácilmente acabar en una perversión de lo jurídico. Heinrich Laube decía *“la tiranía de las formas es terrible pero, fuera de las formas no hay más que la barbarie”*. Lo que se desprende de la citación de este autor es que un Derecho que no siga las formas y los procedimientos puede tener, en principio, cualquier contenido aunque sea inmoral. Al constituir una moral coactiva, se crea también temor hacia la desobediencia por lo cual, el positivismo no puede ser establecido claramente como responsable de la situación de los jueces.

“Rudolf Hoess, comandante de las SS al cargo del campo de trabajo, concentración y exterminio Auschwitz-Birkenau, declaró en el interrogatorio que tuvo lugar el 7 de abril de 1946 en sesión ordinaria de los Juicios de Núremberg. En aquella ocasión, preguntado por el psicólogo estadounidense, Gustave Gilbert, sobre su acatamiento y ejecución de la llamada Solución Final, Hoess explicó que nunca se le pasó por la cabeza detenerla: “El adiestramiento que habíamos recibido nos impedía contemplar siquiera la idea de desobedecer una orden, fuera ésta del tipo que fuere”. Meses antes, el propio Heinrich Himmler, jefe de las SS, admitió a las fuerzas aliadas que: “Como soldado leal tenía que obedecer órdenes, porque ningún Estado puede sobrevivir sin obediencia ni disciplina”³⁷

De allí es que podría surgir la interrogante de si, según el iuspositivismo, ¿cabría que un juez realice una “objeción de conciencia” ante una ley que considera injusta?

³⁶ HART, J., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1º edición 1961, traducción castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p.127-128

³⁷ LÁZARO ÁLVAREZ, J.D., *La sociología de las ausencias: el nazismo y la desobediencia civil*” Coloquio Académico, Mavaguez, Puerto Rico, 2004
(http://www.hostos.edu/index.php?option=com_content&task=view&id=530).



Inès
Rodríguez

A primera vista, y para citar nuevamente al autor alemán Gustav Radbruch, basándose en Montesquieu, el juez no podría hacer objeción de conciencia puesto que conoce en su profesión dos prohibiciones: la de crear Derecho y la de negarse a fallar. Pero, además, la labor del juez está presidida por una serie de principios entre ellos el principio de "*independencia de los jueces*". Los jueces deben actuar sin la influencia de postulados políticos, éticos o económicos. Y un segundo principio, el de "*sometimiento al Derecho*". Los jueces deben someterse a la ley, por lo cual los fundamentos de las sentencias deben garantizar la seguridad jurídica.

Otra posible vía de actuación del juez ante un caso cuya solución es considerada ilegítima según su conciencia sería "*dictar una resolución conforme a su conciencia, pero contraria a Derecho*".

Esta segunda solución parece en principio más difícil de admitir que la anterior, pues el juez es un servidor público con una obligación de "obediencia cualificada".³⁸ Si comparamos los principios que deben regir la profesión y la actuación del juez en su cargo con la actuación que tuvieron durante la dictadura nazi, podemos ver que no todos eran aplicados, de manera tan clara como se parece destacar hoy en día. En efecto, no es tan claro si los jueces actuaban con total independencia de "postulados políticos, éticos o económicos".

Después de los acontecimientos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, los Estados vieron en este principio una base para evitar la repetición en la Historia de una época parecida a la dictadura de Hitler. En efecto, todas las personas que fueron enviadas a los campos de concentración, lo fueron después de haber sido sentenciadas por los tribunales que no parecían independientes de sus actuaciones (aunque esta situación sigue siendo un tema de gran debate).

Antes de la llegada al poder, con las elecciones de 1933, del partido nacionalsocialista, el país ya estaba bajo la ideología nazi por lo cual, no fue difícil constituir las herramientas para poner en práctica la maquinaria nazi.

³⁸ FALCÓN Y TELLA, M.J., *Derechos Humanos y desobediencia a la ley*, Volumen 13, Universidad Complutense de Madrid, pps. 291-319.



Inès
Rodríguez

“En las primeras semanas del régimen, en 1933, la Asociación Alemana de Jueces publicó un juramento macabro que rezaba: ‘Juramos por el Dios eterno, juramos por el espíritu de nuestros muertos, juramos por todas las víctimas de una justicia antinacional, juramos por el alma del pueblo alemán que seguiremos a nuestro Führer (líder) en su camino como juristas alemanes, hasta el fin de nuestros días’”.³⁹

Además, con relación al principio de independencia de los juicios y al principio de imparcialidad, se puede hacer referencia a los llamados “Tribunales del Pueblo” (en alemán “Volksgerichtshof”). Fueron establecidos por Hitler en 1934. Eran tribunales especiales que conocían de los delitos políticos como el mercado negro, la traición contra el Tercer Reich, entre otros. Las cuestiones penales fueron desplazadas poco a poco a estos tribunales en los cuales no cabía el principio de imparcialidad de los jueces. En numerosos casos, se dictó pena de muerte sin aplicar los principios de un juicio justo y con todas las garantías existentes. El juez más conocido de los Tribunales del Pueblo es el juez Roland Friesler, en dos casos importantes, que fueron el caso de Sophie Scholl y de la Rosa Blanca.

