

# **EL ESTADO DE DERECHO Y LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES COMO FRENOS CONTRA LA BARBARIE**

**Dr. Ricardo C. Pérez Manrique**  
**Presidente de la Suprema Corte de Justicia**

## **SUMARIO**

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- LA NOCHE DE LOS CRISTALES ROTOS DESDE LA MIRADA DE LAS VÍCTIMAS
- 3.- ¿QUÉ DERECHO ESTÁN OBLIGADOS A APLICAR LOS JUECES (El Derecho, la Justicia y la crisis del positivismo)
- 4.- EL JUICIO DE NUREMBERG
  - 4.1.- La acusación contra los jueces
  - 4.2.- La defensa de los jueces en el proceso
  - 4.3.- La justificación del juicio y de la sentencia
  - 4.4.- La trascendencia del Juicio de Nuremberg para la humanidad
  - 4.5.- La fórmula Radbruch: la injusticia extrema NO ES DERECHO
- 5.- EL PODER JUDICIAL (PODER CONTRA MAYORITARIO) Y LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES COMO LÍMITES A LA TIRANÍA
- 6.- REFLEXIÓN FINAL

## **1.- INTRODUCCIÓN**

Desde sus orígenes, el régimen de Hitler se apresuró a implementar políticas antisemitas.

La segregación radical de los judíos se oficializó el 15 de setiembre de 1935, con la aprobación de las denominadas Leyes de Nuremberg, entre las que se destacaron: la Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Alemán, la Ley de Ciudadanía del Reich, la prohibición de relaciones sexuales y el matrimonio entre los ciudadanos de sangre alemana o afín y los judíos, la privación de la ciudadanía alemana a los judíos, la prohibición de practicar ciertas profesiones (por ejemplo: la medicina) y la supresión del derecho al voto.

La “Noche de los cristales rotos” constituyó una serie de linchamientos y ataques combinados ocurridos en la Alemania nazi (comprendiendo también a Austria) durante la noche del 9 al 10 de noviembre de 1938, dirigidos contra ciudadanos judíos por las tropas de asalto de las SA junto con la población civil, mientras que las autoridades alemanas observaban sin intervenir.

Los responsables nazis presentaron estos ataques como una reacción espontánea de la población tras el homicidio de Ernst vom Rath (tercer secretario de la Embajada alemana en París) el 7 de noviembre de 1938 por un joven judío polaco de origen alemán (Herschel Grynszpan), atentado que perpetró porque sus padres habían sido deportados a Polonia en condiciones miserables.

Pero, en realidad, los destrozos y los atentados fueron ordenados por el Adolf Hitler (canciller del Reich), fueron organizados por Joseph Goebbels (ministro de propaganda) y fueron cometidos por miembros de las SA, de las SS, de las Juventudes Hitlerianas, de la Gestapo y de otras fuerzas de la policía.

Los ataques dejaron las calles cubiertas de vidrios rotos pertenecientes a los escaparates de las tiendas y a las ventanas de los edificios de propiedad judía.

Al menos, 91 ciudadanos judíos fueron asesinados durante los ataques y otros 30.000 fueron detenidos y, posteriormente, deportados en masa a campos de concentración.

Las casas de la población judía, así como sus hospitales y sus escuelas fueron saqueados y destruidos por los atacantes, demoliéndolas con mazos.

Más de 1.000 sinagogas fueron quemadas y más de 7.000 tiendas de propiedad de judíos fueron destruidas o seriamente dañadas.

La noche de los cristales rotos fue seguida por una persistente persecución política y económica a la población judía y es considerada por los historiadores como parte de la política racial de la Alemania nazi y el paso previo del camino sin retorno hacia el Holocausto.

