

**EL JUICIO PRINCIPAL DE NUREMBERG:
UNA REFLEXIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

POR MARÍA MERCEDES RUBIO

Directora: Alejandra Silvia Ronsini

Tesis para optar al título de Magíster en Derecho y Magistratura Judicial

por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Julio de 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

CAPÍTULO I

LOS JUICIOS DE NUREMBERG. CONTEXTO GENERAL

1.1. Antecedentes del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	8
1.2. Contexto histórico mundial del Juicio de Nuremberg.....	10
1.3. Contexto jurídico del Juicio de Nuremberg.....	12
1.4. El legado de Nuremberg.....	15

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA ONTOLÓGICO

2.1. Introducción a las distintas perspectivas filosóficas del Derecho evidenciadas en Nuremberg.....	17
2.2. Argumentos de la Defensa de los jefes nazis acerca de lo que es el Derecho; y su análisis.....	21
2.2.1. Argumentos centrales de la Defensa.....	21
2.2.2. Análisis de los argumentos de la parte defensora.....	25
2.3. El concepto de derecho de la Acusación y del Tribunal en Nuremberg; y su análisis.....	28
2.3.1. Argumentos de la acusación acerca de lo que es el Derecho.....	28
2.3.2. Argumentos del Tribunal.....	31
2.3.3. Análisis de los argumentos de la Fiscalía y el Tribunal.....	35
2.4. Algunas observaciones relativas a las posturas críticas en relación al Juicio de Nuremberg.....	37

CAPÍTULO III

EL PROBLEMA GNOSEOLÓGICO

3.1. Lineamientos para delimitar qué tipo de saber jurídico se refleja en Nuremberg.....	39
3.1.1. Posturas gnoseológicas y posición de las escuelas del derecho...39	
3.2. El saber jurídico según la óptica de la Defensa en el Juicio de Nuremberg.....	43
3.2.1. Argumentos de la Defensa Técnica en Nuremberg.....43	
3.2.2. Análisis del saber jurídico para la Defensa Técnica en Nuremberg.....47	
3.3. El saber jurídico desde la posición de la Fiscalía y el Tribunal en Nuremberg..48	
3.3.1. Argumentos de la Fiscalía.....48	
3.3.2. Análisis de la posición de la Fiscalía -receptada por los Jueces- el Juicio Principal de Nuremberg.....54	

CAPÍTULO IV

EL PROBLEMA LÓGICO

4.1. Lineamientos para delimitar la lógica jurídica en el Juicio de Nuremberg.....	56
4.1.1. La lógica jurídica.....56	
4.2. La lógica jurídica desde la posición de la Defensa en Nuremberg.....	63
4.2.1. Argumentos de la Defensa.....63	
4.2.2. Análisis del modo de razonar de la Defensa.....64	
4.3. La lógica jurídica desde la posición de la Fiscalía y el Tribunal en Nuremberg.65	
4.3.1. Argumentos de la Fiscalía.....65	
4.3.2. Análisis del modo de razonar de la Fiscalía (receptados por el Tribunal en sus sentencias condenatorias).....65	

CAPÍTULO V

EL PROBLEMA AXIOLÓGICO

5.1.	Lineamientos para delimitar la cuestión axiológica en Nuremberg.....	71
5.2.	Argumentos de la Defensa de los jefes nazis a propósito de la cuestión axiológica y su análisis.....	76
5.2.1.	Argumentos centrales de la Defensa.....	76
5.2.2.	Análisis de los argumentos de la parte defensora.....	78
5.3.	Argumentos de la Fiscalía a propósito de la cuestión axiológica receptados en el fallo por el Tribunal y su análisis.....	80
5.3.1.	Argumentos centrales de la parte acusadora.....	80
5.3.2.	Análisis de los argumentos de la parte acusadora.....	84
	CONCLUSIONES.....	87
	BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTOS, ARTÍCULOS y VIDEOS DOCUMENTALES CONSULTADOS.....	90

INTRODUCCIÓN

Los Juicios de Nuremberg o, también, Procesos de Nuremberg, fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales internacionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939. De aquellos, el proceso que obtuvo mayor repercusión en la opinión pública mundial fue el conocido como Juicio Principal de Nuremberg o Juicio de Nuremberg.

Si bien existieron antecedentes e iniciativas para el establecimiento de una corte penal internacional para el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, no fue sino a partir de las aberrantes conductas en ella cometidas cuando claramente se enfrentó el jurista con la necesidad de dar con su sentencia, la solución justa para el caso, derivándola racionalmente del Derecho vigente, antes que, simplemente, limitarse a aplicar la ley positiva.

Por ello es que se reconoce en este Juicio, el comienzo de la crisis de la cultura jurídica europea continental imperante desde prácticamente la Revolución Francesa, de raigambre iuspositivista, dogmática, legalista; al advertirse, frente a la devastadora realidad del Holocausto, que el Derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su “purificación” supone desfigurarlos hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su des-humanización.¹

Justamente, este trabajo tiene por objeto desentrañar, desde una mirada iusfilosófica, el motivo de la trascendencia de aquél Juicio, la razón de este quiebre en la cultura jurídica existente, a partir del análisis de fuentes primarias; esto es, de los argumentos textuales vertidos por las partes intervinientes a lo largo del mismo.

Mediante tal examen intentaré identificar, desde la palabra concreta de acusadores, defensores y jueces, qué concepto del derecho manejó cada uno (problema ontológico); qué tipo de saber se refleja en el fallo (problema gnoseológico); si se desprende de los argumentos la existencia de razonamientos analíticos o dialécticos

¹ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, “*Ética judicial e interpretación jurídica*”, Doxa. N. 29 (2006). ISSN 0214-8876, 273-294

(cuestión lógica); y, finalmente, si se reconocen valores objetivos en el caso con algún núcleo de universalidad así como también qué principios se detectan en el mismo (problema axiológico).

Para el análisis de cada uno de estos problemas iusfilosóficos abordaré en cada uno de los capítulos, en primer término, el estado de la cuestión al momento de aquél histórico Juicio; en segundo término, los argumentos mas significativos de cada una de las partes que ilustren acerca de su postura frente al tema; y, en tercer término, el análisis de dichos argumentos a la luz de las distintas posiciones iusfilosóficas.

Vale destacar que no existe un documento oficial en español de todo lo acontecido en el juicio de Nuremberg (sólo existen actas en alemán, francés e inglés), y los expedientes del Tribunal se encuentran archivados en 22 tomos que contienen 14.638 páginas. He podido acceder al sitio internet www.nizkor.org que posee una transcripción completa del proceso en idioma inglés (sólo algunos mínimos extractos se hallan traducidos al español), razón por la cual, para el desarrollo de este trabajo, he traducido al castellano su contenido. Además me he nutrido de otras diversas fuentes directas como ser videos documentales; y también, por supuesto, artículos de doctrina que contienen transcripciones parciales.

Asimismo debo necesariamente efectuar dos aclaraciones. La primera, que no se abordarán en el presente trabajo ponderaciones que sobre el juicio se han efectuado desde otras diversas ramas del Derecho (como ser las críticas que –en muchos casos fundadamente- aquél mereció de doctrinarios del Derecho Penal e Internacional Penal). La segunda, que el objetivo señalado se abordará a partir de los conocimientos adquiridos en las materias relativas a Filosofía del Derecho durante la carrera de grado y la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial cursada en la Universidad Austral.

Finalmente cabe mencionar en esta introducción que he identificado importantes abordajes del Juicio de Nuremberg desde un enfoque filosófico², así como que el mismo

² Entre los mas destacables se encuentra la publicación de H. Arendt “Eichmann en Jerusalén” (Ed. Lumen, 2000, 3ª edición) donde además de la crónica de ese juicio, la autora intenta desentrañar lógica del mal del Holocausto, a través de la personalidad y conducta de Eichmann; así como también el grado de participación de grupos de judíos en el exterminio. Asimismo, la obra de Emmanuel Lévinas (vid “Ética e infinito”, A. Machado Libros, S.A., Madrid), quien tras la Segunda Guerra Mundial en la que estuvo en prisionero, cuestiona la filosofía de su maestro Heidegger, asociando la “Ontología” con la voluntad de poder, el ateísmo y el egoísmo; y propone una “ética del otro”, del encuentro cara a cara con el otro, como filosofía primera. Su postura fue seguida, por ejemplo, por Joan-Carles Melich, en “La lección de Auschwitz”, Ed. Herder, 2004.

constituye un ejemplo de importancia constante en las materias universitarias vinculadas a la Filosofía³ y a la Historia. Sin embargo, desde una óptica distinta, considero que el matiz diferenciador del presente, el aporte que mediante este trabajo se pretende reside, como lo he expresado, en que he analizado las argumentaciones concretas vertidas por las partes durante el Juicio a partir la traducción de las actas del debate; lo que considero permite vislumbrar claramente cuál es la solución a que en definitiva se arriba frente a hechos límites como los de la Segunda Guerra Mundial dependiendo del lugar desde el que el jurista se posicione frente al Derecho. Y ello, en definitiva, coadyuvará a comprender el por qué este Juicio histórico es considerado por juristas y filósofos, como un punto de inflexión en la cultura jurídica existente hasta su el momento de su celebración.

³ En esta Casa de Estudios, por ejemplo, los Dres. Rodolfo Vigo, Juan Cianciardo, Rafael Nieto Navia, Eduardo Roberto Soderó, entre muchos otros, aluden al Juicio de Nuremberg tanto en el dictado de sus clases como en numerosas publicaciones y ponencias relativas al concepto de Derecho para las distintas posturas filosóficas

CAPÍTULO I

LOS JUICIOS DE NUREMBERG. CONTEXTO GENERAL

Aquí, como en Auschwitz y en muchos otros lugares de Europa, estamos desbordados por el eco de los lamentos de tantos corazones dolientes. Hombres, mujeres y niños, nos gritan desde las profundidades del horror que experimentaron. ¿Cómo podríamos dejar de hacer caso a sus gritos? Nadie puede olvidar o ignorar lo que pasó. Nadie puede infravalorar su alcance.