“La historia de los hermanos Scholl (Hans y Sophie), Alex Schmorell y Cristian Probst, (retratada en las películas de Marc Rothemund y de Michael Verhoeven) es la historia de unos estudiantes universitarios que desde 1942 hasta su muerte, condenados a la pena capital por guillotina, practicaron la rebeldía de las ideas. En un régimen que había decretado la total adhesión de la población a las organizaciones del partido (sindicatos únicos entre los que estaba la organización de estudiantes nazi, la Liga Nacional de Estudiantes), estos jóvenes organizaron un grupo que cuestionaba la propaganda nazi. No practicaron nunca la rebelión violenta, se limitaban a distribuir panfletos de forma anónima entre los estudiantes. Se denominaban La Rosa Blanca.

Estos estudiantes fueron condenados a muerte en juicios sumarios por un sistema judicial controlado por el partido y que consideraba, por decreto ley, que la legalidad y la jurisprudencia emanaban del Führer y éste no podía ser cuestionado por los jueces y magistrados. La farsa de juicio les condenó a muerte por el delito de alta traición [...]”⁴⁰

Pensamos que la respuesta a la posible desobediencia de los jueces tiene cierta dificultad, no tanto debido a una cuestión de Filosofía sino más bien debido al contexto histórico de la época. En efecto, según las citaciones precedentes, se puede ver que la desobediencia no era tanto hacia normas si no hacia la forma de pensar. Se trata de lealtad a la patria o, en algunos

³⁹ FERNÁNDEZ, L.F. H., *La independencia judicial* (Artículo de “La Nación”), Costa Rica, 24 de noviembre de 2011

⁴⁰ SUPIOT, C., *SOPHIE SCHOLL Y LA ROSA BLANCA*, 30 de diciembre de 2010 (<http://aquifuetroya.com/2010/12/30/sophie-scholl-y-la-rosa-blanca/>)



Inès
Rodríguez

casos de adoctrinamiento, ambas cosas no permitían a las personas si quiera pensar en desobedecer órdenes de cualquier tipo que sea.

El desarrollo de este tipo de actitud vendría desde la firma del Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919, al tener Alemania deudas que pagar a los demás Estados del conflicto así como de las limitaciones que conocerían militarmente y económicamente. La sociedad tuvo que obedecer para cumplir las disposiciones establecidas en el Tratado. Con la llegada de Adolfo Hitler, los alemanes vieron en él un salvador porque logró levantar de nuevo la economía alemana y empezó a ir en contra de las disposiciones militares por ejemplo, creando nuevamente un Ejército alemán.

Con todos estos elementos históricos, se podría explicar en parte la lealtad que tenían los alemanes a su patria. Podemos explicar, además, que los jueces, aunque obligados por las normas o con deseo de rechazar la aplicación de estas por saber que eran injustas, dieron prioridad a la lealtad a su patria. Para hacer una referencia a otra profesión que también tuvo gran importancia en la época de la dictadura alemana, existen hoy algunos artículos que debaten sobre la objeción de conciencia de los médicos.

En efecto, muchos tuvieron que hacer inyecciones mortales o experiencias en los campos de concentración bajo las órdenes de sus responsables jerárquicos (los “escuadras de protección” o Schutzstaffel, en alemán). La pregunta es entonces si ellos pudieron beneficiarse de una objeción de conciencia y por qué, en caso de que la respuesta sea afirmativa, no se acataron a ella. Se explica en un artículo escrito por SUAREZ, X.M., en un blog protestante que, realmente, no existía tal objeción. Los médicos ejecutaron sin poner en dudas ni oponerse a las medidas establecidas.