## **2.- LA NOCHE DE LOS CRISTALES ROTOS DESDE LA MIRADA DE LAS VÍCTIMAS**

Helga Ralation, que tenía entonces 14 años, recuerda así lo que vivió y presencié esa triste noche:

*"Fue una noche horrible, podíamos oír cómo rompían ventanas, cristales, pero no miramos. No encendimos las luces. No queríamos llamar la atención hacia nuestra casa. Cuando nos levantamos al día siguiente encontramos que habían quemado las sinagogas. Todo estaba cubierto de cristales, habían entrado por la fuerza en todas las tiendas judías y todos los cristales estaban rotos. Mucha gente fue detenida aquella noche, mucha. Pero nosotros tuvimos suerte. Mi padre no fue detenido en aquella ocasión. Había gente en la casa de enfrente. No les conocía. Quiero decir que no les conocía, pero les vi. Vi al hombre, creo que era un hombre, si no recuerdo mal, y cómo lo tiraban literalmente por la ventana a la calle. Fue una escena terrible. Mis padres me apartaron de la ventana"<sup>1</sup>.*

Arnold Fleischmann, de 13 años de edad, relata que:

*"Mi padre y el señor Kahn (...) nunca creyeron que algo así fuera a ocurrir en una Alemania civilizada que creía en Goethe y Schiller. No podían imaginar que algo así pudiera pasar. Nuestra familia estaba en Alemania desde hacía más tiempo que la mayoría de los alemanes. Más de 500 años de nuestra historia habían transcurrido en Alemania. Mis ancestros paternos vinieron de España en 1492 y es posible que la familia de mi madre llevara más tiempo todavía.*

---

<sup>1</sup> BARD, Mitchell, *La noche de los Cristales Rotos*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2010, págs. 36 y 37.

*Sabíamos que nuestra historia y nuestro vínculo estaban completamente resquebrajados*<sup>2</sup>.

### **No pueden llevarse a mi padre**

Esther Gever solo tenía ocho años cuando los nazis entraron en su casa.

“Vinieron de apartamento en apartamento llamando a las puertas y sacando a los hombres. No podías oponerte. Si lo hacías, te golpeaban. Eran muy violentos. Vinieron a por mi padre. Yo me agarré a su brazo y dije: ‘No pueden llevarse a mi padre’. Añadí: ‘¿Por qué tienen que llevarse a mi padre? No se lo llevarán. No le dejaré ir. Él no ha hecho nada’.

En ese momento, uno de los hombres me cogió y me tiró contra la pared, y perdí el conocimiento. Tuve una conmoción cerebral. Cuando volví en mí, mi padre ya no estaba. Mi madre y mi abuela estaban de pie cerca de mí. Ésta tenía a mi hermana pequeña en sus brazos. Nuestro mundo se derrumbó por completo. No teníamos alternativa. No estábamos solas, pero el dolor era sencillamente insoportable. ¿Dónde se lo han llevado? No lo sabíamos. Tres semanas después, aún no sabíamos dónde estaba. Después de tres semanas, nos dijeron que estaba en Dachau. Recibimos la primera postal. No nos decía nada, porque todo estaba censurado y algunas frases estaban tachadas, sólo decía que estaba bien, que nos echaba de menos y que nos quería. Aún siento pavor cuando alguien llama a la puerta”<sup>3</sup>.

### **Tirémosla a las llamas**

Úrsula Rosenfeld tenía trece años y vivía en Quackenbrack.

“Fui al colegio como cada día, y estaba sentada en mi aula. Recuerdo que estábamos en clase de francés y, de repente, empezamos a oír unos ruidos muy raros y entonces vimos llamas y empezó a oler a quemado. Todos los niños

---

<sup>2</sup> BARD, Mitchell, *La noche de los Cristales Rotos*, ob. cit., pág. 87.

<sup>3</sup> BARD, Mitchell G., *La noche de los cristales rotos. Historia oral del horror que antecedió al Holocausto*, págs. 96 y 97.

salieron de sus aulas a la calle. Había montones de gente en la calle. Y vi que la sinagoga estaba ardiendo. No sé qué pasó con la familia que vivía debajo, creo que ya se los habían llevado detenidos. Pero fue aterrador. Habían tirado todas sus pertenencias a la calle, todo roto. Había un cochecito de bebé hecho pedazos, una muñeca, y de repente salieron dos hombres de uniforme con la Torá. Se pusieron a bailar en la calle, porque tenía una especie de campanillas y les pareció muy gracioso. Agitaban esas campanillas. La gente se reía y gritaba, y entonces me vieron y dijeron: '¡Ahí hay otra judía! ¡Tirémosla a las llamas!'. Fue un momento que no olvidaré en la vida (...)

