

## **NÚREMBERG Y LA CUESTIÓN JUDICIAL\***

**JUAN CRUZ ARA AIMAR\*\***

**Resumen.** Este trabajo presente trabajo tiene por propósito repasar ciertos aspectos de la cuestión judicial penal a partir de los juicios de Núremberg. Concretamente, se analizan las leyes y principios vigentes durante el nazismo, la dogmática jurídico penal de entonces y los aspectos procesales, para concluir cómo la forma en que se dicta sentencia configura también al juez que la dicta. Finalmente, se hacen apreciaciones históricas y presentes.

**Palabras claves:** Juicios de Núremberg, derecho penal, poder judicial, burocracia, nazismo.

### ***NUREMBERG AND THE JUDICIAL QUESTION***

**Abstract.** The purpose of this paper is to review certain aspects of the criminal judicial issue from the Nuremberg Trials. Specifically, the laws and principles in force during Nazism, the criminal legal dogmatics of that time and the procedural aspects are analyzed, to conclude how the way in which a sentence is passed also configures the judge who dictates it. Finally, historical and present appraisals are made.

**Keywords:** Nuremberg Trials, criminal law, judiciary, bureaucracy, nazism.

### ***NUREMBERG E A QUESTÃO JUDICIAL***

**Resumo.** O objetivo deste trabalho é revisar certos aspectos da questão judicial criminal dos Julgamentos de Nuremberg.

\* Recepción: 15/3/2022; evaluación: 1/4/2022; aceptación: 10/5/2022.

\*\* Abogado. Docente adscripto en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UNR). Docente adscripto en Sociología General y del Derecho, Facultad de Derecho (UNR). Correo electrónico: juancruzaraaimar@gmail.com.

Específicamente, são analisadas as leis e os princípios válido durante o nazismo, a dogmática jurídica penal da época e os aspectos processuais, para se concluir como a forma como a sentença é proferida também configura o juiz que a dita. Por fim, são feitas avaliações históricas e atuais.

**Palavras-chaves:** Julgamentos de Nuremberg, direito penal, judiciário, burocracia, nazismo.

## A) INTRODUCCIÓN

¿Por qué se castiga? ¿Cuál es el fundamento de la pena? Si concedemos, al menos preliminarmente, que la pena es una aplicación deliberada de dolor, ¿cuáles son, entonces, los argumentos esgrimidos para hacer sufrir racionalmente? ¿Es racional, en todo caso, provocar dolor? ¿Bajo qué condiciones? Estas preguntas llevan a otras, no menos importantes: ¿qué o quién se castiga? ¿Una falta, una agresión, un agresor? O de manera más abstracta: ¿una conducta, un acto, una persona, una cosa? ¿En qué se transforma lo que se castiga cuando se lo castiga? ¿La pena crea lo penado? Y a todo esto: ¿en qué se transforma quien castiga cuando castiga?

Todas estas preguntas, a modo de disparadores, abren un abanico inabarcable de teorías y pensamientos de diversas disciplinas. Primeramente, nos acercan al derecho, a la teoría de la pena, a la función judicial. No obstante, al abordar estas temáticas, cualquier obra de esta índole trasciende lo jurídico. El fundamento de la pena, al fin y al cabo, parece no ser normativo, sino político, filosófico, sociológico, antropológico, psicológico, teológico o biológico (el orden, la retribución, el control social, la unidad de la tribu, el tabú, la supervivencia de la especie).

Si estas indagaciones nos lanzan a un terreno de inconsistencia, a una ciénaga intelectual, ¿por qué intentar abordarlas, 75 años después, a partir de los juicios de Núremberg?<sup>3</sup> No buscamos, por lo pronto, una enseñanza de la historia. Se trata más bien de una propuesta, de un ejercicio de pensamiento que dirige su mirada hacia un pasado que se presencia momentáneamente para coadyuvar la medi-

<sup>3</sup> Es también el aniversario de los juicios de Tokio, quizá más atrayentes si se aborda la cuestión de Occidente entronizándose, definiéndose y juzgando, desde su concepción del mundo, a Oriente. Este texto, no obstante, se limita al análisis del nacionalsocialismo.

tación. Sucede que Núremberg (sus leyes, sus juicios, sus habitantes, su ciudad) no es el mismo 75 años después. Y no es el mismo desde Latinoamérica, desde el sur. Por ello, sin perjuicio de lo anterior, nos interesa verificar qué nos dicen estos eventos, tan lejanos, tan cercanos, cuando los evocamos en la cuenca del Plata o en la llanura pampeana, bajo el sol de Santiago, a la vera del Paraná o de un arroyo de las altas cumbres.

Con la condición de tener presente que no buscamos respuestas, sino tan solo un esbozo, comenzaremos este texto con la pregunta, ahora circunstanciada: "¿qué se castigaba en el derecho penal nazi?". Seguiremos inmediatamente con esta otra: "¿por qué se castigaba en el derecho penal nazi?". Luego, raudamente, continuaremos con "¿cómo se castigaba?", para rematar con "¿en qué se transformaron los nazis cuando castigaron como castigaron?". Como puede advertirse, nos interesa particularmente esto último: ¿en qué se transforma quien castiga cuando castiga? ¿En un villano o un héroe? Villano o héroe: ¿para quién? ¿Por qué? Y esto nos llevará, a "vuela pluma", a una nota final a partir del interrogante "¿en qué se transformaron las fuerzas aliadas cuando castigaron a los nazis como los castigaron?".