Deseamos recordar. Pero deseamos recordar con un propósito: principalmente asegurar que nunca más prevalecerá el mal, como ocurrió para millones de inocentes víctimas del nazismo.

JUAN PABLO II⁴

1.1. Antecedentes del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Para comenzar la labor cabe destacar que se reconocen en la historia moderna otras iniciativas anteriores a Nuremberg, de someter a juzgamiento graves crímenes contra la humanidad cometidos en el contexto de conflictos bélicos supranacionales, las que, sin perjuicio de su escasa repercusión posterior, vale la pena repasar dado que su espíritu era, como también ocurrió en Nuremberg, que fuera un tribunal el actor de una solución justa para el caso.

El mas antiguo tribunal penal internacional *ad hoc* parece haber sido un órgano judicial formado por jueces procedentes de Alsacia, Austria, Alemania y Suiza en 1474 para juzgar a Peter de Hagenbach por homicidio, violación, robo, perjurio y otros delitos “en abierta violación a las leyes de Dios y del hombre”, durante su ocupación de la ciudad de Breisach. A raíz de la rebelión de las ciudades del Alto Rin contra su tiranía, Hagenbach fue juzgado por las atrocidades cometidas durante la ocupación de Breisach. Fue declarado culpable de crímenes de guerra y decapitado. Su juicio por un tribunal *ad hoc* del Sacro Imperio Romano en 1474 fue el primer reconocimiento "internacional" de la obligación de los comandantes de tener que actuar según la

⁴ Cfr. Juan Pablo II (Karol Josef Wojtyła), *Discurso en el memorial del Holocausto de Israel*, 23 de Marzo de 2000, <http://constitucionweb.blogspot.com/2010/10/discurso-del-papa-juan-pablo-ii-en-el.html>

legalidad vigente. Fue declarado culpable de crímenes que: "él como caballero que es, tiene el deber de prevenir". Se defendió alegando que solo cumplía órdenes del duque de Borgoña, a quien el Santo Imperio Romano había dado Breisach. A pesar de que no hubo un uso explícito de la doctrina de responsabilidad de mando, es este juicio visto como el primero basado en este principio.⁵

Otro antecedente se encuentra en 1872, y fue iniciativa de Gustav Moynier, uno de los fundadores del Comité Internacional de la Cruz Roja, quien tras el estallido de la guerra franco-prusiana, impresionado por la atrocidades cometidas por ambos bandos, propuso la constitución, por medio de un tratado, de una Corte Penal Internacional para impedir las violaciones a la Convención de Ginebra de 1864 y procesar a los responsables de las atrocidades cometidas por ambos bandos durante la guerra franco-prusiana de 1870. La Jurisdicción de este órgano debía activarse automáticamente en caso de conflicto entre las partes. El presidente de la Confederación Helvética debería elegir tres jueces neutrales y los Estados beligerantes, otros dos. Durante las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 la propuesta de Moynier fue unánimemente descartada por los principales juristas internacionales de la época.⁶

También de relevancia, es el antecedente que constituye el tribunal internacional penal integrado por representantes de las potencias vencedoras al finalizar la Primera Guerra Mundial, instituido por el Tratado de Versalles con el fin de penar "la ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados" vulnerada por una guerra injusta. Ante dicho Tribunal debía comparecer el Kaiser Guillermo II; pero al negarse Holanda a entregarlo cuando éste se refugió en sus territorios, lo dispuesto no se pudo ejecutar.⁷ En relación a las demás personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra, de una lista inicial de 896, el gobierno alemán reconoció 45, y de éstas sólo fueron juzgadas 12 y condenadas 6 a penas muy leves en los llamados "procesos de Leipzig". Sin embargo, a pesar de los exiguos resultados, el Tratado de Versalles reconoció que los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra deben ser juzgados por los tribunales internacionales; y la Comisión sobre la

⁵ Cfr. Gramajo, Juan Manuel, *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2003, 49

⁶ Cfr. Keith, Christopher, *La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*, artículo de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 31-03-1998

⁷ Cfr. Fierro, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 2ª Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1997, 103

Responsabilidad de los Autores de la Guerra y de la Ejecución de las Penas opinó que “es deseable que para el futuro se apliquen sanciones penales contra graves ultrajes, contra los principios elementales del derecho internacional”.⁸

1.2. Contexto histórico mundial del Juicio de Nuremberg

Para tener dimensión de la trascendencia que tuvo someter a los principales jefes nazis a un proceso penal cabe tener en cuenta también el contexto histórico en que se llevó a cabo el Juicio.

A partir de 1942, los gobiernos de las potencias Aliadas anunciaron su determinación de castigar los criminales de guerra nazis. El 17 de diciembre de ese año los líderes de Estados Unidos, Gran Bretaña, y la Unión Soviética hicieron pública la primera declaración colectiva que reconoció el exterminio masivo de los judíos europeos y resolvió procesar los responsables por la violencia contra civiles.

Entre los vencedores, existía un grupo cuyo deseo, al conocer de las atrocidades nazis, era el de aplicar la justicia militar y fusilarlos de inmediato. Otro, cuya posición prevaleció, pensaba que los criminales debían ser llevados a una corte penal internacional que marcaría un hito en la historia y dejaría un registro de la barbarie nazi.

La Declaración de Moscú de octubre de 1943, firmada por el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, el primer ministro inglés Winston Churchill, y el líder soviético Josef Stalin, afirmó que en la ocasión de un armisticio, las personas consideradas responsables de crímenes de guerra serían mandadas al país en el cual los crímenes habían sido cometidos y ahí juzgados según las leyes de la nación interesada. Los grandes criminales de guerra, cuyos crímenes no podrían ser asignados a ningún lugar geográfico, serían castigados por decisiones tomadas en conjunto por los gobiernos Aliados. El juicio contra los principales oficiales alemanes (entre ellos Goering, Hess y Von Ribbentrop) ante el Tribunal Militar Internacional, fue el más importantes de la posguerra, y ocurrió en Nuremberg ante jueces que representaban a las potencias Aliadas.⁹

⁸ Cfr. Gramajo, Juan Manuel, *El estatuto de la Corte Penal Internacional...*, 53

⁹ Cfr. "Juicios de crímenes de guerra". Artículo extraído de la Enciclopedia del Holocausto. Derechos reservados - United States Holocaust Memorial Museum, Washington, D.C., <http://www.eumed.net/libros/2007c/329/Tribunal%20de%20Nuremberg.htm>

El Presidente Truman dijo al respecto: “Las leyes de Dios y del hombre fueron violadas, y ese crimen no puede quedar impune”.¹⁰

Finalmente, el 8 de agosto de 1945, cuando ya se había acabado la guerra, ante las numerosas denuncias relacionadas con masacres ejecutadas por los nazis en Polonia, Checoslovaquia y otros países europeos ocupados en la Segunda Guerra Mundial, se firmó en Londres el acuerdo entre los 26 países que habían intervenido en ella contra Alemania, por el que se decidió la creación de un Tribunal Internacional Militar. En el mismo se suscribió el Acuerdo para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de los Países Europeos del Eje, y se sancionó la Carta del Tribunal Militar Internacional anexa, en la cual se establecieron una serie de principios de máxima importancia. Entre ellos nació la famosa distinción entre “crímenes contra la paz”, “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad”.¹¹

Se designó al magistrado de la Corte Suprema estadounidense Robert Jackson como Fiscal General de los Estados Unidos, con la misión de lograr un consenso entre las potencias vencedoras para lograr un acuerdo para el marco de un juicio a los principales criminales de guerra. Se le encargó que se tratase de “un juicio real, no un *show*. Un juicio en el que se pudiese liberar al acusado, si la evidencia demostraba su inocencia”.¹²

Se escogió la ciudad de Nuremberg para llevar a cabo el Juicio. Desde allí, los líderes Nazis habían desafiado a los líderes de los países vecinos, y se consideró correcto que todo muriese donde había nacido. Una de las pocas estructuras casi intactas de esa ciudad era el antiguo Palacio de Justicia. Se temía algún atentado por parte del pueblo alemán lo que motivó fuertes medidas de seguridad por parte de las potencias aliadas; pero éste reaccionó con una indiferencia casi total¹³. El pueblo alemán estaba devastado y sus ciudades en ruinas. Buscaban algo para comer, un trozo de jabón.¹⁴

¹⁰ Cfr. Video documental “*Nuremberg: Tyranny on Trial*”, (TV 1995), Director: Don Horan, Escritores: Norman Stahl, Jerome Alden, con la participación de Whitney Harris, William E. Jackson and Joseph E. Persico

¹¹ Cfr. Fierro, *La Ley Penal y el Derecho Internacional...*, 113

¹² Cfr. Video documental: “*Nuremberg: juicio...*”, citado

¹³ En el mismo sentido, Arent en su obra señala que durante el juicio a Eichmann el pueblo alemán se mostró indiferente, sin que, al parecer, le importara que el país estuviera infestado de asesinos de masas, ya que ninguno de ellos cometería nuevos asesinatos por su propia iniciativa; sin embargo, si la opinión mundial —o, mejor dicho, lo que los alemanes llaman *das Ausland*, con lo que engloban en una

Mientras el juicio, que duró más de once meses, se desarrollaba, el orden mundial se modificaba drásticamente. En una coincidencia increíble, el mismo día que la parte acusadora concluyó con el caso, Winston Churchill pronunció el discurso de la cortina de hierro en Missouri, que marcó el inicio de lo que se llamó “la guerra fría”. Eso era justamente lo que los nazis acusados esperaban que pasara: que en algún momento el occidente se diera cuenta de que sus verdaderos enemigos no eran los alemanes sino los comunistas. Y el discurso de Churchill pareció confirmar su opinión lo que los llevó a pensar que realmente, en este punto, no serían condenados.¹⁵

La deliberación duró un mes y el primero de octubre de 1946 se dictó la sentencia por la que se condenó a 19 criminales de guerra, 11 de los cuales recibieron pena de muerte, y se absolvió a tres de los acusados.¹⁶

1.3. Contexto jurídico del Juicio de Nuremberg

Desde el punto de vista jurídico, por aquellos tiempos y desde el siglo XIX imperaba en la Europa continental una cultura que concebía al Derecho como un dogma. El derecho era lo contenido por la ley positiva, y por tanto el Juez, mediante un silogismo, debía aplicarla, sin lugar a una mirada valorativa acerca de su contenido.