En el aire se respiraba incertidumbre ante lo que estaba pasando. Fue el fin de mi época escolar. Y también de mi vida familiar. No me daba cuenta, pero fue el fin de todo, al menos de toda mi infancia”<sup>4</sup>.

### ¿Cómo se llegó a tanta barbarie?

### **3.- DERECHO Y LOS JUECES EN TIEMPOS DEL NAZISMO (El Derecho, Justicia y la crisis del positivismo)**

Los positivistas jurídicos concebían a ley como una manifestación de la autoridad del Estado; era ley porque el Estado había decretado que así era. Y, consecuentemente, el Estado soberano no podía ser obligado por órdenes morales, en función de las cuales pudiese medirse la justicia o no de las leyes.

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

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

La frecuente producción de nuevas normas y la singular interpretación y aplicación de la legislación precedente —a partir de principios axiales de ideología

<sup>4</sup> BARD, Mitchell G., *La noche de los cristales rotos. Historia oral del horror que antecedió al Holocausto*, ob. cit., págs. 177 y 178.

nacionalsocialista— fueron determinantes para que el pueblo judío fuese “legal” y paulatinamente desposeído de sus derechos.

Se trataba de normas que, aunque injustas, resultaban formalmente válidas, ya que emanaban del Parlamento y eran aplicadas por jueces competentes.

Zygmunt Bauman en “Modernidad y Holocausto” señala el rol fundamental que cumplió esta ley en la reacción del pueblo alemán contra los judíos:

“La política de Hedrich de aislar moral y socialmente a la minoría judía de la mayoría de la población se puso en práctica sin mayores protestas por parte de la gente porque la parte de la población judía que habría estado en contacto con sus vecinos alemanes o bien no estaba incluida en la creciente discriminación o se la iba aislando de ella paso a paso. Sólo después de que la legislación discriminatoria hubiera obligado a los judíos a asumir el papel de parias sociales, absolutamente privados de cualquier comunicación social normal con la mayor parte de la población, se pudo empezar a poner en práctica la deportación y el exterminio sin que temblara la estructura social del régimen”

### **En este escenario fue posible “La Noche de los Cristales Rotos”.**

El Estado de Derecho se encontraba en retirada sustituido por la vigencia de un orden jurídico inspirado en la discriminación racial a partir de la presunta superioridad de la denominada raza aria.

El Derecho Penal de acto en la concepción liberal se convirtió en derecho penal de autor en función de las características personales del imputado: origen racial ser judío o gitano, pensamiento político, discapacidad física o mental, preferencia sexual.

Este asalto a la dignidad humana encuentra distintas respuestas desde los ámbitos que institucionalmente deben poner límites a los desbordes inconstitucionales. Centralmente el sistema judicial, el sistema político y la opinión pública.

El sistema político es el núcleo en el cual se asentó el nazismo para quedarse con el poder y una brutal maquinaria propagandística se hizo cargo de conquistar adhesiones, con el discurso de un destino supuestamente manifiesto de grandeza nacional y bienestar para la población.

Pero el sistema judicial fue factor clave al no ejecutar su cometido contramayoritario como eslabón último de los controles institucionales.

¿Cuál fue en realidad el papel jugado por la mayoría del sistema de justicia de Weimar, con fuerte impronta imperial y que reclutaba sus integrantes fundamentalmente en el ejército?

Como afirma Roberto Pérez Gallego "Constitución derecho y poder judicial en la República de Weimar":

"En 1933 la mayoría de los jueces alemanes saludarán con alegría la llegada de Hitler al poder y así desfilarán en 1933 "*dichosos y sinceros*" y empleando "*toda su experiencia*" hacia el fascismo al que se pasaban en masa.