Antes de comenzar, no obstante, el bosquejo de respuesta de estas interrogaciones, descansaremos, brevemente y a modo de orientación, en una teoría bien desarrollada respecto a la etapa final de nuestras consideraciones, a uno de los temas centrales y, a la postre, el más importante de los juicios de Núremberg: el Holocausto.

## **B) LA SOLUCIÓN FINAL**

ZYGMUNT BAUMAN, una de las voces más elocuentes del siglo xx, publicó *Modernidad y Holocausto* en 1989, donde se opone a la idea de que el Holocausto pueda explicarse por la maldad intrínseca, la monstruosidad de los jerarcas nazis, así como también por la alteración y radicalización de la sociedad alemana. Para él, el exterminio no fue una excepción, sino una prolongación lógica de nuestro principal tipo de organización social<sup>4</sup>. Concretamente, el sociólogo señala que los

<sup>4</sup> La honestidad de BAUMAN es innegable, especialmente en este tópico. De origen judío, sufrió la persecución antisemita en su Polonia natal de parte de alemanes y rusos por igual y su mujer, Janina, vivió en el Gueto de Varsovia.

“ingredientes” del Holocausto, todas las cosas que lo hicieron posible, fueron “normales”, aunque no en el sentido de algo ya conocido, algo ya descripto, explicado y clasificado en detalle, sino en el de que se “ajusta plenamente a todo lo que sabemos de nuestra civilización, del espíritu que la guía, de sus prioridades, de su visión inmanente del mundo y de las formas adecuadas de lograr la felicidad humana en la sociedad perfecta”<sup>5</sup>.

En efecto, explica el autor que “resulta especialmente difícil y punto menos que imposible concebir esta idea si no se cree que la sociedad puede ser objeto de la ingeniería, si no se cree en la artificialidad del orden social, en la autoridad de los conocimientos técnicos o en la administración científica de los espacios y de los intercambios humanos. De ahí que haya que contemplar la versión exterminadora del antisemitismo como un fenómeno plenamente moderno, es decir, como algo que solo podría darse en un estado avanzado de la modernidad”<sup>6</sup>. Por todo ello, señala que el Holocausto no solo evitó el enfrentamiento con las normas e instituciones sociales de la modernidad, sino que fueron esas normas e instituciones las que lo hicieron viable y que todas las complejas redes de frenos y equilibrios que ha erigido el proceso civilizador que deberían proteger de la violencia y contener todo poder desbocado y desmedido han demostrado ser inefficientes<sup>7</sup>.

BAUMAN se cuida bien de especificar que, aunque el Holocausto es moderno, la modernidad no es Holocausto<sup>8</sup>, más ello no es óbice para destacar que fue posible porque el proyecto social nazi le confirió legitimidad, la burocracia estatal el vehículo y la parálisis de la sociedad la luz verde. Así las cosas, el Holocausto demuestra “la capacidad de nuestra sociedad industrial de aumentar la distancia entre los seres humanos hasta un punto en el que las responsabilidades y las inhibiciones morales desaparecen”<sup>9</sup>. ARENDT lo advirtió elocuentemente al poco tiempo de su descubrimiento: los campos de concentración eran verdaderas “fábricas de muerte”<sup>10</sup>.

Descontado, entonces, que los nazis fueran monstruos o individuos desquiciados, ¿cómo es que personas normales pueden ser capaces

<sup>5</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 29.

<sup>6</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 98.

<sup>7</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 112.

<sup>8</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 119.

<sup>9</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 224.

<sup>10</sup> ARENDT, *Ensayos de comprensión*, p. 241.

de superar todo límite de crueldad? Para responder a este interrogante, BAUMAN sigue particularmente a KELMAN, quien sostiene que las inhibiciones morales se dan cuando se cumplen tres condiciones, separadas o juntas: la violencia está autorizada (por unas órdenes oficiales emitidas por los departamentos legamente competentes), las acciones se dan dentro de una rutina (creada por las normas de gestión y por la exacta delimitación de las funciones) y las víctimas de las violencia están deshumanizadas (como consecuencia de las definiciones ideológicas y del adoctrinamiento)<sup>11</sup>.

Como puede apreciarse, el Holocausto es la forma más perfectamente terrorífica de las respuestas que planteamos al comienzo. Es la más completa destrucción y despersonalización llevaba a cabo, hasta el momento, en nombre de una sociedad ideal. Sin embargo, nuestras disquisiciones nos sitúan antes de la *solución final*, y en un espacio particular de la modernidad: el derecho. Hemos comenzado por el final, ese final tan conocido, tan necesario conocer y no olvidar, porque ese final, como dijimos, nos da pistas de qué es lo que estamos buscando antes y ahora.

### C) ¿QUÉ SE CASTIGABA EN EL DERECHO PENAL NAZI?

MAX WEBER, a quien BAUMAN sigue en muchos aspectos en el análisis de la Modernidad, señalaba que una de sus características más sobresalientes es su dominación racional legal; es decir, la existencia de mandatos u ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas, impartidas y aplicadas por personas designadas en el marco de su competencia<sup>12</sup>. Esto no es nuevo, desde Kelsen, para ningún jurista, independientemente de si luego quiera proseguirse con otras dimensiones o aspectos del derecho. Por esta razón, para responder a nuestro primer interrogante, es dable detenernos a verificar la normativa del Tercer Reich; específicamente las llamadas "Leyes de Núremberg".