Como expresaba Kelsen de modo contundente: “La realidad jurídica, la existencia específica del derecho, se manifiesta a sí misma en un fenómeno que suele designarse con el nombre de positividad del derecho. El objeto específico de la ciencia jurídica es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, meta de la política. Así como la conducta real de los individuos puede corresponder o no a las normas del derecho positivo que la regulan, el derecho positivo puede corresponder o no a un derecho ideal, que se presenta como encarnación de la justicia o derecho “natural” o justo... La teoría pura del derecho no considera su objeto como una copia mas o

sola denominación todas las realidades exteriores a Alemania— se empeñaba en que tal es personas fueran castigadas, los alemanes estaban dispuestos a complacerla, por lo menos hasta cierto punto (ob. cit., 16)

¹⁴ Cfr. Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

¹⁵ Cfr. Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

¹⁶ Cfr. Gramajo, Juan Manuel, *El estatuto de la Corte Penal Internacional*, 66

menos imperfecta de una idea trascendente. No pretende concebir el derecho como reacción de la justicia, o como criatura humana de un progenitor divino. La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente, excluyendo a esta última de su objeto específico”.¹⁷

En esta inteligencia, cuando tras la segunda guerra mundial se resuelve juzgar a los máximos jefes nazis, el gran tema era como acusar a los líderes del aparato nazi: ninguno había disparado, torturado o participado directamente de las acciones; no se habían ensuciado las manos. Y no había ninguna corte internacional para ese entonces. No había marco jurídico, no había jueces, no había salas. Los instrumentos estadounidenses para condenar a un conductor ebrio eran mas completos que para los crímenes de guerra, por lo que había que empezar desde cero.¹⁸

Por ello, la legitimidad del Tribunal estuvo en entredicho desde el primer momento, al no existir precedentes concretos similares en toda la historia del enjuiciamiento universal. Fue para el Juicio de Nuremberg que se definieron los conceptos sobre delitos anteriormente ausentes o vagamente definidos, como el de crimen contra la humanidad, evocado en la Convención de La Haya de 1907.

La Carta de Londres o Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional fue el documento que fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron los Juicios de Nuremberg. Aquella, publicada el mismo día de la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, expresó: “se creará un Tribunal Militar Internacional para, aplicando los principios de justicia e inmediación, enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo”¹⁹.

Un abogado del Ministro de Guerra llamado Murray Bernays recibió la tarea de crear una filosofía para el juicio. A él se le ocurrió la teoría de la conspiración según la cual el movimiento nazi no era solo una organización política sino una conspiración diseñada para apoderarse de las tierras de los países vecinos, para quitarle sus riquezas,

¹⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios, Unidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, VII

¹⁸ Cfr. Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

¹⁹ Cfr. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>

su población, y para exterminar a los judíos. Esta conspiración implicaba que al estar en la dirigencia nazi se era cómplice de conspiración criminal.²⁰

Se acordó formular tres tipos de cargos contra los reos. Primero el incitar a la guerra de agresión (crimen contra la paz). Luego, los crímenes de guerra comunes; y por último, crímenes contra la humanidad. También se acusó por la participación en la ejecución de un plan común o conspiración para cometer estos crímenes.

El juicio alcanzaría una dimensión sin precedentes con la declaración de que el aparato nazi, la represión y agresión también sería procesado. Esto incluía la dirigencia del partido Nazi, el alto mando, el gabinete del Reich, la GESTAPO, las SS con sus cientos de miles de miembros, y los camisas marrones de las SA con unos 4.5 millones e miembros.²¹

Para este primer Juicio principal, cada potencia aportó una lista con los nombres de los que consideraban debían ser juzgados; acordándose finalmente llevar a juicio a 22 prisioneros.

En relación al aspecto procesal, se tomó del sistema anglosajón el hecho de que un fiscal se enfrentara a un abogado defensor. Y luego del sistema continental, la idea de que fueran unos jueces los que recibieran la evidencia y decidieran, en vez de un jurado. Era un híbrido entre ambos sistemas.

En punto a la actividad probatoria, durante el desarrollo del juicio hubo 38.000 declaraciones juradas firmadas por 155.000 personas que fueron enviadas al Tribunal, se recibió declaración a 22 testigos, y cientos de miles de documentos fueron presentados por la Fiscalía. A su vez, se grabó todo lo ocurrido en el juicio y toda la prueba que se pudo volcar electrónicamente²². La mayor parte de la prueba ofrecida por la Fiscalía estaba conformada por documentos recolectados por los ejércitos aliados en

²⁰ Cfr. Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

²¹ Cfr. Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

²² Es interesante mencionar que el idioma se presentaba como una traba en el procedimiento. A pesar de que las copias de los documentos ofrecidos por la Fiscalía fueron presentados en alemán, hubo inconvenientes en las intervenciones de los acusados y en sus referencias a los documentos. Fue necesario limitar el número de testigos a fin de conservar una audiencia y un procedimiento expedito de acuerdo con lo establecido por el artículo 18 de la Carta del Tribunal. Sin embargo, para el juicio la IBM propuso la utilización de un equipo de traducción simultánea en el que la firma estaba trabajando; y se convocó a los mejores traductores del mundo, que laboraban en las empresas telefónicas, lo que facilitó considerablemente la labor. Aún hoy, cabe reiterar, no existe un documento oficial traducido al español de las actas del debate.

los cuarteles militares de alemanes, edificios de gobierno y otros sitios. Algunos de estos documentos fueron encontrados en minas de sal, enterrados, escondidos en paredes falsas y en otros lugares donde los alemanes habían pretendido resguardarlos a fin de evitar su descubrimiento.

Se considera que la tipificación de los crímenes y abusos realizada por el Tribunal y los fundamentos de su constitución representaron un avance jurídico que fue aprovechado posteriormente por las Naciones Unidas para el desarrollo de una jurisprudencia específica internacional en materia de guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes en contra de la humanidad, así como para la constitución, a partir de 1998, de la Corte Penal Internacional con vocación universal y carácter permanente.

Otros doce procesos posteriores fueron conducidos por el Tribunal Militar de los Estados Unidos, entre los cuales se encuentran los llamados Juicio de los doctores y Juicio de los jueces.

1.4. El legado de Nuremberg

A partir de las leyes de Nuremberg de 1935, Jackson describió la campaña antisemita. La legislación que destruía la propiedad y los derechos civiles de los judíos. Su exclusión sistemática de la educación y de la vida social y cultural. Luego concluyó su exposición con el vandalismo, la violencia y la prisión como crímenes premeditados. Ello había sido sintetizado claramente en una frase: “Odiarías ser judío y vivir en Alemania hoy en día”. La evidencia demostró que la destrucción militar no fue suficiente para los nazis; sino que también había planes con el objetivo de aniquilar sistemáticamente a los intelectuales, la nobleza y el clero; siendo que los judíos y gitanos también perdieron 6 millones y 500.000 vidas respectivamente.

Además de su valor histórico, la herencia mas importante de este Juicio son, sin duda, los principios filosóficos que se reconocieron en el mismo y el cambio de paradigma en la concepción del Derecho, lo que sirvió de base para la redacción de numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos así como para la posterior creación de otros tribunales penales internacionales (Ruanda, Yugoslavia y Corte Penal Internacional).

Desde la perspectiva iusfilosófica, el jurista volvió a preguntarse si el Derecho, era sólo lo contenido en la letra de la ley, como sostenían las posturas positivistas del siglo XIX, o bien si existía alguna juridicidad dada; un contenido de “Derecho válido” cuya existencia nunca puede negarse, aún cuando la ley positiva no lo contenga o incluso lo contraríe.

¿Debe el jurista buscar sólo la aplicación de la ley positiva al caso concreto, o debe buscar la solución mas justa? ¿Dónde se encuentra el Derecho plenamente válido, si es que este existe? ¿Qué es saber el Derecho? En definitiva: ¿Debía absolverse a los jerarcas Nazis por estar amparados en las leyes positivas del Tercer Reich?

Durante este juicio histórico, de cara a los aberrantes sucesos acontecidos en la Segunda Guerra Mundial, los hombres de derecho debieron transitar estas cuestiones, y, para hacerlo, reflexionaron acerca de los grandes temas de la Filosofía, dando entonces las respuestas que a lo largo de este trabajo se intentará analizar desde las fuentes primarias; ubicándose claramente entonces en una posición iusfilosófica distinta a la que venía siendo sostenida, lo que importó la crisis de la cultura decimonónica y el comienzo de un nuevo paradigma.

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA ONTOLÓGICO

La naturaleza arrastra pues instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El primero que la instituyó hizo un inmenso servicio, porque el hombre, que cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vive sin leyes y sin justicia. En efecto, nada hay más monstruoso que la injusticia armada. El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y de la virtud, que debe emplear sobre todo para combatir las malas pasiones. Sin la virtud es el ser más perverso y más feroz, porque sólo tiene los arrebatos brutales del amor y del hambre. La justicia es una necesidad social, porque el derecho es la regla de vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho.