Las asociaciones judiciales fueron con frecuencia promotoras del partido y tuvieron una gran participación en la transferencia de la justicia de Weimar al estado hitleriano. El consejo de la presidencia de la Federación Judicial alemana (...), hizo en fecha 17 de marzo de 1933, una declaración en la cual ponía toda su confianza en Hitler, constatando que el juez alemán había sido siempre nacional y consciente de su responsabilidad. Y en junio de 1933 tuvo lugar la integración corporativa de todas las asociaciones judiciales en la Federación de juristas alemanes nacionalsocialistas (BSJD).

Sin perjuicio obviamente de la existencia de excepciones.

Es así que se condenó a muerte sin pruebas en ejecución de los designios del régimen.

Se avaló la discriminación racial.

Se dispuso la esterilización de miles de personas por eventual discapacidad.

Se condenó a personas por su pensamiento político u origen racial.

El Derecho nacionalsocialista sustituyó al Derecho penal Liberal, por el camino quedaron las enseñanzas de notables juristas alemanes y todo el anclaje doctrinario que inspiró la Constitución de la República de Weimar de 1919, precedida por la Constitución de Querétaro México que el próximo año cumple un siglo desde su promulgación.

Este breve análisis permite entender por qué fue posible la Noche de los Cristales rotos, en un país en que regían las tristemente célebres leyes de Nuremberg fundamentación normativa del segregacionismo racial, las fuerzas del orden ya captadas observaron pasivamente la destrucción y martirización de las víctimas.

El día siguiente mostró a todo el sistema alineado en el racismo y la destrucción: se impidió a las compañías de seguros reparar los daños y las propias víctimas, ultrajadas en su dignidad humana, debieron limpiar los destrozos. Sólo se juzgó a los violadores por tener relaciones sexuales con mujeres judías.

#### **4.- EL JUICIO DE NUREMBERG**

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

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

La Segunda Gran Guerra se diferenció de todas las anteriores, en cualquier período histórico, porque no solamente afectó a soldados empeñados en matarse para conquistar o defender posiciones, sino que Alemania, la nazificada, rompió todos los esquemas y principios bélicos al añadir en sus planes expansionistas la eliminación de seres humanos considerados tanto enemigos del pueblo alemán como de la raza, mediante el exterminio masivo y usando el poder para el sometimiento de la población alemana primero y europea después.

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

Se crean figuras legales como los Crímenes de Guerra o Contra la Humanidad para condensar de forma legible los crímenes cometidos contra la población civil y contra prisioneros de guerra desarmados; se penaliza nominalmente a quienes



rebasan todos los principios que diferencian al ser humano de la bestia, amparándose en el poder y en el miedo de sus víctimas.

El juicio de Nuremberg fue, posiblemente, el intento más desarrollado de ofrecer una respuesta jurídica a uno de los desafíos más terribles al que se haya enfrentado la humanidad, y constituyó una semilla de la cual surgieron tribunales internacionales como el de Ruanda, el de la Antigua Yugoslavia y, más recientemente, el Tribunal Penal Internacional.

#### **4.1.- LA ACUSACIÓN CONTRA LOS JUECES**

*"El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista"<sup>5</sup>.*

Con estas palabras, el Tribunal, en el mes de abril del año 1949, emitió un dictamen sombrío y preocupante: los abogados y los jueces son capaces de cometer crímenes horribles, que se extienden, incluso, hasta el asesinato en masa, aun cuando sus comportamientos sean vistos como actuaciones jurídicas realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales.

Los juicios de Nuremberg demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no solo con relación a los crímenes de guerra, sino también en cuanto a la administración de la ley en contra de los propios habitantes de un país.

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

Asimismo, condenaron a personas acusadas de mantener relaciones sexuales, por tener, alguna de ellas, ascendencia judía. Estos jueces, sabedores de que las leyes raciales establecidas por el nazismo resultaban incompatibles con los

---

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

derechos fundamentales de sus víctimas, igualmente impusieron injustas condenas. Se trataba de la participación consciente de la crueldad y de la injusticia, en violación de las leyes de la humanidad, canalizada mediante la utilización de un sistema organizado por el gobierno nacional, perpetrada en nombre de la ley e instrumentada a través de los tribunales.