Hacemos una referencia al caso de los médicos porque pensamos que existe un elemento común que puede explicar la falta de desobediencia que tiene que ver con razones políticas. Se recuerda, en el artículo, que el partido de Hitler se instaló en el poder en Alemania después de elecciones democráticas, no gracias a un golpe de Estado. De este modo, podría decirse que los dirigentes del partido y la composición de su gobierno gozaban de una legitimidad dada por el pueblo en su conjunto. Además, el partido nacionalista contaba con una mayoría parlamentaria que lo apoyaba y permitió que las diferentes leyes que proponían fueran



Inès
Rodríguez

adoptadas. Y de allí, que los médicos renunciaron a su conciencia individual para privilegiar a la conciencia colectiva.⁴¹

Para los jueces alemanes, se podría decir que actuaron en el mismo marco. En efecto, eran ellos los que dictaban sentencias de muerte y que autorizaban los casos de castración voluntaria por una persona que había cometido un delito o simplemente por ser homosexual, judío o también, con discapacidades mentales. Pero, no se pusieron en contra de las normas porque, políticamente, el partido nacionalsocialista era legítimo.

Un ejemplo de la dificultad de desobedecer las órdenes puestas por los altos responsables del partido nacionalsocialista fue la figura del delito por traición. Existían dos tipos de delito según sea militar o civil. Respectivamente, los delitos eran de traición a la patria y alta traición. El hecho delictivo era, en teoría, haber ayudado a los enemigos en caso de los militares así como de haber ayudado a los judíos o prisioneros. En cuanto a los civiles, eran más o menos lo mismo, sobre todo ayudar al escondite de judíos, por ejemplo. Pero, en la práctica, el hecho delictivo podía tener muchas formas en cuanto a que no había un comportamiento objetivo sobre el cual los jueces se basaran para averiguar si tal actitud era de traición o no.

Estos delitos eran castigados, ambos, con pena de muerte. Entonces, al desobedecer las leyes nazis se consideraba como traición a la patria pero, por el contrario, el hecho de acatar los preceptos nazis, se consideraba como patriotismo. Según el Diccionario de la real Academia Española, la traición se define por ser una “*falta que se comete quebrantando la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener*”. En cuanto a la definición del patriotismo, dice “*amor a la patria*”. El nazismo se basaba en estos dos conceptos y fue el argumento principal presentado por la defensa de los jueces alemanes juzgados en Núremberg en 1945 y que, pensamos, lleva a los debates sobre la culpabilidad consciente o el bloqueo de las situaciones alternativas de los jueces de la época.

⁴¹ SUAREZ, X.M., *Medicina y objeción de conciencia: el caso nazi*
(<http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/2106/Medicina-y-objecion-de-conciencia-el-caso-nazi>)



2.3 LA LEGITIMIDAD DEL JUICIO DE NÚREMBERG CUESTIONADA

Los acusados nazis de Núremberg basaron sus defensas en varios argumentos jurídicos que ponían en duda la legitimidad de los juicios de Núremberg. Durante los procesos de Núremberg que ocurrieron justo después del final de la Segunda Guerra Mundial, el objetivo del Juicio no era tanto de naturaleza jurídica, es decir, castigar con cadena perpetua o pena de muerte a personas, sino más bien, eran objetivos políticos de dejar sin efectividad una dictadura militarmente inmensa.

Primero, argumentaban que no había bases legales para juzgarles. Estos alegatos estaban basados en el principio fundamental de "*Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*" ("Ningún delito, ninguna pena sin ley previa"). Además, intentaron argumentar que se debía aplicar el principio de irretroactividad de las leyes penales.

En efecto, los Juicios de Núremberg tuvieron una gran complejidad en cuanto que se establecieron delitos que no tenían antecedentes en ningún ordenamiento. Los crímenes de guerra y de lesa humanidad aparecieron durante este juicio. De allí viene la duda sobre la posible aplicación de estos "nuevos" delitos a hechos ocurridos anteriormente. El principio de irretroactividad es un principio de derecho penal que se define como "*la ley no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación*"⁴². En el presente caso, los delitos fueron establecidos durante los juicios y no, en el momento en el cual los crímenes sucedieron.

"En efecto, la primera vez que se considera el genocidio como un delito de Derecho internacional es mediante la Resolución 96 del 11 de diciembre de 1946 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y no se define el mismo hasta el Convenio sobre la prevención y castigo del genocidio de 9 de diciembre de 1948, en cuyo artículo 11 se consideraba genocidio "cualquier acto perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso".⁴³

⁴² Definición del principio de irretroactividad de la ley, Blog Gerencie, 10 de septiembre de 2008: <http://www.gerencie.com/principio-de-irretroactividad-de-la-ley.html>

⁴³ AGUILAR PALACIOS, J.A., *De Núremberg a La Haya. Reflexiones jurídicas e históricas* (<http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=170606125527&nro=150&nom=Septiembre/Octubre%202004#170606132933>)



Inès
Rodríguez

Retomando la explicación de Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho* en cuanto que el Derecho es un orden coactivo, el autor José Antonio García Sáez dice que

“En la medida en que, desde la perspectiva positivista, el Derecho es un orden coactivo por naturaleza; es decir, en la medida en que usa las sanciones para orientar la conducta humana, lo habitual es que toda ley pre-escriba ese comportamiento hacia el futuro. Así, puesto que regular una conducta humana que ya ha ocurrido es imposible, “la regla contra la legislación retroactiva expresa una necesidad lógica”⁴⁴

El carácter coactivo que presenta el Derecho para el positivismo, en cambio, facilita relativizar el principio de irretroactividad.