ARISTOTELES²³

2.1. Introducción a las distintas perspectivas filosóficas del Derecho evidenciadas en Nuremberg

En este capítulo, abordaré el problema del “ser” del Derecho, en Nuremberg. Concretamente, qué es el “Derecho” para los Jueces, Defensores y Fiscales de aquél Juicio histórico: si se trata de una expresión de la razón, o de una manifestación de la voluntad soberana; si es un objeto puramente abstracto y separado de los hechos sociales y axiológicos, o si los contiene o implica. En definitiva, bajo cual de las posturas iusfilosóficas puede enmarcarse la concepción de cada una las partes.

Sintéticamente, como vengo diciendo, la tesis central de la *posición iuspositivista* que hasta entonces imperaba de modo practicamente excluyente, sostenía

²³ Cfr. Aristóteles, *La Política*, Impreso por Casa Editorial Garnier Hermanos, Traducción de Nicolás Estévez, Paris, Francia, Primera Edición 1932. Formato PDF. Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada. Elaboración de formato PDF: Lorena Ambriz Barajas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=766>

que el Derecho era el puesto por las autoridades; la norma, la ley positiva. Si no era ese, no era derecho. El Derecho aparece porque alguien decidió crearlo. Como señala Guastini “*el positivismo jurídico es, dicho muy simplemente, una concepción según la cual las normas jurídicas nacen de actos humanos de voluntad (en última instancia de actos del lenguaje) y no de cosas ni del conocimiento de las cosas*”²⁴.

Afirma esta postura que al Derecho, cuando se lo crea, se lo hace a través de una determinada estructura. Las normas existen porque hay otra norma que posibilita la creación de otra norma y así sucesivamente en forma de pirámide. La norma mas alta es una norma fundamental hipotética (“Debes obedecer al primer constituyente”), lo cual es objeto de crítica, por cuanto la primer norma tiene en definitiva, origen moral.

Los valores, para esta teoría, son algo irracional.²⁵

Estas ideas se remontan a Hobbes quien sostenía que los hombres, para superar el estado de guerra permanente, concluyen un pacto por medio del cual deciden crear un estado y poner su fuerza a disposición del Soberano, quien es el encargado de mantener la paz entre los ciudadanos, de protegerlos contra ataques exteriores, y quien establecerá las leyes necesarias que hará respetar por todos los medios que tiene en su poder. Con la creación del Estado, nace el derecho y la justicia, que se pueden definir como conformidad con la voluntad del soberano, que se manifiesta a través de leyes.²⁶

Montesquieu, si bien admite relaciones de equidad anteriores a las leyes positivas, concibe al legislador como quien las hará positivas; y a los jueces como la boca que pronuncia las palabras de la ley.

Y Rousseau, inspirándose en Hobbes, identifica a un Soberano, pero no ya con el Monarca todopoderoso (el Leviatán) sino con la nación, la sociedad política organizada, cuya voluntad promulga las leyes del Estado, designa a los que habrán de ejecutar la voluntad de la nación, administrar el Estado y hacer justicia.

Así, combinando estas tres ideas, la Revolución Francesa identifica al Derecho con el conjunto de las leyes positivas, expresión de la soberanía nacional; y reduce el

²⁴ Cfr. Guastini R., *Derecho dúctil, Derecho incierto*”, Buenos Aires, Astrea, 1985, 148

²⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1966, 19

²⁶ Cfr. Perelman, Ch, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 7, <http://www.sjamichoacan.com/wp-content/uploads/2010/08/Perelman.pdf>,

papel de los jueces al mínimo, en virtud del principio de la separación de poderes. “Juzgar” será solamente aplicar el texto de la ley a las situaciones particulares, en virtud de una decisión correcta y sin recurrir a interpretaciones que pongan en peligro de deformación la voluntad de legislador.²⁷

El positivismo jurídico surge inspirado en el positivismo filosófico –que proyectó sobre la filosofía los métodos científicos–, a partir de la ideología surgida con la Revolución Francesa, y en coincidencia con el auge de las grandes codificaciones que pretendían asegurar los valores orden, seguridad y paz para establecer las nuevas políticas liberales.

La Escuela de la Exégesis pretendió realizar el objetivo que se propusieron los hombres de la revolución: reducir el Derecho a la ley, y mas especialmente, el Derecho Civil al Código de Napoleón. Queda el Derecho así, reducido a una entidad casi mística, que es la Ley positiva como expresión de la voluntad nacional. Vale aclarar, que no era esta la concepción de ninguno de los juristas formados en el S. XVIII para quienes el derecho natural era el telón de fondo del derecho positivo.²⁸

Farrel describe que la filosofía del derecho de Kelsen se asienta sobre la base de la distinción Kantiana entre el “ser” y el “deber ser”; reconociendo entre los precursores del Círculo de Viena para la Concepción Científica del Mundo a Frege (que escribió el primer sistema completo de lógica formal), a Hume (que alegó a favor de la experiencia como instrumento del conocimiento, como el único fundamento sólido que se puede dar a la ciencia, rechazando la posición metafísica por cuanto la consideraba un estéril esfuerzo de la vanidad humana por penetrar temas inaccesibles al entendimiento) y Mach (quien tuvo en común con los positivistas lógicos su intransigente actitud de oposición a la metafísica expresando que no tenemos ninguna necesidad, para quedar satisfechos, de salir de aquello que nos es dado empíricamente).²⁹

Por su parte, Bulygin caracterizó el programa positivista con tres notas: 1) la teoría de la positividad del derecho, según la cual todo Derecho es positivo, o sea creado y aniquilado por medios humanos; 2) la concepción no cognoscitivista de normas y

²⁷ Cfr., Perelman, Ch., ob. cit., 9

²⁸ Cfr. Perelman, Ch., ob. cit., 10

²⁹ Cfr. Farrel, Martin, *La metodología del positivismo lógico*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1976, 19/31

valores (escepticismo ético); y 3) la tajante separación entre la descripción y la valoración, entre la creación y el conocimiento, entre la ciencia del derecho y la política jurídica.³⁰

Por otra parte, entre las *posturas críticas* iusfilosóficas pueden distinguirse distintas teorías, entre las que se encuentran las que provienen del marxismo y neomarxismo (Gramsci), las que vienen de la psicología (Freud, Foucault), las que tienen su origen en la filosofía (Nietzsche y los constructivistas) y las que vienen de la sociología (Baratta, Pavarini).

Básicamente aquellas suponen cuatro tesis: a) El derecho es parte del juego del poder que se da en la sociedad. El derecho se remite al poder; b) Supone dos protagonistas: los que usufructúan el poder y los que lo padecen; termina siendo un fenómeno histórico; c) Es una creación histórica no necesaria. Si no hubiese clases ni poder, no habría derecho; y d) El derecho es absorbido por la política. Ejercer derecho es hacer política; es lo mismo, en otro terreno.

Señala Atienza que la característica central de la postura crítica consiste en adoptar una perspectiva crítica (escéptica) del Derecho, pero al mismo tiempo interna, en cuanto que el Derecho es visto por estos juristas como un instrumento que puede (debe) usarse para lograr ciertas finalidades políticas³¹.

Finalmente, *la postura iusnaturalista*, (o no positivista, según Alexy³²) sostiene, en lo esencial, en relación al concepto de Derecho que: 1. hay algo “jurídico” que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o sus autoridades (tesis de la no positividad de todo el derecho); 2. la razón puede conocer dimensiones

³⁰ Cfr. Vigo, Rodolfo, *Nuevos vientos de la Filosofía del derecho*, Revista Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n° 13, 1993, 128

³¹ Cfr. Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, 2006, 48

³² Cfr. Vigo, Rodolfo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato usnaturalista)*, en PRUDENTIA IURIS N° 62/63, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Octubre 2007. Señala el Dr. Vigo que seguramente por las implicancias metafísicas o confesionales a las que tradicionalmente se vincula el rótulo “iusnaturalista”, el mismo genera resistencia y por eso, se ha extendido la abarcativa definición negativa del “no positivismo”, a la que recurre, entre otros, Robert Alexy

valiosas o exigencias éticas-jurídicas implicadas en las conductas humanas (cognitivismo ético-jurídico); 3. rechazo en la materia de la praxis humana de un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo (tesis eptistemológica); 4. no hay ideas innatas sino que el conocimiento empieza en los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia a lo concreto es insoslayable (gnoseología realista)³³.

Señala el Dr. Vigo que a la pregunta de qué es el Derecho, la respuesta del iusnaturalismo clásico, en base a los antecedentes de Aristóteles y Tomas de Aquino, en una interpretación auspiciada entre otros por Kalinowski, Graneris, Olgiati, Massini, etc. coincide en reconocer que el derecho es la “conducta” que le da al otro o no le saca lo que es suyo por naturaleza o por autoridad humana. Villey, por su parte, reconoce como definición primera u originaria del derecho a la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad, y como definición derivada al arte, profesión o actividad que determina o dilucida lo suyo de cada uno.³⁴

En lo que sin duda coinciden entonces las respuestas iusnaturalistas tanto en las mas clásicas versiones como en las modernas, es que el derecho no está constituido sólo por lo que así ha dispuesto la sociedad, sino que hay algo jurídico que vale como tal aunque ninguna autoridad lo haya reconocido; y dicha juridicidad dada o indisponible se remite a lo humano, a la naturaleza humana, a la experiencia humana.