#### **4.2.- LA DEFENSA DE LOS JUECES EN EL PROCESO**

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

En esta línea argumentativa, expresaron que:

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

El tribunal de Nuremberg les imputó a los acusados haber pervertido el sistema legal con el fin de convertirlo en un instrumento de brutalidad. Consecuentemente, concluyó que los acusados cometieron el delito de asesinato judicial, mediante la utilización del sistema judicial, resultando insuficiente alegar el cumplimiento de órdenes recibidas por parte de sus superiores.

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

positivismo sobre la premisa de que ante todo hay que cumplir las leyes, situación esta que dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto.

En este mismo sentido, sostuvo que *“donde no hay ni siquiera un intento de la justicia, donde la igualdad, el núcleo de la justicia, es traicionado deliberadamente por la expedición de la ley positiva, entonces la ley no es más que ‘la ley defectuosa’, careciendo por completo de la naturaleza misma de la ley”*<sup>6</sup>.

Se plantearon cuatro objeciones sobre el juicio de Nuremberg bajo el aspecto material.

La primera objeción fue el argumento de la ignorancia, sobre la cual se manifestaba que los acusados desconocían las atrocidades que se estaban perpetrando, incluso en los asuntos que eran de su incumbencia directa.

La segunda objeción fue el argumento de la obediencia, el cual se reducía a considerar que pese a que los acusados eran conscientes de los actos que se llevan a cabo, no eran responsables, ya que su papel se reducía a cumplir órdenes emanadas de autoridades superiores, atendiendo a la estructura jerárquica del Estado Nazi. Es decir, se practicó lo que se denominaba como “la reductio ad Hitler”, en función de la cual solo él sería el responsable final y único de todas las órdenes que se dieron en el Tercer Reich.

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

Y el cuarto argumento es el que se conoció como “tu quoque” (tú también), por el cual si se debía juzgar y condenar a los acusados en Nuremberg, ¿no se debía hacer lo mismo con las potencias aliadas? El motivo de esta alegación era que también estos países habían llevado a cabo excesos y crímenes contra la

---

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav, *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*. En la obra colectiva *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971.

humanidad, como, por ejemplo, los bombardeos que destruyeron varias ciudades alemanas, como fue el caso del bombardeo de Dresde.

Para refutar estas defensas, en el alegato final del juicio, el fiscal Robert Jackson expresó:

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

### **4.3.- LA JUSTIFICACIÓN DEL JUICIO Y DE LA SENTENCIA**

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

De manera que un proceso debía y debe respetar las garantías procesales que caracterizan a un Estado de Derecho, así como también los derechos de los acusados. En tal marco, era y es necesario el cumplimiento de requisitos mínimos e irrenunciables, entre los cuales se pueden mencionar que los acusados sean juzgados por un tribunal pre constituido de acuerdo con normas existentes con anterioridad a sus acciones, evitándose, entre otras cuestiones, la aplicación de normas penales desfavorables dictadas con posterioridad a la comisión de los hechos bajo juzgamiento.

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

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

Lo paradójico de la cuestión es que los nazis, quienes habían dejado de lado por completo el principio de legalidad, lo invocaban en estas circunstancias en su defensa, mientras aquellos que los juzgaban por su arbitrariedad tenían la dificultad de encontrar en la legalidad vigente un punto donde sostener las acusaciones. No obstante estos planteos —que procuraban restar legitimación a la constitución del tribunal y a las normas aplicables—, cabe expresar que los

acusados fueron condenados por delitos que se encontraban tipificados en las leyes de los Estados civilizados.