Sancionadas en septiembre de 1935, apenas dos años de haberse hecho Hitler con el gobierno, estas infames leyes referían, en términos generales, a la ciudadanía del Reich (no de Alemania, necesariamente). La primera de ellas, en su art. 1, inc. 1, expresaba que

<sup>11</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 43.

<sup>12</sup> WEBER, *Economía y sociedad*, p. 43.

“será considerado ciudadano con todas las responsabilidades inherentes todo aquel que disfrute de la protección del Reich alemán y que por ello esté en especial deuda con él”. Luego, en su art. 2, inc. 1, disponía que “la ciudadanía del Reich se limitará a los connacionales de sangre alemana o afín que hayan dado debida prueba, a través de sus acciones, de su voluntad y disposición de servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad”. Esto nos lleva a una primera acotación, más que evidente: para el nacionalsocialismo no eran ciudadanos libremente agrupados quienes conformaban el Estado cediendo ciertos derechos que les eran inherentes, sino que era la comunidad, organizada estadualmente, la que exigía determinados deberes cuyo cumplimiento concedía derechos.

La segunda ley, sancionada ese mismo día, tenía por objeto “la protección de la sangre y el honor alemanes”. Mediante ella se prohibía el matrimonio o cualquier relación sexual entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín, así como también a los judíos emplear en su hogar ciudadanas alemanas menores de 45 años e izar la bandera del Reich o los colores patrios. Se les facultaba, no obstante, a exhibir los “colores judíos”, algo que el Estado “garantizaba”. Estas conductas, es dable señalar, no eran meros injustos, sino verdaderos delitos conminados con penas de prisión o presidio.

Esta ley fue reglamentada en noviembre de ese año, determinándose cuándo se estaba en presencia de un “judío”: una persona que descendía de un mínimo de tres abuelos plenamente judíos de raza, o bien cuando tenía dos abuelos judíos y era miembro de la religión, estaba casado con otro judío o era hijo de un matrimonio de tal índole. Posteriormente, se instituyeron nuevos requisitos para el matrimonio como la obtención de un certificado de aptitud, que le era negado a quienes padecían enfermedades hereditarias o contagiosas. Finalmente, las leyes se extendieron a “romaníes” (gitanos), negros y descendientes. Segunda anotación: la curiosa reivindicación y transformación de la idea y relación entre naturaleza y cultura que la modernidad había erigido como pares antitéticos. Para el nacionalsocialismo, la raza aria era la única creadora y portadora de la cultura. Toda la existencia humana giraba sobre una esencia: la raza. En su inversión del Iluminismo, el nazismo cambiaba “ciudadanía” por “raza” y “Estado” por “pueblo”.

Sentado ello, huelga destacar que, en cuanto a los judíos particularmente, el control no terminaba allí. Por una ley posterior se les prohibió, en primera medida, cambiarse el nombre y, seguidamente, la Orden Ejecutiva sobre la Ley sobre la Alteración de Nombres y

Apellidos exigió que aquellos y aquellas cuyos nombres fuesen de origen "no judío" adoptasen un nombre adicional: "Israel" para los hombres y "Sara" para las mujeres.

El texto de estas normas jurídicas permite vislumbrar, por sí mismas y varios años antes de la *solución final* un verdadero programa de pureza racial y política que incluyó, además, métodos eugenésicos. Este programa (que también impactó en la vida de los homosexuales y el aborto, aunque en dicho contexto no puede atribuirse exclusivamente al nazismo) conducía a una sociedad de control total que regulaba por completo la vida pública y privada (sexual, laboral y política), la identidad de la persona, su simbolismo, su cultura.

Ahora bien, se sabe que, en tanto construcción lingüística, toda ley da lugar a la interpretación. Y aún en su más afanoso esfuerzo por desprenderse de la tradición judeo-cristiana y greco-latina, estas normas no dejaban de prescribir ciertas conductas: no casarse, no tener relaciones, cambiarse o no cambiarse el nombre. ¿Cómo funcionaban, entonces, estas directivas en la realidad?

Jaromir Hladík, el personaje del excelso relato *El milagro secreto*, fue condenado a muerte por las siguientes condiciones: su apellido era Jaroslavski, su sangre era judía, su estudio sobre BOEHME era judaizante, su firma dilataba el censo final de una protesta contra el Anschluss. Concretamente, en 1928 había traducido el *Sepher Yetzirah* para la editorial Hermann Barsdorf; el efusivo catálogo de esa casa había exagerado comercialmente el renombre del traductor; ese catálogo fue hojeado por Julius Rothe, uno de los jefes en cuyas manos estaba la suerte de Hladík. "Dos o tres adjetivos en letra gótica bastaron para que Julius Rothe admitiera la preeminencia de Hladík y dispusiera que lo condenaran a muerte, *pour encourager les autres*"<sup>13</sup>.