Dentro del sistema jurídico positivista la regla contra la legislación retroactiva no es un principio absoluto. Su valor es altamente relativo y la esfera de su validez restringida. Además Kelsen establece que el principio de irretroactividad tiene una aplicación distinta en el ámbito internacional y en los ordenamientos internos. Parte del principio de que no existe ninguna prohibición expresa de aplicar normas sancionadoras retroactivas en el ámbito internacional. Justifica su posición considerando que

“el principio de irretroactividad no se puede aplicar al Derecho consuetudinario —como lo es buena parte del Derecho Internacional, incluida la cláusula Martens— ni al Derecho basado en precedentes, dado que “tal Derecho [como la jurisprudencia] es necesariamente retroactivo respecto del primer caso en el que es aplicado”.

El autor MÁRTINEZ GARCÍA consideró que no se podía relativizar el principio de irretroactividad en cuanto que pone en peligro el concepto de seguridad jurídica y la no arbitrariedad de los juicios:

“Al haberse celebrado el Juicio sin positivación de derechos ni garantías legales, ni siquiera las más elementales, los resultados perniciosos de su veredicto, por otra parte predeterminado, quedarían funestamente, para irremisible deshonra de los vencedores-verdugos, sin el menor atisbo de legalidad.

⁴⁴ GARCÍA SÁEZ, J. A., Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, nº 4, marzo – agosto 2013, p.147



Inès
Rodríguez

La tipificación de los supuestos delitos imputados a los líderes nacionalsocialistas se maquinó a posteriori. No existía previsión normativa para los mismos. Se juzgaron actitudes y comportamientos que, en el momento de realizarse, no estaban sancionados por existencia de norma jurídica previa. Se crearon ex profeso para la ocasión. El mundo asistía atónito contemplando como quedaba vulnerado el principio angular del derecho penal, el "nullum crimen, nulla poena sine lege previa". Los actos que se iban a juzgar no estaban sancionados con anterioridad por ninguna Ley. Comenzaba, con el esperpento de Núremberg, una nueva era en la que la seguridad jurídica quedaba en entredicho y brillaba por su ausencia."⁴⁵

Segundo, se respaldaron en el principio de imparcialidad que, según ellos, no fue respetado pues los miembros del Tribunal Militar de Núremberg eran juristas de los países vencedores, así como los civiles y militares que llevaron a cabo la fase de instrucción del caso: *"En el conjunto de naciones del bando vencedor se mezclaban los papeles de investigadores, instructores, acusadores y juzgadores"*. En efecto, se criticó duramente la composición del Tribunal porque no integraron en este procedimiento miembros de Estados neutros o de la Alemania vencida, por lo cual, los vencedores juzgaron de acuerdo con los intereses geopolíticos en juego, en la época posguerra.

En la película de Stanley Kramer, hasta casi el final del juicio, uno de los jueces no quiso declarar porque utilizó como argumento de defensa el no reconocimiento de legitimidad a este Tribunal. Este acontecimiento va, entonces, en contra del principio quinto reconocido en este mismo juicio que es *"Toda persona acusada de un delito de derecho internacional tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho."*⁴⁶

Se puso entonces en peligro el principio de juicio justo y de un juicio imparcial porque era más bien un juicio moral que un juicio jurídico. Los vencedores, como se muestra también en la película de Kramer, presionaron al juez para que no fuera demasiado duro en el tiempo de imponer las penas.

"Para juzgar a un beligerante es preciso juzgar a todos los beligerantes de ese conflicto, pues los actos de guerra serán los forzados por todos ellos, no por uno solo. En concreto: en Núremberg se podría haber condenado por los mismos crímenes a todos los beligerantes, todos ellos deportaron,

⁴⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, F., *Núremberg: Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, España, 2010, p.39

⁴⁶ Principios de los Juicios de Núremberg, *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, Comité Internacional de la Cruz Roja, ONU, 1950



Inès
Rodríguez

atacaron mediante medios extremos, exterminaron poblaciones civiles, realizaron actos no aceptables en época de paz”⁴⁷.