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

La guerra de agresión es un crimen de derecho internacional desde el Acuerdo de Briand-Kellogg en el año 1928, y los delitos contra la humanidad ya estaban previstos por el derecho internacional, aunque fuese en forma de costumbre y de principios generales, implicando la preexistencia de principios jurídicos que prohibían y sancionaban los actos llevados a cabo por el nazismo.

De igual manera, resultaba posible superar la objeción fundada en el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, considerando para ello la vigencia del derecho natural y la convicción de que el régimen nazi fue ilícito desde sus orígenes y que continuó siéndolo durante todo su desarrollo.

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

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

El Tribunal de Nuremberg se constituyó por la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado. En el Art. II "c", se consideró que los crímenes contra la humanidad eran "las atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados al asesinato, al exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación y otros actos inhumanos cometidos contra una

población civil, o la persecución política, racial o religiosa, en violación o no a las Leyes nacionales del país donde los mismos hubieren sido perpetrados”<sup>7</sup>.

#### **4.4.- LA TRASCENDENCIA DEL JUICIO DE NUREMBERG PARA LA HUMANIDAD**

El efecto de Nuremberg se notó con fuerza en 1950, cuando la Comisión para el Desarrollo del Derecho Internacional estableció siete principios conocidos como los “Principios de Nuremberg”, los cuales, básicamente derivaban del Estatuto por el que se estableció el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg.

Estos principios fueron: 1) el principio de responsabilidad personal; 2) la prioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional; 3) la inexistencia de inmunidad basada en la teoría de los actos de soberanía; 4) la inexistencia de inmunidad por razón de orden superior; 5) el derecho a un procedimiento justo; 6) la definición del crimen contra la paz, del crimen de guerra y del crimen contra la humanidad; y 7) la complicidad como crimen contra el derecho internacional.

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

#### **4.5.- LA FÓRMULA RADBRUCH: LA INJUSTICIA EXTREMA NO ES DERECHO**

Gustav RADBRUCH, quien, en sus orígenes y antes de la Segunda Guerra Mundial, se encontraba inclinado hacia el positivismo jurídico, modificó su posición después de los horrores del Holocausto, en razón de las atrocidades cometidas por el injusto sistema jurídico nazi durante la guerra. Ello, en la medida en que esta obediencia ciega a las leyes injustas le dio un manto jurídico a la barbarie que sufrieron las personas consideradas no arias. En ese contexto, la formación de los abogados en el positivismo jurídico y la doctrina de la

---

<sup>7</sup> Cita realizada en la discordia del suscrito extendida en la sentencia N° 20/2013 de la Suprema Corte de Justicia.

separación estricta de la ley y la moralidad también constituyeron campo fértil para las atrocidades que se vivieron en esa época.

Así, este autor redefinió su posición sobre la seguridad jurídica, expresando que si bien la seguridad jurídica forma parte de la justicia, cuando las normas alcanzan un nivel de injusticia extrema, de manera que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelve una cuestión intolerable, ahí dejan de ser ley.

Después de estos antecedentes, se enuncia la fórmula de Radbruch, según la cual: "(...) *El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia*"<sup>8</sup>.

Robert ALEXY, actualiza la terminología de la fórmula de Radbruch, manifestando que: "*Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas*". "*La extrema injusticia no es Derecho*"<sup>9</sup>.

El mal y la violación de los derechos humanos son inaceptables, no se puede aceptar ni justificar de manera alguna, por más que se pretenda afirmar la banalidad del mal conforme expresión de Hanna Arendt.

## **5.- EL PODER JUDICIAL (PODER CONTRA MAYORITARIO) Y LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES COMO LÍMITES A LA TIRANÍA**

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de independencia constituye una derivación del principio de separación de poderes, emanado del art. 233 de la Constitución de la República.

<sup>8</sup> RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Traducción. J. Medina Echevarría. Cuarta Edición. Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S. L. Granada, 2008, pág. 57.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín*, Doxa 23, 2000, págs. 197 a 230.