Tal vez no sea ineludible recurrir al genio de BORGES para demostrar la negligencia, la estupidez, la absurdidad y el horror del nazismo. Veamos algunos casos verídicos tomados del llamado "Juicio de los jueces" ("*The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*"), o también el "Tercer juicio de Núremberg".

a) Ledwon, agricultor de origen polaco, fue acusado de dejar su lugar de trabajo en Baviera el 28 de julio de 1941 y haber intentado cruzar las fronteras del Reich. Fue detenido por un oficial a quien le propinó un golpe. Tras un juicio sumario, Ledwon fue condenado a

<sup>13</sup> BORGES, *Ficciones*, p. 176.

muerte. Escapar o golpear un oficial alemán podría haber sido causa más que suficiente. No obstante, con lo primero bastaba: abandonar su lugar de trabajo durante la cosecha constituyó un ataque contra todo el pueblo alemán.

b) Luftgas, de origen judío, fue sentenciado en 1941 en un proceso penal a dos años y medio de prisión por acopio de huevos. Conocido el caso, Lammers (doctor en derecho, jefe de la Cancillería y asesor jurídico directo de Hitler) le comunicó al juez que el deseo del Führer era que fuera sentenciado a pena de muerte, lo que fue debidamente cumplimentado.

c) Durka y Struss, dos adolescentes polacas (una de 17 años, la otra algo más grande), fueron acusadas de iniciar un fuego en una planta de armamentos en Bayreuth, Baviera. El incendio no causó ningún daño, pero ellas estaban en el vecindario cuando ocurrió. Primero fueron arrestadas por la Gestapo. Luego, condenadas a muerte en un juicio que duró, en el mejor de los casos, una hora y media.

d) Lopata, un agricultor polaco de 25 años, fue acusado de avances indecentes contra la mujer de su empleador y condenado a dos años de prisión por un tribunal local. Sin embargo, el fallo fue anulado y remitido a la Corte Especial de Núremberg, quien consideró que lo importante no fue el acto en sí, sino que esto demostraba una personalidad degenerada, propensa a la excitación y la mentira. Aquello no era una sorpresa, puesto que eran los rasgos característicos de la "subhumanidad polaca". Fue condenado a muerte.

e) Leo (Lehmann Israel) Katzenberger fue un mercader judío de 68 años acusado de acercamientos prohibidos hacia una joven alemana, Seiler, amiga de la familia quien había estado a su cuidado. Durante el juicio ella expresó que su relación era de amistad y fraternidad, negando cualquier tipo de relación sexual. No obstante, se tuvo por acreditado, a través de testigos, que ella se había sentado en su regazo. El tribunal entendió que no era necesario probar el acto sexual en sí, porque esa conducta ya era de esa naturaleza. Él fue condenado a muerte por contaminación racial, ella a prisión por falso testimonio.

¿Qué se castigaba, en definitiva, en el derecho penal nazi? De manera harto sintética: la diferencia; o mejor dicho, al diferente, completamente despersonalizado, totalmente cosificado. Se castigaba un ente inferior en pos de una sociedad superior.

## D) ¿POR QUÉ SE CASTIGABA EN EL DERECHO PENAL NAZI?

La pregunta no apunta, como podría apreciarse, al objetivo o fin del nazismo, a la pureza racial, sino a las razones, los argumentos, los fundamentos; dicho brevemente: a la racionalidad del castigo, ese castigo previo a la *solución final*. Y es que en el derecho penal moderno, esa racionalidad proviene de la dogmática, de la doctrina. En efecto, hemos visto que cualquier régimen autoritario requiere de una construcción normativa y de ciertos jueces y abogados que presten sus funciones (una burocracia). Pero durante el nazismo también los científicos del derecho pusieron a la dogmática jurídico-penal al servicio de la ideología nacionalsocialista para legitimar y racionalizar sus prácticas de higiene racial.

Dos libros se han publicado recientemente al respecto. El primero de ellos es el de RAÚL EUGENIO ZAFFARONI: *Doctrina penal nazi*. El segundo, *Derecho penal nacionalsocialista*, de KAI AMBOS, surgió como respuesta, confirmación y revisión del primero. Se trata de dos obras más que prolifas, documentadas y serias. ZAFFARONI nos interesa, se comparta o no su teoría del delito, porque más allá de que es un excelso jurista, es latinoamericano, y escribe desde y como tal. AMBOS, por su parte, además de contar con credenciales más que suficientes, es un doctrinario alemán que piensa en el lugar donde se dieron los acontecimientos y carga, en cierto sentido, con ellos.

Durante la primera parte de su libro, ZAFFARONI clarifica que la doctrina penal nazi no surgió de un vacío, sino que se nutrió de elementos autoritarios, racistas y románticos, especialmente en la idea de "comunidad popular", así como también de ciertas ideas del neokantismo de la propia dogmática de ese tiempo: FRANZ VON LISZT y KARL BINDING. A grandes rasgos, AMBOS coincide con estos postulados<sup>14</sup>, destacando, respecto a estos últimos juristas, que más allá de las discrepancias públicas, eran igualmente conservadores y autoritarios<sup>15</sup>. A todo esto, podemos desde el sur global agregar que el nazismo se sustentaba también en una concepción del mundo imperialista y colonialista europeo; la diferencia, claro, es que en esa oportunidad las prácticas ocurrieron fronteras adentro y no en la lejána África o en la exótica Asia.

<sup>14</sup> AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 17.

<sup>15</sup> AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 99.

Ahora bien, con el ascenso del nazismo, la doctrina penal se dividió entre las llamadas Escuela de Marburgo y Escuela de Kiel. La primera, de tradición neokantiana, liderada por SCHWINGE y ZIMMERL, puso a esta doctrina al servicio de la ideología nacionalsocialista, al igual que otros autores como MEZGER y WOLF. En lo que aquí interesa, todos ellos defendían la existencia de un bien jurídico, aunque estaban tan cargados de la ideología nacionalsocialista que este se limitaba y sintetizaba en la protección de la comunidad. La Escuela de Kiel, en cambio, construyó una auténtica dogmática penal nazi. No fueron tecnócratas al servicio del nazismo<sup>16</sup>, sino una “fuerza de choque jurídica”<sup>17</sup>. Sus dos máximos representantes fueron GEORG DAHM (discípulo de GUSTAV RADBRUCH) y FRIEDRICH SCHAFFSTEIN (discípulo de ROBERT VON HIPPEL), dos jóvenes conservadores e interesados por la teoría de CARL SCHMIDT que abrazaron el nazismo y tuvieron un ascenso maratónico coincidente con la reforma universitaria de ese entonces.