Además, durante el año que duró el juicio, varios principios básicos de un juicio justo fueron ignorados o aplicados parcialmente. En efecto, los prisioneros no tenían derecho al secreto profesional con sus abogados porque en el centro penitenciario en que se encontraba en Núremberg, para evitar cualquier riesgo de huida o de suicidio, no se dejaban los acusados hablar con sus respectivos abogados, porque había la presencia de militares en las celdas. Así escribe en la introducción de su obra, el autor argentino Fernando Martínez García:

“El mal llamado Proceso o Juicio de Núremberg fue un auténtico baldón a la Justicia y un agravio impenitente al Derecho de gentes. Resultó una farsa, una patraña descomunal, urdida alevosamente por las farisaicas "democracias"-de signo capitalista o de corte socialista, en definitiva la misma ponzoña- que, patrocinadores del capitalismo y del comunismo, al alimón y de forma conjunta, escenificaron un simulacro y un macabro ceremonial, una pantomima jurídica, carente de toda legalidad y de cualquier legitimidad, para perpetrar impunemente, con alarde y prevaricación, uno de los mayores crímenes consumados, de forma paliatoria”⁴⁸.

2.4 LAS VENTAJAS DEL IUSPOSITIVISMO: LA SEGURIDAD JURÍDICA

El iuspositivismo es una corriente que se basa en los textos y en su interpretación literal. En efecto, según este principio no vale una interpretación analógica de las normas sino que el juez debe atenerse al texto. Lo que se desprende entonces del análisis de sus fundamentos es que permite a un ordenamiento jurídico tener una cierta seguridad jurídica puesto que las decisiones de los jueces tienen un respaldo legal y las sentencias no se basan en valores morales individuales.

El concepto de seguridad jurídica se define como “*cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación*”⁴⁹.

⁴⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, F., *Núremberg: Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, España, 2010

⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, F., *Núremberg: Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, España, 2010

⁴⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Definición de seguridad jurídica, www.rae.es



Inès
Rodríguez

La expresión “seguridad jurídica”, como se examinará a lo largo de este texto, se asocia a los ideales de determinación, estabilidad y previsibilidad del Derecho⁵⁰. Para los iuspositivistas, el Derecho es *“un sistema cerrado y sin lagunas. La interpretación y aplicación textual de la ley es verdadero Derecho. Para ellos, la ley escrita es razón suficiente para actuar con toda justificación moral”*⁵¹

Radbruch dice en la *Introducción a la Filosofía del Derecho*: *“La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia”*. En efecto, como bien se ha dicho, este pensamiento se caracteriza por deslindar el Derecho y la Moral, por lo cual aunque una norma sea injusta, seguirá válida y podrá aplicarse a los sujetos.

En la Alemania nazi no había un derecho positivo de los derechos fundamentales. Con el listado de la llamada “Ley habilitante” en 1933, la Constitución de Weimar había quedado sin efecto, y con ella los derechos fundamentales allí establecidos, pasando aquella ley a constituir la base jurídico-positiva del régimen dictatorial del tercer Reich. La Ley Habilitante *“garantizaría al gobierno de Hitler el poder para decretar leyes sin una votación en el parlamento durante un período de cuatro años”*⁵². Radbruch sigue explicando que

“entendemos por seguridad jurídica, **no la seguridad por medio del Derecho**, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc..., **si no la seguridad del Derecho mismo**. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones, a saber:

- 1) Que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes;
- 2) Que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de “buena fe” o el de “buenas costumbres”;
- 3) Que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean “practicables” [...];

⁵⁰ HUMBERTO, Á., *Teoría de la seguridad jurídica*, Traducción de CRIADO SÁNCHEZ, L., Cátedra de cultura jurídica, Marcial Pons, MADRID; BARCELONA; BUENOS AIRES, 2012

⁵¹ *La filosofía del Derecho, el iusnaturalismo y el iuspositivismo*, monografía.com

⁵² United States Holocaust Memorial Museum Blog, Definición “Ley Habilitante”: <http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007669>



Inès
Rodríguez

- 4) Finalmente, el Derecho positivo – si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley”⁵³

Durante la época nazi, se podría considerar que existió una seguridad jurídica gracias a que las leyes no pueden considerarse como incidentales pues fueron válidamente promulgadas. En el tercer requisito, cuando se trata de “practicables” podríamos entender que no existía margen de error en cuanto que los jueces aplicaban literalmente las normas a todos los casos que se les presentaban.