Y, asimismo, en que el Derecho, por su misma naturaleza, requiere de la formación permanente de juicios de valor. Estos valores jurídicos existen con anterioridad al juicio mismo: precisamente la función principal de éste es reconocerlos, porque ellos –los valores- están siempre presentes en los dos grandes momentos de la dinámica jurídica: la creación y la aplicación del Derecho.³⁵

2.2 Argumentos de la Defensa de los jefes nazis acerca de lo que es el Derecho; y su análisis

³³ Cfr. Vigo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo...*, 56

³⁴ Cfr. Vigo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo...*, 56

³⁵ Cfr. Guillermo Portela, Jorge, *Una introducción a los valores jurídicos*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, 14

2.2.1. Argumentos centrales de la Defensa

Ahora bien, adentrándonos al objeto de este trabajo, haré mención a continuación a los principales argumentos de la Defensa de los acusados en el Juicio principal de Nuremberg para intentar desentrañar qué concepto de derecho manejaba esta parte.

Los defensores se basaron, en lo esencial, en que las acusaciones describían delitos que no estaban tipificados en la ley al momento de habérselos cometido. Expusieron que no habían violado sus asistidos ninguna ley, puesto que se habían regido por las leyes del estado alemán que era un estado reconocido internacionalmente. Los acusados habían cumplido entonces con el derecho positivo de un estado soberano y, en consecuencia, no se les podía imputar un delito, porque el único derecho que regía su conducta era un derecho que consideraba legal todo lo que habían hecho. Nada había por encima del derecho del estado; y el derecho del estado alemán no sólo no les prohibía hacer lo que habían hecho sino que se los ordenaba.-

Asimismo negaron los acusados la competencia del Tribunal para su juzgamiento; y pusieron de manifiesto la dificultad de aplicar leyes penales con carácter retroactivo.

La Defensa hábilmente recordó que los países acusadores mantuvieron relaciones con la Alemania de Hitler incluso durante los primeros años de guerra, tal el caso de los Estados Unidos. Las leyes raciales en Alemania ya estaban vigentes cuando se celebró la conferencia de Munich en 1938 o el pacto ruso-germano al año siguiente.

Especialmente hicieron hincapié también, en la obediencia debida y en la supuesta ignorancia por parte de los implicados en la llamada solución final.

Señalaré a continuación algunos de los párrafos de la Defensa (traducidos por mí al castellano) mas ilustrativos para el análisis del problema ontológico; aclarando que, al tratar los argumentos de las partes a lo largo de este trabajo, he subrayado aquellas frases mas relevantes a los fines del posterior análisis del la cuestión de que se trate. A modo de aclaración he de decir también que en cada tramo del los discursos que he

citado se encuentra una nota al pie con el enlace (*link*) mediante al cuál acceder a las actas de Nuremberg (en ingles), correspondientes al párrafo invocado.

En el alegato final, Goering dijo al Tribunal: “...*El señor Jackson ha dicho, además, que no se puede acusar y castigar a un Estado, sino que hay que responsabilizar a sus líderes. Parece olvidar que Alemania era un Estado soberano, y que su legislación no estaba sujeta a jurisdicción de países extranjeros. Ningún Estado se dirigió al Reich en el momento oportuno para decirle que de las actuaciones del nacionalsocialismo podían derivarse castigos o persecuciones...*”.³⁶

Por su parte, el Dr. Kranzbueller, defensor de Donitz expresó “*Más importante es la cuestión de los efectos retroactivos del cargo de "unirse a la conspiración", que ha ilustrado el fiscal británico por ejemplo, respecto de los autores del sabotaje de trenes. Esta idea de la "culpa", retroactiva a eventos pasados, es muy difícil de entender para el jurista alemán. El concepto continental de la ley se refleja en la formulación de Hugo Grocio: "Para participar en un delito que una persona no sólo debe tener conocimiento de ello, pero también la oportunidad de prevenirlo."*

Considerando que todo el concepto jurídico de la conspiración constituye a nuestros ojos una creación especial de la justicia anglosajona, entonces a éste se aplica aún más a la retroactividad de la llamada "conspiración". Una sentencia que pretenda validez internacional, que pueda ser entendida por los pueblos de Europa y, especialmente, por los alemanes, debe basarse en los principios generalmente reconocidos de derecho. Ésto, sin embargo, no es el caso con respecto a una culpa retroactiva..”.³⁷

Por su parte, el Dr. Siemers, en su defensa de Schirach, en un párrafo que resulta ilustrativo a los fines de tratar la cuestión ontológica manifestó: “*Schirach ahora no está negando en absoluto que en sus primeros años de vida estuvo por completo bajo la influencia de Hitler, que fue totalmente devoto al servicio de su idea, y que en ese momento, como se afirma en la acusación que con toda razón, se dedicó a Hitler con una lealtad incondicional.*

³⁶ Cfr. Owen, James, “Nuremberg. El mayor juicio de la historia”, Crítica, Barcelona, 2007, 330/331

³⁷ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-179-07.shtml>

Si esto fue un crimen en la vida joven de Schirach, fue un crimen que millones de mayores, más experimentados y maduros alemanes, han cometido entonces con él; entonces ustedes, como jueces, pueden condenarlo por esto, si nuestro código de ley proporciona una base legal para ello.”³⁸

Y en el tramo final de su alegato señaló: *“Ustedes son, caballeros, jueces verdaderamente soberanos, no obligados por una ley escrita, no vinculados a ningún apartado, comprometidos a servir a su conciencia solamente, y llamados por el destino a dar al mundo un orden jurídico que preserve para las generaciones futuras la paz, que el pasado fue incapaz de mantener por ellos. Un demócrata bien conocido de la antigua Alemania, el ex Ministro Dr. Kulz, dijo en un reciente artículo sobre el juicio de Nuremberg: En un Estado monárquico, la justicia se administra en nombre del rey, en las repúblicas, los tribunales pronunciar sus sentencias en el nombre del pueblo, pero, el Tribunal de Nuremberg, que debe administrar justicia en nombre de la humanidad.*

Es, en efecto, un pensamiento maravilloso para el Tribunal, un objetivo ideal, si se puede creer que su veredicto podría de hecho hacer realidad los preceptos de la humanidad y podría prevenir los crímenes contra la humanidad de todos los tiempos. Pero, en ciertos aspectos, ésta seguiría siendo una base inestable para un veredicto de la magnitud que se enfrenta. Porque las ideas sobre lo que la humanidad exige o prohíbe en los casos individuales pueden variar, dependiendo de la época, la gente, la actitud del partido de acuerdo al cual se juzga...”³⁹

Y citaré finalmente, las palabras del abogado Steinbauer, defensor de Seyss-Inquart, que también resultan ilustrativas de la posición iusfilosófica de esta parte. Aquél expresó: *“...Para el fiscal francés me gustaría citar de la historia de su país, Francia, un ejemplo de una acusación injustificada, obviamente, de conspiración. Luis XVI fue acusado de conspirar contra la nación y fue declarado culpable. El ciudadano Deseze, el 26 de diciembre de 1792, en el primer año de la República, llevó a cabo su defensa en el bar de la Convención Nacional. Su petición fue probablemente una de las*

³⁸ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-180-05.shtml>

³⁹ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-181-04.shtml>

más conmovedores jamás entregada, un discurso en el que el abogado defensor tuvo que hacer frente, al mismo tiempo con el otro peligro de la jurisdicción penal derivada de causas políticas o las pasiones políticas, es decir, contra la violación del principio jurídico "nullum crimen et nulla poena sine lege ". Sin inmutarse y sin miedo, declaró:

"Donde no hay ley que puede servir como un precepto, y donde no hay juez para pronunciar la sentencia, no se debe recurrir a la voluntad general. La voluntad general, como tal, no se puede hablar ya sea acerca de un hombre o de un hecho. Pero si no hay una ley según la cual se puede juzgar, entonces también es posible dictar sentencia, y no puede haber condena. "

Todavía encontramos hoy en día este principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege" firmemente arraigado en casi todos los libros de derecho. Lo encontramos en el alemán y en el código penal austríaco, y también lo encontramos en el derecho francés, en el artículo 4 del "Código Penal", que dice: "délit Nulle contravención nul, nul ne la delincuencia peu etre-vent de Purús Peines qui n'etaient pas prononcees la par la loi avant qu'ils comisión fussent ".

Que este principio no ha perdido nada de su importancia aún hoy en día, sino que por el contrario ha mantenido su sentido pleno...

Lo que es el derecho del hombre para los franceses debe ser necesariamente el derecho del hombre para los alemanes....

...El Derecho continental no conoce el concepto de conspiración⁴⁰.

2.2.2 Análisis de los argumentos de la parte defensora

Los acusados de Nuremberg alegaron básicamente que los jueces del caso carecían de normas jurídicas anteriores a la comisión de los hechos, tanto en lo referente a la creación del Tribunal, como a la tipificación de los delitos.

Como se advierte claramente, la Defensa de este Juicio parte en su concepción iusfilosófica, de que no hay otro Derecho que el positivo. Se plantea una ontología que

⁴⁰ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-182-08.shtml>

entiende al Derecho como una cosa, como una sustancia “físicamente puesta” que debe aplicarse al caso.⁴¹

Como no existían normas penales en el mundo, al momento de comisión de los hechos, que previeran penas para delitos como los que eran objeto del juicio (exterminio masivo de grupos, persecución de una raza, trabajos forzados que conllevaran daño a la integridad corporal o la muerte, esclavitud, esterilizaciones, entre otros), pues entonces, no correspondía su juzgamiento.

El derecho, para los acusados, era la norma positiva, la ley; y por lo tanto únicamente el Poder Legislativo alemán contaba con capacidad jurígena para crear el derecho.

Se observa una identificación de éstos argumentos con las tesis positivistas: Los intérpretes (los jueces), a la hora de solucionar el caso, deben buscar la regla o medida jurídica para éste. Entonces, si los hechos acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial que habían sido ventilados en el Juicio no encontraban su medida o ley en el ordenamiento jurídico positivo, debían permanecer impunes.