Más allá de ciertas diferencias dogmáticas, ZAFFARONI explica que estos autores coincidían en que “la esencia del delito se halla en la *violación del deber* en lugar del primado previo de la *lesión de un bien jurídico*, que atribuían a la tradición iluminista, cuya superación definitiva consideraban que era la tarea del nacionalsocialismo”<sup>18</sup>. También suprimían la contraposición individuo-comunidad a través de un razonamiento organicista o sistémico: el individuo vale solo como miembro de la comunidad<sup>19</sup>. De esta manera, se pasaba de un derecho penal de acto a uno de autor<sup>20</sup>, considerándose al delincuente un verdadero traidor al pueblo y ponderándose como modélica la estructura omisiva.

Asimismo, AMBOS coincide con esta tesitura, señalando que la “comunidad del pueblo” era entendida, sintéticamente, como raza y sangre, y se transformaba en el fundamento del derecho penal

<sup>16</sup> La función del neokantismo genera un contrapunto entre AMBOS y ZAFFARONI. El primero critica que el argentino identifique a esta corriente *lato sensu* como legitimadora de la doctrina penal nazi y que no haga una distinción entre sus autores. Al respecto puede consultarse el capítulo cuarto de su obra. Sin ingresar en esa discusión, es dable señalar que AMBOS no yerra en afirmar que efectivamente ciertos importantes dogmáticos neokantianos se habían exiliado con el ascenso del nazismo (RADBRUCH, MAYER, GRAF ZU DOHNA y VON WEBER, entre otros).

<sup>17</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 198.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 213.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 214.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 218.

nacionalsocialista<sup>21</sup>. Esta concepción del delito como mera violación al deber y no como afectación a un bien jurídico implicaba, además, la unidad del derecho con la moral, con un orden ético popular<sup>22</sup>, una "etización total del derecho penal"<sup>23</sup>.

¿Es la ética nazi un oxímoron o una mera repulsión? Lo cierto es que, a diferencia de la versión popularizada y de los propios argumentos de los acusados en los juicios de Núremberg, los nazis no fueron iuspositivistas. Kelsen no era su ejemplo porque, entre otras cosas, era demócrata y judío (en todo caso, podían rastrear sus orígenes jurídicos en el espíritu del pueblo de SAVIGNY<sup>24</sup>). La Escuela de Kiel criticaba, precisamente, la separación del "ser" del "deber ser", porque el individuo no tenía más que deberes para con la comunidad a la que pertenecía. A raíz de estos razonamientos, se diluía también la idea de culpabilidad y se le daba al juez amplias facultades para interpretar las leyes y mayor responsabilidad a la hora de garantizar los valores de la comunidad popular.

Como corolario, en cuanto a la influencia filosófica, el principal garante ideológico de Kiel fue, sin lugar a dudas, CARL SCHMITT<sup>25</sup>, resultando sugestivo que, ante la acusación de ZIMMERL (de la Escuela de Marburgo), DAHM negase rotundamente influencia alguna de la fenomenología de HUSSERL (de origen judío)<sup>26</sup>.

## **E) ¿CÓMO SE CASTIGABA EN ÉPOCAS DEL NAZISMO?**

Repasemos lo visto hasta aquí. Los ejes del derecho penal nazi, al servicio de esa ideología, fueron los siguientes: la eliminación de todo individuo extraño a la comunidad popular, la confusión de derecho y moral o etización del derecho (aunque no necesariamente de una moral judeo-cristiana, porque el nazismo era pagano o, cuando menos, anticristiano), el sometimiento absoluto del Poder Judicial al Führer y la

<sup>21</sup> AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 36.

<sup>22</sup> AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 78.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 230.

<sup>24</sup> AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 40.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 235, y AMBOS, *Derecho penal nacionalsocialista*, p. 181.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi*, p. 233.

utilización de penas y medidas de seguridad como profilaxis política e higiene racial.

A partir de ello, la primera respuesta a cómo se castigaba en esos momentos previos a la *solución final* son claros: a través del Estado moderno, del derecho, del Poder Judicial, aunque sin los “resabios” de la Ilustración; es decir, sin respeto a los principios de lesividad, culpabilidad o legalidad. BAUMAN explica muy bien el Holocausto, pero sus enseñanzas también se aplican para esa época anterior que aquí nos atañe: el derecho positivo, tanto en su dimensión material como procesal, en lugar de proteger a las personas, fue un instrumento del horror.

Esto último merece una aclaración. Hemos postergado, y no soslayado, una característica crucial del derecho penal nacionalsocialista que, con el inicio de la guerra, fue profundizándose. Además de las leyes escritas y promulgadas, como el Código Penal o las Leyes de Núremberg que establecían ilícitos concretos, existía el llamado *Führerprinzip* (*Führerworte haben Gestzes Kfrat*: las palabras del Führer tienen fuerza de ley), a partir del cual los jueces debían sujetarse a las instrucciones de Hitler (independientemente de por donde fueran comunicadas), así como también interpretar de acuerdo a sus ideas. Esto se debe a que el Führer era el portavoz e intérprete último del espíritu del pueblo alemán, del *Volksgemeinschaft* y, por ende, de las normas que lo regían. Como hemos visto, además, en ciertas ocasiones Hitler intervenía directa y personalmente.