Conforme a lo que dispone el art. 1 de la ley 15.750 (Ley de la Judicatura y de Organización de los Tribunales), el Poder Judicial y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo son independientes de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Con palabras que resulta muy ilustrativo recordar por su claridad, Charles Louis de Sécondat, quien pasó a la historia por su título nobiliario de Barón de MONTESQUIEU, expresó:

*"En el Estado en que un hombre solo, o una sola corporación de próceres, o de nobles del pueblo administrase los tres poderes, y tuviere la facultad de hacer las leyes, de efectuar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas, todo se perdería enteramente"<sup>10</sup>.*

En esta misma línea de pensamiento, se consagró en la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 la importancia de:

*"Que los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado deber ser separados y distintos del Judicial..."*.

También es particularmente claro el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual reza:

*"Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de Poderes, carece de Constitución"*.

No puede olvidarse que el pilar fundamental de la separación de poderes también estuvo presente en el espíritu de las Instrucciones del Año XIII. De esta manera, pues, se previó en formula análoga a la que se empleó en la Declaración de Derechos de Virginia 37 años antes, refiriéndose al Gobierno Federal de las Provincias Unidas y al Gobierno Provincial:

*"5. Así este como aquél se dividirá en poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.*

*6. Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí, y serán independientes en sus facultades"*.

Con su clásica profundidad de pensamiento, el Maestro COUTURE expresa:

---

<sup>10</sup> Charles Louis de Sécondat, Barón de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, 1748.

*"El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez..."<sup>11</sup>.*

*"La garantía de independencia del juez tiene su apoyo en el principio de la división de poderes.*

*Si el juez es dependiente en el orden material, en el orden moral o en el orden funcional del Poder Ejecutivo, los poderes del Estado no son tres sino dos. El Judicial deja de contar como poder"<sup>12</sup>.*

El Maestro también ponía de relieve que:

*"(...) El problema de la independencia es un problema político, porque sólo cuando el juez es independiente sirve a la justicia por sí misma. Cuando no es independiente podrá, eventualmente, servir a la justicia; pero entonces la sirve para algo que no pertenece a la justicia misma (temor interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.)"<sup>13</sup>.*

*"El día que los jueces tienen miedo, ni un solo ciudadano puede reposar tranquilo (...)"<sup>14</sup>.*

Refiriéndose a la independencia de los Jueces, CALAMANDREI expresó:

*"Diríase que para un magistrado es más difícil mantener su independencia en tiempos de libertad que en tiempos de tiranía.*

*En régimen de tiranía el juez, si está dispuesto a ceder, lo hace en una sola dirección. La elección es simple, servilismo o conciencia.*

*Pero en tiempos de libertad, cuando distintas corrientes políticas soplan en todos los lados, el juez se encuentra expuesto como un árbol en la cumbre de la montaña. Si el tallo no es sólido, corre el riesgo de inclinarse al soplo de cada uno de los vientos"<sup>15</sup>.*

<sup>11</sup> COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3ª edición, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2003, págs. 21 y 22.

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, ob. cit., pág. 61.

<sup>13</sup> COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, ob. cit., págs. 61 y 62.

<sup>14</sup> COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, ob. cit., pág. 110.

<sup>15</sup> CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces. Escrito por un abogado*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 200.

No es ocioso relevar que las principales virtudes que debe poseer el juez son la libertad en el pensar y en el actuar, la imparcialidad ante influencias externas (ajenas al Poder Judicial), internas (provenientes del Poder Judicial) o íntimas (las derivadas de sus propias pasiones, prejuicios, pre conceptos, rechazos o sensibilidades), y recién en segundo plano viene el adecuado dominio de la ciencia jurídica. Estas premisas inspiraron el pensamiento de los primeros constituyentes y suponen un legado que no debe olvidarse ni desconocerse en nuestros días.