Kelsen en su “Teoría pura del Derecho”, sostiene que lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positivas, no puede formar parte de un concepto jurídico; y, en punto a la relación entre Derecho y moral, señala que es una confusión afirmar que cuando un orden social exige una conducta que la moral prohíbe, o prohíbe una conducta que la moral exige, ese orden no constituye derecho, por no ser justo, expresando que el derecho puede ser moral o no serlo, pero no es necesario que lo sea.⁴²

⁴¹ Cfr. Ollero Tessara, Andres, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989, 230

⁴² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, 76. En este sentido expresa: “Si se entiende el interrogante por la relación entre derecho y moral como una pregunta por el contenido del derecho, y no como una pregunta por su forma; cuando se afirma que, según su naturaleza, el derecho posee un contenido dentro del dominio de la moral, que el derecho es parte integrante del orden moral, que el derecho es moral, y por ende, justo por su propia esencia. En la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho –y ahí radica su sentido propio–, debe presuponer que sólo hay una moral únicamente válida; es decir: una moral absoluta, un valor moral absoluto; y que sólo las normas que corresponden a esa moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por “derecho”. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral; que identifica al derecho con la justicia.”

Y tal es el fundamento también de la Defensa en Nuremberg. Los acusados, con su argumentación, indican: no hay una moral absoluta, una moral exclusivamente válida. Como ejemplo mencionan que los Estados Unidos de América mantuvieron relaciones con la Alemania de Hitler cuando en ella ya estaban vigentes las leyes raciales⁴³. Por ello, en tal inteligencia –sostienen–, lo que ahora en este juicio se considera “malo”, es claro que no fue así ponderado en otras circunstancias, en otro momento histórico. Entonces, si se acepta que solo hay valores morales relativos (que varían según el sujeto, el tiempo, el lugar), y que lo único que sí es absoluto es “lo debido”, es decir, lo correspondiente a una norma; no podían ahora juzgarlos y castigarlos a partir de aquellos, cuando no eran receptados por la ley.

Deberían los jueces limitarse –para la Defensa técnica- a interpretar⁴⁴ las normas jurídicas dictadas por el Poder Legislativo alemán con el método silogístico, y, si no existía tal respuesta anticipada prevista en una norma, pues entonces se imponía una solución desincriminatoria de los acusados, pues, en su concepción, lo propiamente jurídico, no debería encontrarse “contaminado” por el orden político, moral, sociológico, económico, etc..

Invoca la parte en trato el principio de legalidad, cuya importancia es indiscutida en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, al negar desde su postura la posibilidad de existencia de una racionalidad idónea para el campo axiológico; expresa que se impone aceptar, con justificación en dicho principio, cualquier conducta permitida o inclusive

⁴³ Las Leyes de Nuremberg fueron una serie de leyes de carácter racial [antisemita](#) en la [Alemania nazi](#) adoptadas por unanimidad el 15 de septiembre de [1935](#) durante el séptimo ([congreso anual del NSDAP](#)) (*Reichsparteitag*) celebrado en la ciudad de [Nuremberg, Alemania](#). Fueron redactadas por el jurista y político [Wilhelm Frick](#) en su cargo de Ministro de [Interior](#) del Reich (1933-1943), bajo la anuencia de [Adolf Hitler](#) y [Julius Streicher](#) como co-autor. Frick era un reconocido antisemita y redactó estas leyes que impedían que el colectivo judío se relacionara racialmente con el pueblo alemán. No apuntaban a discriminar a la etnia semita debido a sus creencias religiosas propiamente tales (judaísmo); sino que tenían relación con la misma comunidad judía y su objetivo central era evitar implicancias raciales judías con el pueblo alemán. Quien se encargó de difundir dichas leyes fue precisamente [Julius Streicher](#), estrecho colaborador de Hitler, y su periódico [Der Stürmer](#) del cual era propietario, gracias a esta publicación, Streicher ayudó a concientizar a las masas alemanas que el judío era una [lacra](#) social insertada en el pueblo alemán y que debía ser extirpada (Léase: Exterminio) como un tumor cancerígeno, tal como se explicaba en el libro de Hitler, [Mein Kampf](#).

⁴⁴ El objeto de la interpretación jurídica era para ellos «reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley» (Savigny) o, más vulgarmente, «desentrañar el sentido de la ley según lo pretendido por el legislador»; y a tales fines debía valerse de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) que aseguraban un cumplimiento fiel del juzgador a su mandato. Cfr. Vigo, Rodolfo, *Ética judicial e interpretación jurídica*, 274

obligada por las normas positivas (como por ejemplo las leyes raciales de 1935 o los decretos de Hitler de deportación o exterminio).

Se advierte en este punto cómo la postura escéptica y relativista acerca de lo que es el Derecho, con invocación de la imposibilidad racional de demostrar que una norma deba ser válida sobre otra, acaba por justificar entonces la posibilidad de irracionalidad total en su contenido, aún cuando aquél hubiere acogido las conductas genocidas como las acontecidas durante la segunda guerra mundial.

Cabe adelantar en punto al principio de “seguridad jurídica” invocado por la Defensa que años después de Nuremberg, Gustav Radbruch, inspirándose en los sucesos que fueran su objeto así como en el caso de los guardianes del Muro de Berlín (que mataban, por orden legal, a quien intentara traspasarlo hacia la Alemania Occidental) postula que la seguridad jurídica es una forma de la justicia, por lo que tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma, que no puede resolverse de manera unívoca, sino que se tratará de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquél grado de injusticia no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia⁴⁵. Sobre esta teoría volveré al tratar la cuestión axiológica en el Juicio de Nuremberg.

2.3. El concepto de derecho de la Acusación y del Tribunal en Nuremberg; y su análisis

2.3.1. Argumentos de la acusación acerca de lo que es el Derecho

En Nuremberg hubo cuatro equipos de acusadores, en representación de las potencias que estaban realizando el juicio. A la cabeza de la parte acusadora estaba Robert Jackson. Destacaré a continuación los primeros tramos del discurso de apertura de Jackson⁴⁶, de los que puede extraerse claramente su visión del derecho:

⁴⁵ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores jurídicos*, 170

⁴⁶ Cfr. *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*; en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-02-01-sp.html>. Se deja constancia que en la página de Internet de la ONG Nizkor se encuentran archivadas la totalidad de las

“Con la venia de Su Señoría, el privilegio de comenzar el primer juicio de la Historia por crímenes contra la paz del mundo impone una grave responsabilidad. Los males que buscamos condenar y castigar han sido tan calculados, tan malignos y tan devastadores que la civilización no puede tolerar que se ignoren, porque no podría sobrevivir a su repetición. Esas cuatro grandes naciones, inflamadas por la victoria y heridas por la afrenta, deteniendo las manos de la venganza y entregando a sus enemigos capturados para ser juzgados por la ley, han hecho uno de los tributos más significativos que el Poder ha hecho jamás a la Razón.

Este Tribunal, aunque es nuevo y experimental, no es el producto de especulaciones abstractas ni ha sido creado para defender teorías legalistas. Esta investigación representa el esfuerzo práctico de cuatro de las naciones más poderosas, con el apoyo de otras diecisiete, para utilizar la Ley Internacional para enfrentarse a la mayor amenaza de nuestro tiempo- la guerra de agresión. El sentido común del espíritu humano demanda que la ley no se detenga en el castigo de pequeños crímenes cometidos por gente de poca importancia. También ha de llegar a los hombres que poseen grandes poderes y hacen un uso deliberado y concertado de éste para producir males que no dejan ningún hogar del mundo indemne. Es una causa de tal magnitud que las Naciones Unidas comparecerán ante Su Señoría.

Lo que hace que esta investigación sea importante es que estos prisioneros representan influencias siniestras que vagarán por el mundo aún mucho después de que sus cuerpos vuelvan a ser polvo. Demostraremos que son símbolos vivientes del odio racial, el terrorismo y la violencia, y de la arrogancia y la crueldad del poder. Son símbolos del nacionalismo radical y el militarismo, de la intriga y la guerra que destruyó Europa generación tras generación, aplastando a sus habitantes, destruyendo sus hogares y empobreciendo su vida. Se han identificado tanto con las filosofías que concibieron, y con las fuerzas que han dirigido, que la clemencia con ellos es una victoria y un impulso de los males vinculados a sus nombres..