Para poder llevar a cabo este plan, el nazismo se valió no solo de los tribunales penales ordinarios, sino también de otros creados al efecto: la Corte del Pueblo (*Volksgerichtshof*), con competencia exclusiva en casos considerados políticos, y los tribunales especiales llamados *Sondergerichts* para efectivizar las leyes de Núremberg. No resulta paradójico, a esta altura, que estos tribunales se fundaran en principios de celeridad procesal y oralidad, como contracara de los extensos procedimientos escritos de entonces.

Nuevamente, no debe olvidarse que la burocracia persigue la eficacia, que no se detiene en la moralidad de los fines o los medios. Esto hizo necesario, por ende, nombrar en el lugar adecuado a personas comprometidas con el régimen que cumplieran las órdenes impartidas sin hesitación alguna. Para 1935 esto no encontró mayores escollos. Las Leyes de Núremberg implicaron una segregación concreta e inmediata, pero ya en 1933 se había restringido la cantidad de estudiantes judíos en las escuelas y universidades alemanas y, en el mismo mes, más leyes

restringieron drásticamente la "actividad judía" en las profesiones de la medicina y del derecho. Más temprano que tarde, primero en ciudades puntuales y luego a lo largo y ancho del país, se prohibió a los judíos trabajar en asuntos jurídicos (los gitanos y negros directamente no tenían acceso). Poco a poco todos los funcionarios públicos fueron de ascendencia aria y, aun en ese caso, debían dar muestras públicas de que se esforzarían en cumplir las nuevas prerrogativas. Esto implicaba, mínimamente, afiliarse al partido. En el caso del Poder Judicial en particular, paralelamente a la centralización puesta de resalto, en 1942 el Gobierno envió "cartas a los jueces" impartiendo instrucciones acerca de las "líneas generales" a que debían ajustarse.

Como puede advertirse, toda persona que no reuniese las condiciones de la sociedad del futuro fue expulsado del espacio público y, con el inicio de las hostilidades, también invadidos en su espacio privado (fronteras que todo fascismo diluye). Paulatinamente, y frente al estancamiento moral de la mayoría de la sociedad alemana y mundial, estas personas fueron desprovistas de todos los derechos que las hacían tales e ingresadas en una efectiva y cruel maquinaria judicial cuyo fin, allende leyes, principios y pruebas, era su destrucción.

Para ilustrar todo esto, para entender cómo se castigaba en el derecho penal nacionalsocialista, luce prudente apelar a la interpretación que hace SARTRE de *El proceso*, de KAFKA, en *Reflexiones sobre la cuestión judía*: "como el héroe de la novela, el judío está empuñado en un largo proceso: no conoce a sus jueces, apenas conoce a sus abogados; ignora qué se le reprocha y, no obstante, sabe que se le tiene por culpable [...] ciertos hombres lo prenden, lo arrastran, pretendiendo que ha perdido su proceso, y lo asesinan en un terreno baldío de los arrabales"<sup>27</sup>.

## F) ¿QUÉ O QUIÉN ES EL QUE CASTIGABA?

Se habrá advertido a esta altura de la exposición que esta no presenta una cronología lineal. Aquí iremos al final del nazismo, al descubrimiento y juzgamiento del horror, y luego, de un salto mayúsculo, al presente. Dicho ello, la primera pregunta cuya respuesta debemos esbozar es "¿en qué se transformaron los nazis cuando castigaron como castigaron?"

<sup>27</sup> SARTRE, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, p. 82.

So riesgo de caer en un lugar común, diremos que la solución depende del contexto, ya que no podrá negarse que los jueces del nazismo pasaron de héroes del Reich a villanos de la humanidad en un abrir y cerrar de ojos. En el citado *The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.* de 1945, conocido como "Juicio de los jueces" de Núremberg, las fuerzas aliadas acusaron y condenaron a 16 jueces y abogados responsables del montaje jurídico que aplicó las leyes de higiene racial y condenó a miles de personas a confinamiento en los campos de concentración. Efectivamente, los casos referenciados fueron usados como pruebas del accionar delictivo, ilegal, de estos juristas que, paradójicamente, aplicaron la legislación y los principios del nacionalsocialismo.

Siguiendo a BAUMAN, estos jueces no fueron más que un engranaje de la maquinaria humana-tecnológica más despiada que se haya conocido. Este análisis no implica deslindarse de un examen ético, pero el nazismo es una trampa en este sentido: los jueces castigaron convencidos y justificados en un deber ser. Por eso nos quedamos con una verdad circunstancial, tal vez la única posible, con ese paso del tiempo que descubre y construye el pasado. No necesitamos apelar a una "esencia" de la humanidad ni a valores inmutables para comprender que desde el "Juicio de los jueces", en Alemania, Argentina o cualquier parte del globo, cuando los jueces del nazismo castigaron a judíos, polacos, gitanos y también alemanes no afines o con una discapacidad, no fueron verdaderos jueces, sino criminales, que lo que hicieron no puede calificarse, bajo ningún supuesto, de justicia.