“La revolución, es decir, la alta traición, es un delito cuando no triunfa, pero si logre el triunfo, se convierte en base para un nuevo Derecho. Es también la seguridad jurídica la que, en estos casos, convierte en nuevo Derecho la conducta antijurídica. Los gobiernos revolucionarios se legitiman cuando se demuestran la paz y el orden”.⁵⁴

*“La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia”.*⁵⁵ Las virtualidades beneficiosas de un cierto positivismo y formalismo también en la aplicación judicial del derecho, aquellas pautas no garantizan una única solución correcta, por causa de la naturaleza del lenguaje legal y de otras razones bien conocidas, pero que, al menos, no permite cualesquiera decisiones como compatibles con las normas.

Los criterios de la “fórmula de Radbruch” son “difíciles de operar a casa de su indeterminación” y que, en cambio, los pactos internacionales de derechos humanos representan “pautas de evaluación más concretas”.

Esa fórmula contiene un problema que podría ser peligroso a la hora de juzgar casos de crímenes de lesa humanidad. En efecto, la fórmula Radbruch trata de justicia o injusticia pero no concreta ni define precisamente los hechos que podrían considerarse como tales. Este

⁵³ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 4ª edición, Fondo de Cultura Económica, traducción de Wenceslao Roces, México, 1974

⁵⁴ *Hermenéutica jurídica: homenaje al maestro Darío Echandía*, Rosaritas, 1era edición, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997, p.94

⁵⁵ PEDRO HABA, E., *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, Axiología II, 1era edición, San José (Costa Rica), 2004, p.137



Inès
Rodríguez

problema no se resuelve con añadir adjetivos como lo dice Radbruch de “extrema”, “intolerable” o “insoportable”. Estos conceptos pondrían en peligro el concepto de seguridad jurídica en cuanto que la calificación de la justicia o injusticia quedaría entre las manos del juez y no tendría base en una interpretación segura de la letra de la ley.

Junto al problema de la vaguedad de la expresión “injusticia extrema” se encuentra el problema meta-ético del juicio de los valores y de su justificación por métodos racionales. La “fórmula de Radbruch” presupone una posición según la cual los juicios de valor y los términos éticos contenidos en ellos poseen significado conocido, de tal manera que la verdad o falsedad de dichos juicios puede ser racionalmente demostrada.

Alexy parte de una concepción discursiva de la ética, según la cual la racionalidad de un juicio moral no se obtiene con la ayuda de pruebas sino de argumentos, y prescinde por lo tanto de la “evidencia moral”. Pero vale la pena reiterar aquí el argumento, ya expresado más arriba, de que la aplicación de la expresión “injusticia extrema” a la criminalidad estatal del Tercer Reich no permite distinguir la enorme diferencia de grado de gravedad existente entre la primera y la segunda.

Cualquiera que sea la posición meta-ética que se adopte, sigue siendo válida la afirmación de Hart, en el sentido de que aun cuando se considere que los juicios morales son racionalmente defendibles, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral permanece intacta.



CONCLUSIÓN

El papel del juez durante la Segunda Guerra Mundial y más aun, en la Alemania nazi, sigue siendo un debate abierto en cuanto a la responsabilidad de las corrientes filosóficas sobre las cuales se basaron los jueces alemanes (positivismo) o también los persecutores (los juristas de los países vencedores en el juicio de Núremberg).

En primer lugar, se criticó al iuspositivismo por haber permitido que los crímenes del nazismo tengan una base legal. En efecto, los jueces acusados argumentaron que, a la imagen de la teoría de Montesquieu, ellos eran solamente técnicos de la ley, por lo cual, solamente podían aplicar las leyes tal y como estaban establecidas. Muchos autores iusnaturalistas criticaron esta posición puesto que tenían el poder suficiente, antes de que lleguen los partidarios del nacionalsocialismo, para rechazar la ideología nazi que estableció Adolfo Hitler.

Con los Juicios de Núremberg, resucitó la idea de un derecho que tenía que controlar las leyes positivistas. Un derecho que tenía que basarse en la moral y la conciencia del Hombre. Como decía Santo Tomás de Aquino, las leyes naturales no necesitan ser escritas porque el Hombre las conoce por naturaleza. Y, si una ley va en contra del sentido de Justicia, entonces no se podrá considerar Derecho. Además, los procesos constituidos contra los jueces alemanes llevaron consigo una gran importancia para el orden internacional. En efecto, se tipificaron nuevos delitos de los que los Estados no eran responsables sino sus dirigentes, como individuo. Y, como consecuencia se creó el Derecho Penal Internacional y sus cortes.

Un autor alemán trató mucho del tema de la filosofía del derecho en la Alemania nazi. Gustav Radbruch inspiró los juicios de los jueces con la famosa “formula de Radbruch” que consistía en que si la ley tiene como carácter ser de una injusticia extrema, aunque fuera escrita y promulgada, se puede renunciar a aplicarla.