(...)El 27 de febrero de 1933, menos de un mes después de que Hitler se convirtiera en Canciller, el edificio del Reichstag se incendió...Hitler, la mañana

actas del debate de Núremberg (ver índice en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/>), que se encuentran íntegramente en idioma inglés (salvo los lineamientos iniciales del Fiscal Jackson), por lo que los párrafos de interés a los fines de este Trabajo

posterior al incendio, obtuvo del anciano y enfermo Presidente von Hindenburg un decreto presidencial por el que se suspendían las amplias garantías concedidas a las libertades individuales contenidas en la constitución de la República de Weimar... El decreto Hitler-Hindenburg del 28 de febrero de 1933...Permitió que la política nazi y las formaciones del partido, ya existentes y funcionando a las órdenes de Hitler, actuaran sin control ni responsabilidad. El arresto secreto e indefinido sin cargos, sin pruebas, sin comparecer ante un juez, sin defensa, se convirtió en el método para aplicar castigos inhumanos a aquellos de los que los nazis sospechaban o a los que no les gustaban. Ningún tribunal podía emitir órdenes, o solicitar un habeas corpus. El pueblo alemán estaba en manos de la policía, la policía estaba en manos del Partido Nazi, y el Partido estaba en manos de hombres malignos, de los que los acusados aquí presentes son líderes supervivientes y representativos... El 19 de mayo de 1933, esta vez a través de un decreto del Gobierno, se ordenó que "administradores" de trabajo, nombrados por Hitler, regularían las condiciones de todos los contratos laborales, sustituyendo el proceso anterior del convenio colectivo (405-PS). El 30 de noviembre de 1934, un decreto que "regulaba el trabajo nacional" introdujo el principio de liderazgo en las relaciones industriales. Ordenaba que los propietarios de las empresas serían los "Führers" y los trabajadores, sus seguidores. Los fñhrers empresariales deberían "tomar decisiones sobre los empleados y trabajadores en todas las cuestiones relacionadas con la empresa" (1861-PS). Fue de esta forma como se indujo a los grandes industriales alemanes a apoyar la causa nazi, para su ruina definitiva. Los nazis no sólo dominaron y regularon el trabajo en Alemania, sino que también introdujeron a la juventud en los puestos de los trabajadores que habían sido encarcelados. A través del decreto sobre el servicio de trabajo obligatorio del 26 de junio de 1935, se reclutó para trabajar a los hombres y mujeres jóvenes de entre 18 y 25 años (1654-PS). Así se cumplió el objetivo de subyugar a los trabajadores alemanes. En palabras de Ley, el logro consistía "en eliminar el carácter asociativo de los sindicatos y asociaciones de empleados, y en su lugar hemos introducido el concepto de 'soldados del trabajo'". La mano de obra productiva de la nación alemana estaba bajo control nazi. Con estas medidas los acusados ganaron la batalla para liquidar los sindicatos como oposición potencial y pudieron imponer sobre la clase trabajadora el peso de prepararse para la guerra de agresión.(...)La acción más seria contra los

judíos estaba fuera de cualquier ley, pero la propia ley fue empleada hasta cierto punto. Estaban los infames decretos de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935 ("Reichsgesetzblatt," 1935, Parte 1, pág. 1146). Los judíos fueron segregados en guetos y puestos a hacer trabajos forzados; fueron expulsados de sus profesiones; se expropiaron sus propiedades; toda la vida cultural, la prensa, el teatro y las escuelas quedaron prohibidos para ellos; y se hizo a la SD responsable de ellos (212-PS, 069-PS)...”.

Por su parte, el General de Brigada Telford Taylor, consejero asociado del Fiscal jefe Jackson, al argumento de “obediencia debida” expresó: *“Un hombre no puede presentar como defensa que cometió un crimen bajo órdenes. Los militares no son seres excepcionales carentes de un juicio moral independiente; hombres exentos de la moral y de los deberes que todos tenemos.”*⁴⁷

Y asimismo, esbozando la primer definición en la historia, de los llamados “crímenes de lesa humanidad” François de Menthon, Fiscal General por Francia en el juicio de Nuremberg, habló de ellos como *“aquellos crímenes contra la condición humana, como un crimen capital contra la conciencia que el ser humano tiene hoy de su propia condición.”*⁴⁸

2.3.2. Argumentos del Tribunal

Para analizar el concepto de Derecho para los jueces de Nuremberg, he de tener en cuenta, en primer lugar, lo dicho en la apertura del Juicio:

“El juicio que va a comenzar es único en la Historia de la Justicia mundial, y es de suprema importancia para millones de personas en todo el mundo. Por estas razones, recae sobre todos los que participen en alguna parte del juicio la solemne responsabilidad de hacer su tarea sin miedo ni favoritismos, de acuerdo con los sagrados principios de la ley y la justicia. Habiendo recurrido los cuatro firmantes al proceso judicial, es tarea de todos los implicados hacer que el juicio no se aparte de ninguna forma de esos principios y tradiciones que por sí solos dan a la justicia su

⁴⁷ Del Video documental: “Nuremberg: juicio...”, citado

⁴⁸ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg; [http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html#B\)%20Tipolog%C3%ADa](http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/impuesp.html#B)%20Tipolog%C3%ADa)

autoridad y el lugar que debería ocupar en los asuntos de todos los Estados civilizados. Este juicio es un juicio público en todos el sentido de la palabra, y por tanto, debo recordarle al público que el Tribunal insistirá en el mantenimiento completo del orden y el decoro, y adoptará las medidas más estrictas para aplicarlos. Sólo me queda ordenar, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos, que se lea a continuación la acusación.”⁴⁹

En la sentencia, al ingresar al tratamiento de los Crímenes contra los judíos, el Tribunal expresó:

“La persecución de Judíos de manos del Gobierno Nazi fue probada en gran detalle por el Tribunal. Es un archivo de inhumanidades consistentes y sistemáticas.”⁵⁰

Asimismo, al tratar los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, manifestó:

*“El Tribunal propone, por lo tanto, tratar en general la cuestión de los crímenes de guerra, para referirse a ellas más tarde al ella al tratar la responsabilidad individual de los acusados. Los prisioneros de guerra fueron maltratados y torturados y asesinados, no sólo en desafío a las reglas bien establecidas del derecho internacional, pero en completo desconocimiento de los dictados elementales de humanidad. Las poblaciones civiles en los territorios ocupados sufrieron la misma suerte...”*⁵¹

“... Se instó en nombre de los acusados que un principio fundamental de toda la legislación internacional y nacional es que no puede haber castigo del crimen sin una ley preexistente. "Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege". Se alegó que el castigos ex post facto es repugnante a la ley de todas las civilizadas naciones, que ningún poder soberano había hecho de la guerra de agresión un delito en el momento en que los hechos delictivos presumiblemente se cometieron, que ninguna ley había definido la guerra de agresión, que no hay pena de se había fijado para su comisión, y que ningún tribunal había sido creado para juzgar y sancionar a los infractores.

⁴⁹ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-01-01-sp.html>

⁵⁰ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-war-crimes-jews-01.html>. Se deja constancia que el texto está íntegramente en inglés y ha traducido algunos párrafos de la voluminosa sentencia a los fines de la hipótesis en tratamiento (<http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/>)

⁵¹ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, en <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-war-crimes-general.html>

En primer lugar, es preciso señalar que la máxima “nullum crimen sine lege” no es una limitación de la soberanía, pero en general es un principio de justicia. Afirmar que es injusto castigar a aquellos que haciendo caso omiso de los tratados y las garantías han atacado Estados vecinos sin previo aviso es obviamente falso, ya que en tales circunstancias, el atacante debe saber que está haciendo mal, y sería injusto si su mal se les permitía ir sin castigo. Ocupando las posiciones que ellos ostentaron en el Gobierno de Alemania, los acusados, o por lo menos algunos de ellos, debieron haber tenido conocimiento de los tratados firmados por Alemania, que prohíben el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales; debieron haber sabido que estaban actuando en desafío de todas las leyes internacionales, cuando llevaron a cabo sus diseños de invasión y agresión. En este punto de vista de la causa, parece que la máxima no tiene aplicación a los hechos actuales.

Esta opinión se ve reforzada por la consideración de la situación del derecho internacional en 1939, en la medida en que la guerra de agresión se refiere...

La pregunta es, ¿cuál fue el efecto jurídico de este Pacto? Las naciones que firmaron el Pacto o se hubieron adherido a él incondicionalmente condenaron el recurso a la guerra para el futuro como un instrumento de la política, y expresa renuncia. Después de la firma del Pacto, cualquier nación que recurriera a la guerra como instrumento de política nacional rompía el Pacto. En opinión del Tribunal, la solemne renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional implica necesariamente la idea de que esa guerra es ilegal en el derecho internacional, y que aquellos que planean y llevan a cabo una guerra, con sus consecuencias inevitables y terribles, están cometiendo un delito al hacerlo. Guerra para la solución de las controversias internacionales llevadas a cabo como un instrumento de política nacional incluye ciertamente una guerra de agresión, y esa guerra es por lo tanto, prohibida por el Pacto...

En la interpretación de las palabras del Pacto, se debe recordar que el derecho internacional no es el producto de una legislación internacional, y que los acuerdos internacionales como el Pacto de París tienen que lidiar con los principios generales del derecho, y no con las cuestiones administrativas de procedimiento . La ley de la guerra se encuentra no sólo en los tratados, sino en las costumbres y prácticas de los estados que poco a poco consiguieron el reconocimiento universal, y de los principios

generales de justicia aplicados por los juristas y practicado por los tribunales militares. Esta ley no es estática, sino por la adaptación continua a continuación las necesidades de un mundo cambiante. De hecho, en muchos casos, los tratados no hacen más que expresar y definir para una referencia más precisa los principios del derecho ya existente.⁵²

...Fue presentado que el derecho internacional se ocupa de las acciones de los Estados soberanos, y no proporciona ninguna sanción para los individuos, y además que, cuando el acto en cuestión es un acto de Estado, quienes la llevan a cabo no son personalmente responsables, pero están protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En opinión del Tribunal, estas dos propuestas deben ser rechazadas. El derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos, así como a los Estados han reconocido....

Los delitos contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden las normas del derecho internacional se aplica.

El principio de derecho internacional, que bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos que son considerados criminales por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse en su posición oficial con el fin de ser liberado de la pena en el procedimiento correspondiente.

...Por otro lado la esencia misma de la Carta es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada estado. El que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad mientras actúe en ejercicio de la autoridad del Estado si el estado en que se autoriza la acción se sale de su competencia en virtud del derecho internacional.

También se presentó en nombre de la mayoría de estos acusados que en hacer lo que hicieron que estaban actuando bajo las órdenes de Hitler, y por lo tanto no se hace responsable por los actos cometidos por ellos en el cumplimiento de estas órdenes. La Carta establece expresamente en el artículo 8:

⁵² Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg; en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-law-conspiracy.html>

"El hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento a la orden de su Gobierno o de un superior no le eximirá de responsabilidad, pero puede ser considerado atenuante de la pena."