El "Juicio a los Jueces"; qué, quiénes, cómo y por qué se castigó desde el Estado durante el nacionalsocialismo constituye un caso extremo que llama a la reflexión. Sin embargo, también hay una enseñanza tan inmediata como ese castigo: la forma en que esos mismos jueces fueron castigados. Concretamente, ¿en qué se transformaron las fuerzas aliadas cuando castigaron a los nazis como los castigaron?

Mucho se ha escrito al respecto. Repasarlo, incluso someramente, excedería con creces el fin propuesto en este texto. Recordemos, solamente, que aunque fueron previstos expresamente en el inc. c, del art. 6, de la Carta de Londres, los crímenes contra la humanidad no fueron una figura jurídica independiente de las restantes, sino que para ser castigados debían estar vinculados a los crímenes contra la paz o de guerra. Por ello, los casos reseñados datan de 1939 en adelante. Todas las vejaciones, persecuciones raciales, religiosas y políticas perpetradas estaban limitadas a delitos cometidos contra la población nacional o de los territorios ocupados.

Asimismo, aunque esto permitió el juzgamiento de los jueces del nazismo, abrió la puerta a importantes críticas contemporáneas entre las cuales se encontraban personalidades eminentes como Kelsen y Arendt. Más cercano en el tiempo, y habiendo advertido las consecuencias en el derecho internacional, Zolo expresa que por la manera y características del juzgamiento, los Juicios de Núremberg y Tokio fueron una justicia de los vencedores que, a la postre, generó un sistema dualista de justicia internacional.

Sintéticamente, Zolo señala las siguientes deficiencias: a) ausencia de autonomía e imparcialidad; b) violación del derecho de hábeas corpus y de los derechos subjetivos de los imputados (específicamente la irretroactividad de la ley penal, la falta de respeto de la igualdad ante la ley, la carencia de reglas procesales previas y la desproporcionalidad de la pena), y c) la pena, tanto en su tipo (muerte) como en su filosofía (expiatoria y retributiva), ya que prácticamente no se analizó la culpabilidad de los imputados y las penas se ejecutaron automáticamente sin apelación<sup>28</sup>. Por todo ello, para el autor “el sentido profundo del proceso de Núremberg (y del de Tokio) no fue ‘hacer justicia’. Hacer justicia significa tratar de interrumpir la secuencia política de la división, el odio y el derramamiento de sangre, para desarticular el conflicto e intentar exorcizarlo a través del uso de medios judiciales”<sup>29</sup>.

Zolo adopta una postura rebatible en ciertos aspectos. No obstante, ¿cómo soslayar que la Carta de Londres se firmó dos días después de la bomba de Hiroshima y dos días antes de Nagasaki? ¿Cómo rehuir de los gulags y la masacre de Katyn? La lectura de *El diario de Ana Frank* no debe conllevar el olvido de *La estepa infinita*. Además, el autor acierta en que a partir de la Segunda Guerra Mundial, más allá de los crímenes de lesa humanidad, del Holocausto, se adoptó una concepción, una evaluación ético-política de las “causas de la guerra”, que define negativamente la idea de “agresión” y que dio lugar, con el tiempo, a la posibilidad cada vez más explícita de que exista una “agresión justa”, que existan casos en los cuales es justo, bueno, correcto, iniciar una guerra<sup>30</sup>.

Los jueces nazis pasaron de héroes a villanos. Quienes los juzgaron, al hacerlo, ¿acaso no se sometieron a una transmutación similar?

<sup>28</sup> Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 165 a 167.

<sup>29</sup> Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 182.

<sup>30</sup> Zolo, *La justicia de los vencedores*, p. 22.

¿Qué nos dice el silencio del derecho internacional oficial? ¿Qué nos dicen el Tribunal Russell sobre Vietnam y los Tribunales Internacionales de Opinión? Héroes o villanos. ¿Para quién? ¿Por qué?

## G) CONCLUSIÓN

Tal y como plantea BAUMAN varios años después, Otto Dietrich zur Linde, el personaje de *Deutsch Requiem*, no pretende ser perdonado porque no hay culpa en él, pero quiere ser comprendido<sup>31</sup>; esto es, su actitud fue racional. Tampoco es un monstruo, y nos señala, a todos y a todas, sus elevados gustos: lee a Shakespeare y Schopenhauer, escucha a Brahms. Su cultura es universal y nos interpela desde la normalidad: "sepa quien se detiene maravillado, trémulo de ternura y de gratitud, ante cualquier lugar de la obra de esos felices, que yo también me detuve ahí, yo el abominable"<sup>32</sup>.

Por otro lado, como se ha puesto de resalto al analizar la ideología nacionalsocialista, Dietrich zur Linde reconoce que "para el alto fin que nos congregaba, no éramos individuos"<sup>33</sup>. Y destaca, sin tapujos, que "el nazismo, intrínsecamente, es un hecho moral, un despojarse del viejo hombre, que está viciado, para vestir el nuevo"<sup>34</sup>. Finalmente, tras su condena, como un eco de nuestros últimos párrafos, afirma que "se cierne ahora sobre el mundo una época implacable. Nosotros la forjamos, nosotros que ya somos su víctima. ¿Qué importa que Inglaterra sea el martillo y nosotros el yunque? Lo importante es que rija la violencia, no las serviles timideces cristianas"<sup>35</sup>.

(¿BORGES sintetiza nuestro texto o nuestro texto es una explicación del cuento de BORGES? Este es el único interrogante que podemos responder con seguridad: siempre es preferible leer a BORGES.)