Pero en cada parte (tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo), existen argumentaciones de autores opuestos a la responsabilidad de una u otra. En efecto, los positivistas criticaron la fórmula de Radbruch en cuanto a la vaguedad de sus conceptos.

La expresión de “injusticia extrema” no venía con descripción ninguna que permitiera a un juez utilizar esta fórmula como base de una sentencia o rechazo de la aplicación de una ley



Inès
Rodríguez

determinada. De allí, que los positivistas consideraron que su fórmula no representaba ninguna seguridad jurídica y causaría una gran discrecionalidad por parte de los jueces. En efecto, dejaría demasiado margen al juez para juzgar subjetivamente cuando un caso puede ser juzgado bajo el carácter de “extrema injusticia” o no ser juzgado como tal.

En segundo lugar, otros autores criticaron fuertemente la argumentación naturalista según la cual los jueces tenían otros remedios que obedecer a los altos cargos. Según esta posición, los jueces tenían que respetar dos prohibiciones: la prohibición de crear Derecho y la prohibición de negarse a fallar. Así, los positivistas pusieron de relieve la falta de independencia entre el poder Estatal y la actuación de los jueces. No podían rechazar la aplicación de las leyes porque, durante ese periodo, se ponía en primer plano la conservación del Estado (el plan colectivo) y no los derechos fundamentales de los individuos (el plan individual) para asegurar la “salud” del Estado, como dijo Maquiavelo en su obra, *El Príncipe*.

También, se puso de relieve un importante factor que podría explicar la falta de “rebelión” de los jueces alemanes. Y es que tuvieron una cultura de obediencia al poder, desde el final de la Primera Guerra Mundial en cuanto que se les restringieron muchos poderes como Estado al tener que “pagar” por las destrucciones de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Esto último se explica con la teoría de Maquiavelo en cuanto al poder del Estado. En efecto, para retomar el mando y asegurar la “salud” del Estado alemán, durante la dictadura, se privilegiaron los derechos colectivos a los derechos fundamentales del hombre como individuo. Se trataba de sacrificarse para poder tener mejores condiciones de vida posteriormente.

Otro punto clave de la posición iuspositivista fue el problema de la legitimidad de los Juicios de Núremberg. La novedad que aportaron fue que se tipificaron nuevos delitos penales. Pero, se aplicaron nuevos delitos a hechos que ocurrieron anteriormente. De allí que varios autores consideraron que no se respetaron los derechos fundamentales de cualquier procesado por infringir el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa. Hoy en día, el autor Martínez García explicó que los Juicios de Núremberg no se basaban en intereses judiciales sino en intereses políticos. El contexto histórico de estos procesos tiene una relevancia importante para explicar cualquiera de las dos posiciones filosóficas.



Inès
Rodriguez

Después de este trabajo de investigación, nos parece difícil considerar que una de las dos posiciones es más acertada que la otra. En efecto, cada una de las partes sostiene argumentos que se pueden considerar igualmente válidos. Para dar un ejemplo de lo antes dicho, en lo que refiere al principio de independencia, para la corriente iusnaturalista, los jueces no eran dependientes y podían rechazar la aplicación de las leyes. Por su parte el iuspositivismo, dice que sí que eran dependientes del poder estatal. Es verdad que podían rechazar las órdenes pero las consecuencias de ese incumplimiento y el temor a posibles sanciones también puede explicar que no querían desobedecer.

Nuestro punto de vista es diferente puesto que antes de empezar este trabajo no veía la multitud de debates que se desarrollaron durante este periodo.

Al tener una relación particular con Francia, podemos decir que cuando se estudiaba el nazismo, solamente se veía el aspecto vencedores/ vencidos pero no se estudiaban las dificultades que han tenido los alemanes sobre el tema de poder, o no, traicionar su patria. No justifico los crímenes perpetrados pero pienso que es necesario matizar. No hay una corriente que tenga más razón que la otra, sino que cada una se complementa para entender la complejidad de ese periodo tanto en el mundo jurídico que en el mundo histórico y social.