## 6.- REFLEXIÓN FINAL

Como expresa Hannah ARENDT:

*"Ya no podemos permitirnos recoger del pasado lo que era bueno y denominarlo sencillamente nuestra herencia, despreciar lo malo y considerarlo simplemente como un peso muerto que el tiempo por sí mismo enterrará en el olvido. La corriente subterránea de la Historia occidental ha llegado finalmente a la superficie y ha usurpado la dignidad de nuestra tradición. Esta es la realidad en la que vivimos. Y por ello son vanos todos los esfuerzos por escapar al horror del presente penetrando en la nostalgia de un pasado todavía intacto o en el olvido de un futuro mejor"<sup>16</sup>.*

En la actualidad, por más que los organismos internacionales pertinentes dicten buenas normas, si nosotros no adoptamos como guía, cultivamos y aplicamos en nuestro relacionamiento diario con otras personas los ideales y los principios éticos y morales que subyacen a las declaraciones de derechos que se dictaron después de la Segunda Guerra Mundial, jamás tendremos y jamás seremos merecedores de vivir en la sociedad y en el mundo mejor que tanto anhelamos.

Y frente a la transgresión de las normas (que ocurre con más frecuencia de lo deseable), el Poder Judicial y sus jueces se erigen como un bastión y como una

---

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, julio de 1998, pág. 5.

barrera para el avance de las tiranías, de la barbarie y también como límite a la opinión mayoritaria de la población en un momento determinado, cuando esa opinión resulta contraria a los derechos humanos<sup>17</sup>.

Este recordatorio es la ocasión propicia para reflexionar sobre la necesidad de que la Democracia Republicana, el Estado Constitucional y Social de Derecho funcionan adecuadamente en la medida que cada institución cumpla su rol establecido en las respectivas constituciones.

Es por ello que la Ley Fundamental de Bonn, con la lesión aprendida de Weimar, establece en la justicia constitucional mecanismos de resolución de conflictos entre órganos estatales o federales y en el ámbito de los derechos fundamentales, un orden de valores que vincula directamente a todos los poderes estatales, que no ha sido creado por la Constitución, y cuyo último fundamento se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental (Pérez Gallego, obra citada).

En ese marco es al sistema judicial, a sus jueces y juezas, a quienes corresponde ejercer el rol de garantizar los derechos humanos ante cualquier ataque.

Los sistemas judiciales deben estar en condiciones de actuar con efectiva autoridad y con coraje cuando se realizan intentos de atacar esa reserva indisponible de derechos que hacen a la dignidad humana y a la esencia del Estado Democrático Social de Derecho.

Los sistemas judiciales son inherentes a la República y el Estado de Derecho que puede sintetizarse como el régimen jurídico en que todas las personas,

---

<sup>17</sup> Como sostiene FERRAJOLI, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella. El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría. En este sentido, expresa: “De forma distinta las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado ‘esfera de lo no decidible’ (qué sí y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre -de los derechos de libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría,... como derecho inviolable, indisponible, e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción” (FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, págs. 32 y 55; citado en la sentencia N° 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia).

instituciones y fundamentalmente el propio Estado están sometidos a la norma constitucional, no es tal sin un sistema judicial independiente.

El Poder Judicial debe ser independiente tanto en el espíritu de sus jueces o juezas como en la disposición de los medios técnicos, materiales y de infraestructura imprescindibles para su actuación.

De lo contrario estamos ante la barbarie.

En palabras que no se pueden mejorar y cuya validez axiológica resulta indiscutible, COUTURE sostiene:

*"(...) el juez es el centinela de nuestra libertad. Cuando todo se ha perdido, cuando todos los derechos han caído, cuando todas las libertades han sido holladas, cuando todos los derechos han sido conculcados, siempre queda la libertad mantenida por el juez. Pero el día en que el juez tenga miedo, sea pusilánime, dependa de los gobiernos, de las influencias o de sus pasiones, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo, porque ya no queda más derecho en esa pobre patria así perdida"<sup>18</sup>.*

**Nunca más la barbarie, es necesario nuevamente afirmar la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos como compromiso y opción de vida y como un límite infranqueable en cualquier circunstancia.**

---

<sup>18</sup> COUTURE, Eduardo, J., "La buena fe en el proceso civil", en *Revista de Derecho y Ciencias Jurídicas*, Perú, 1947, págs. 24 a 26.