Rememorar los Juicios de Núremberg, salvarlos del olvido, traerlos de nuevo a la memoria, puede entrañar valiosas enseñanzas para la función judicial. Comprender, al menos, qué se castiga, con qué fundamentos y bajo qué condiciones hace a la percepción de la figura del juez y de la propia persona que imparte justicia, de si esta se

<sup>31</sup> BORGES, *El Aleph*, p. 104.

<sup>32</sup> BORGES, *El Aleph*, p. 104.

<sup>33</sup> BORGES, *El Aleph*, p. 105.

<sup>34</sup> BORGES, *El Aleph*, p. 107.

<sup>35</sup> BORGES, *El Aleph*, p. 110 y 111.

transforma en un garante de los derechos humanos o en parte de un sistema de punición injusto. Ya no se trata de una cuestión geopolítica, sino de la labor diaria. El día a día de los tribunales, las audiencias sucesivas, las monumentales pilas de expedientes, el incesante repiqueteo de los teclados, el crepitar y rasgar de las hojas, el rugido de las impresoras, la vocinglería continua; esas imágenes y ese ruido hacen olvidar, muchas veces, que el juez es tal cuando juzga, que no existe previamente al momento en que dicta sentencia, que es porque decide, y que la forma en que resuelve lo configura como funcionario y como persona, que sus decisiones trascienden las paredes blancas de los tribunales.

CHRISTIE, siguiendo a BAUMAN, lo ha puesto de resalto hace mucho tiempo al analizar el sistema penitenciario de los Estados Unidos, al destacar que una penología cargada de cálculos de probabilidades y distribuciones estadísticas aplicadas a poblaciones, una política penal que no se ocupa del castigo ni de la rehabilitación de individuos culpables, sino de identificar y organizar grupos indisciplinados, una institución carcelaria que no es más que una parte del sistema productivo, y la utilización de argumentos “científicos”, especialmente médicos, como la lucha contra las drogas, provocan un avance en la misma dirección que los campos de concentración o, más precisamente, los gulags soviéticos<sup>36</sup>.

CHRISTIE cuenta con un argumento sólido: en Estados Unidos la segregación racial o étnica no es una posibilidad sino una realidad, dado que el 25 % de los hombres latinos y negros están presos. Sin embargo, este dato contradice, en parte, su teoría. En el mismo prólogo de esa obra, ZAFFARONI señala que es innegable que la sociedad industrial brinda la ocasión del holocausto, pero que resulta difícil coincidir con la linealidad de CHRISTIE, al menos en tiempos cercanos o medianos plazos. “No es el simple desarrollo industrial lo que provoca el holocausto [explica], sino el desarrollo industrial en un país con una cultura profundamente racista y siempre que tenga cerca minorías a las cuales destruir”<sup>37</sup>. Por ende, el modelo estadounidense no es automáticamente exportable y menos aún universalizable<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> CHRISTIE, *La industria del control del delito*, p. 165 a 167.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, “Prólogo”, en CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 15.

<sup>38</sup> ZAFFARONI, “Prólogo”, en CHRISTIE, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 17.

A decir verdad, es el mismo BAUMAN quien destaca que la posmodernidad (o modernidad líquida), al eliminar los metarrelatos y potenciar la individualización, invalidan la posibilidad de que un Estado occidental sea capaz de utilizar el racismo o el antisemitismo como fundamento para una ingeniería social a gran escala. No obstante, la proliferación de discursos ultraconservadores y racistas, aun cuando sean minoritarios, son una llamada de atención. Puede que la postura de CHRISTIE o del propio ZAFFARONI de la “masacre por goteo”<sup>39</sup> no sean del todo convincentes, pero no por ello deben ser meramente descartadas o soslayadas. Debemos tener cuidado con este odio, que es un odio a los débiles, ya que como bien refiere SARTRE, los judíos eran odiados a pesar de ser hombres desarmados y poco temibles<sup>40</sup>, una “raza inferior”. Como un fantasma que recorre Occidente, el holocausto enciende las alarmas. Lo más aterrador “no fue la probabilidad de que nos pudieran hacer ‘esto’ sino la idea de que también nosotros podíamos hacerlo”<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI, *Derecho penal nacionalsocialista, continuidad y radicalización*, 1ª ed., trad. J. R. BÉGUELIN - L. DÍAZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ARENDT, HANNAH, *Ensayos de comprensión 1930-1954, escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, 1ª ed., trad. A. SERRANO DE HARO, Madrid, Caparrós, 2005.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Modernidad y holocausto*, 6ª ed., trad. A. MENDOZA - F. OCHOA DE MICHELENA, Madrid, Sequitur, 2011.
- BORGES, JORGE LUIS, *El Aleph*, 1ª ed., Buenos Aires, DeBolsillo, 2011.
- *Ficciones*, 10ª ed., Buenos Aires, DeBolsillo, 2015.
- CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, 2ª ed., trad. S. COSTA, Buenos Aires, Del Puerto, 1993.
- SARTRE, JEAN-PAUL, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, 1ª ed., trad. J. BIANCO, Buenos Aires, DeBolsillo, 2015.
- WEBER, MAX, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., 2ª reimp., trad. J. M. ECHAVARRÍA y otros, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL E., *Doctrina penal nazi*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2017.
- *La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar*, 1ª ed., 3ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2017.
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores, de Núremberg a Bagdad*, 1ª ed., trad. E. ROSSI, Buenos Aires, Edhasa, 2007.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, *La palabra de los muertos*, p. 518.

<sup>40</sup> SARTRE, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, p. 43.

<sup>41</sup> BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, p. 181.