BIBLIOGRAFIA

AGUILAR PALACIOS, J.A., *De Núremberg a La Haya. Reflexiones jurídicas e históricas* (<http://www.latoga.es/detallearticulo.asp?id=170606125527&nro=150&nom=Septiembre/Octubre%202004#170606132933>)

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Principios de los Juicios de Núremberg, Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*, ONU, 1950

CUMPA GARCÍ-NARANJO, L., *Justicia Global: La creación de una corte penal internacional*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú). II Conferencia Mundial de Relaciones Internacionales: Desarrollo y Cooperación en el Nuevo Milenio", Buenos Aires (Argentina), 2005

DABOVE, M.I., *El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart, perspectiva tridimensional*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR), Argentina, 2003

DEMANDANT, A., *Los grandes procesos, Derecho y poder en la historia*, Drakontos 1989, traducción al castellano de Enrique Gavilán. Buenos Aires, 1993, pps 234-255

DÍA GUEVARA, J.J., *El constitucionalista alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend* y Häberle
http://www.derechoycambiosocial.com/revista024/estado_constitucional.pdf

FALCÓN Y TELLA, M.J., *Derechos Humanos y desobediencia a la ley*, Volumen13, Universidad Complutense de Madrid,pps 291-319

FERNÁNDEZ, L.F. H., "La independencia judicial" en *La Nación*, Costa Rica, 24 de noviembre de 2011

GARCIA AMADO, J.A, *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo VIII, 199, p.342, 357

GARCÍA SÁEZ, J. A., Memoria histórica y aplicación retroactiva de la sanción penal. Algunos fundamentos desde el pacifismo jurídico de Hans Kelsen, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, nº 4, marzo – agosto 2013, p.147

Blog Gerencie, Definición del principio de irretroactividad de la ley, 10 de septiembre de 2008: <http://www.gerencie.com/principio-de-irretroactividad-de-la-ley.html>

GUERRA, F.B., *El Derecho después de la Segunda Guerra Mundial*, 18 de septiembre de 2009, <http://blawggersinternacionales.blogspot.com.es/2009/09/el-derecho-despues-de-la-segunda-guerra.html>

Inès
Rodríguez

HART, J., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (traducción Castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pps 127-128)

Hermenéutica jurídica: homenaje al maestro Darío Echandía, Rosaritas, 1era edición, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997, p.94

HUMBERTO, Á., *Teoría de la seguridad jurídica*, Traducción de CRIADO SÁNCHEZ, L., Cátedra de cultura jurídica, Marcial Pons, MADRID; BARCELONA; Buenos Aires, 2012

KRAMER, S., Película *Vencedores o Vencidos*, (Judgment at Nuremberg), 1961
La filosofía analítica y sus principales representantes,
<http://aplicacioneseducativas.es/historiafilosofia/la%20filosof%C3%ADa%20anal%C3%ADtica.pdf>

MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, op. cit., p. 130.

La filosofía del Derecho, el iusnaturalismo y el iuspositivismo (www.monografía.com)

LÁZARO ÁLVAREZ, J.D., *La sociología de las ausencias: el nazismo y la desobediencia civil*,

LING, F., Blog Estudio jurídico Ling Santos, Definición de “Estado Constitucional”:
<http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/11/estado-de-derecho-o-actual-estado.html>

MARTÍNEZ GARCÍA, F., *Núremberg: Breve repaso a la Justicia Internacional Penal y sus errores en los procesos de 1945 y 1946*, Ediciones Camzo, España, 2010, p.39

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, Revista n°191, Editorial Porrúa S.A, México, pps105-107

MORA SIFUENTES, F.M., *Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente*, Universidad de Guanajuato (México), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid

PEDRO HABA, E., *Axiología jurídica fundamental: bases de valoración en el discurso jurídico*, Axiología II, 1era edición, San José (Costa Rica), 2004, p.137

PINA (de), R., Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, *El juez ante la ley injusta* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/46/dtr/dtr4.pdf>, pps 330-331

Preámbulo Declaración de los Derechos Humanos: <https://www.un.org/es/documents/udhr/>

RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Traducción al castellano, edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962

Real Academia Española, www.rae.es



Inès
Rodríguez

SAUCEDO, P., Presentación “Racismo”, slideshare.net

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M, Profesor titular de Filosofía del Derecho, *Totalitarismo y Derecho natural*, Universidad Complutense de Madrid, pps.992-993

SIMON, D., *La independencia del juez*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 102-116

STANDFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, Transitional Justice, primera publicación Mon Jan 26, 2009

SUAREZ, X.M., *Medicina y objeción de conciencia: el caso nazi* (<http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/2106/Medicina-y-objecion-de-conciencia-el-caso-nazi>)

SUPIOT, C., *SOPHIE SCHOLL Y LA ROSA BLANCA*, 30 DICIEMBRE de 2010 (<http://aquifuetroya.com/2010/12/30/sophie-scholl-y-la-rosa-blanca/>)

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEAU BLOG (<http://www.ushmm.org/outreach/es/article.php?ModuleId=10007669>)

VEDEL, G. *Indéfinissable mais présent*, Droits, 1990