Las disposiciones del presente artículo están en conformidad con la ley de todas las naciones . Que un soldado recibió la orden de matar o torturar en violación del derecho internacional de guerra nunca ha sido reconocido como una defensa frente a tales actos de brutalidad, sin embargo, que la Carta ofrece aquí, la orden puede ser instó a la mitigación de la pena. La verdadera prueba, que se encuentra en diversos grados en el derecho penal de la mayoría de las naciones , no es la existencia de la orden, pero si la elección moral es de hecho posible.⁵³

2.3.3. Análisis de los argumentos de la Fiscalía y el Tribunal

Como se observa de la lectura de los argumentos de la Fiscalía y el Tribunal, en Nuremberg se patentiza con meridiana claridad cuán alejado estaba el modelo dogmático hasta entonces imperante, de la devastadora realidad de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial.

Los acusadores y jueces advierten indispensable para este caso, la necesidad de valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material legal. El régimen nazi probó que los derechos establecidos constitucionalmente podían ser "letra muerta" o sea que podían estar en la constitución pero que no había ningún poder legalmente establecido que los hiciera cumplir. Al Derecho había que buscarlo mas allá de la ley; en el caso, en los tratados internacionales, en los Derechos Humanos, en los principios.

Así, la perspectiva "juridicista" implícita en el paradigma decimonónico entra en crisis puesto que aquella pretensión importaba que era posible entender y operar el Derecho sólo con la ley positiva, que el Derecho "era" la ley positiva, sin apertura a las dimensiones éticas, económicas, políticas, culturales, etc. En este sentido, el Dr. Vigo

⁵³ Cfr. *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*; en: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-law-conspiracy.html>

afirma “el Derecho es inescindiblemente ético o moral, de manera que cualquier comprensión del mismo que margine esa dimensión estaría condenada a hablar de un Derecho sin correspondencia con la realidad jurídica o de un Derecho que puede volverse groseramente contra el mismo hombre.”⁵⁴

Como se desprende claramente cuando Jackson expresa “*los males que buscamos condenar y castigar han sido tan calculados, tan malignos y tan devastadores que la civilización o puede tolerar que se ignoren porque no podría sobrevivir a su repetición...*” existe en el concepto de Derecho del Acusador Público, una carga ineludible ética o moral⁵⁵. Y esta porción indisponible de Derecho no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propio de los juristas a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas, en tanto aquella dimensión ética exige no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias “éticas o morales”.

Se vislumbra esta visión no positivista del Derecho, también, entre otros muchos, en el tramo en que se expresa “*Este tribunal, aunque es nuevo y experimental, no es el producto de especulaciones abstractas ni ha sido creado para defender teorías legalistas...*”

Asimismo, cuando analizan, y se inaplican por arbitrarios, los decretos de Hitler que suspendían libertades individuales, de imponían el servicio de trabajo obligatorio, que sustituían los convenios colectivos de trabajo por la administración por parte de “*führers*” empresariales, y que segregaban a los judíos, entre muchos otros; se aparta el Tribunal de Nuremberg de la concepción decimonónica que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley positiva que debían aplicar dogmática y silogísticamente a cada caso⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. Vigo, Rodolfo, *Ética judicial e interpretación jurídica*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676, 274

⁵⁵ Vigo señala que ha recibido distintos nombres, entre ellos: del Derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de “Derecho natural” (“*dikaion physikon*” o “*ius naturae*”) o los más actuales de “principios” («exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral» en Dworkin), «derechos humanos» o «moral rights» (Nino), «bienes o valores humanos básicos» (Finnis), «umbral de injusticia o injusticia extrema» (Alexy) o «equidad» (Rawls). Vid. Vigo, Rodolfo, “*Ética Judicial...*”, cit., 275

⁵⁶ Cabe destacar que, receptando esta postura, la Constitución alemana de 1949, la Ley Fundamental de Bonn, por primera vez introdujo en Europa una distinción clave para la respuesta

También, cuando de modo contundente señala que *“La ley de la guerra se encuentra no sólo en los tratados, sino en las costumbres y prácticas de los estados que poco a poco consiguieron el reconocimiento universal, y de los principios generales de justicia aplicados por los juristas y practicado por los tribunales militares. Esta ley no es estática, sino por la adaptación continua a continuación las necesidades de un mundo cambiante. De hecho, en muchos casos, los tratados no hacen más que expresar y definir para una referencia más precisa los principios del derecho ya existente.”*- Y en igual sentido cuando, al hablar de “justicia” así como de “inhumanidades”, alude a la existencia de casos en que el derecho del Estado no debe aplicarse, no tiene supremacía, y que, en cambio, deben aplicarse normas superiores que hoy reciben el nombre de “derechos humanos” o “universales”.

De estos tramos se desprende que el jurista, para identificar cuando está frente al Derecho, mas que verificar quién dicto la norma o el procedimiento aplicado para su sanción, lo que debe controlar es si la norma es racional (se recupera el valor de la razón). Se admite así que el Derecho es racional porque el hombre lo es; y que entonces, en cuanto la racionalidad es una propiedad humana que, en cuanto tal, emana necesariamente de la naturaleza humana, de su esencia específica; el Derecho, a su vez, es sólo aquello que es racional. Lo irracional –entendido estrictamente como privativo- en el Derecho aparece como sinónimo de arbitrariedad. Y la arbitrariedad, es la negación misma del Derecho.⁵⁷

Tal es la respuesta que, colijo, da esta parte a la pregunta ontológica acerca del Derecho.-

2.4. Algunas observaciones relativas a las posturas críticas en relación al Juicio de Nuremberg

ontológica sobre el derecho: la distinción entre ley y derecho. Y por ende, se acepta que se puede cumplir la ley, violando el derecho

⁵⁷ Lamas, Felix Adolfo (h), *Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica*. En: Lamas, Felix Adolfo; dir., *Los Principios y el Derecho Natural en la Metodología de las Ciencias Prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, Volumen: 1, 12

En relación a la óptica “crítica” del Derecho, entiendo que el Fiscal Jackson, sin mencionarla, alude a ella y la descarta cuando señala: *“Que cuatro naciones exaltadas por la victoria y llenas de dolor rechazan la venganza y voluntariamente lleven a sus enemigos ante un juicio de la ley es uno de los tributos mas grandes que el poder haya rendido a la razón...”*.

Si el derecho se remite al poder; si es una herramienta del poder, entonces habría sido más conveniente la realización de un juicio sumario y ejecución inmediata de los acusados.

En este sentido se destaca la referida coincidencia de que el mismo día que la parte acusadora concluyó con el caso, Winston Churchill pronunció el impactante discurso de la cortina de hierro en Missouri. Así marcaba el inicio de la guerra fría. Si, como sostiene la postura crítica, el Derecho es simplemente política que únicamente ayuda a perpetuar las jerarquías; entonces el juicio debió suspenderse, o bien debió acontecer lo que los acusados esperaban que ocurriese tras el discurso de Churchill: que, en ese nuevo orden político, no fueran condenados.-

También es interesante analizar una parte del discurso de apertura del Fiscal Jackson, en la que, refiriéndose a la concepción del derecho que los alemanes habían manejado durante la guerra expresó: *“Un documento de alto secreto, titulado "La Guerra como Problema de Organización", enviado por el Jefe del Alto Mando a todos los Comandantes el 19 de abril de 1938, declaró que "ha de considerarse la aplicación de las reglas de la guerra habituales hacia neutrales en base a si la puesta en práctica de esas reglas creará mayores ventajas o desventajas a los contendientes" (L-211). Y de los archivos del Mando de la Marina Alemana tenemos un "memorándum sobre la Guerra Naval Intensificada", del 15 de octubre de 1939, que empieza expresando un deseo de ajustarse a las Leyes Internacionales. "Sin embargo", continúa, "si se esperan éxitos decisivos de cualquier medida considerada como necesidad de guerra, se ha de llevar a cabo incluso aunque no se ajuste a la Ley Internacional" (L-184). La Ley Internacional, la Ley Natural, la Ley Alemana, cualquier ley era para estos hombres tan sólo un instrumento de propaganda que se podía invocar cuando era de ayuda, e ignorar cuando condenaba lo que querían hacer. El que los hombres puedan protegerse basándose en la ley existente en el momento en el que actúan es la razón por la que consideramos que las leyes retroactivas son injustas. Pero estos hombres no pueden*

acudir a la razón por la que en algunos sistemas de jurisprudencia se prohíben las leyes ex post facto. No pueden demostrar que respetaron la Ley Internacional de ninguna forma o que siquiera le prestaron la más mínima atención.

Aquí, además de reafirmar sin ambages su posición no positivista del Derecho, Jackson alude a una cierta visión de tipo crítica de los alemanes del régimen nazi tenían sobre el ordenamiento jurídico acerca del derecho: era una herramienta de los políticos que podía ser usada o desechada según su conveniencia.

CAPÍTULO III

EL PROBLEMA GNOSEOLÓGICO

El objeto propio de la razón teórica es lo verdadero en las cosas. El objeto propio de la razón práctica es “lo verdadero como medida del obrar”, lo verdadero que se extiende a lo bueno.

JOSEF PIEPER⁵⁸

3.1. Lineamientos para delimitar qué tipo de saber jurídico se refleja en Nuremberg

En este capítulo intentaré determinar, a partir de los argumentos de las partes en este histórico Juicio, cuál es su postura gnoseológica previa; y, en consecuencia, qué es el saber jurídico para ellas y qué tipo de saber consideran que es.-

Previo a ello, a modo de introducción, realizaré un brevísimo repaso acerca de las distintas concepciones gnoseológicas, la diferencia entre los saberes teóricos y prácticos (clasificación de Aristóteles⁵⁹); y los niveles de saber jurídicos, para luego analizar, la posición de las escuelas del derecho, frente a estas cuestiones.

3.1.1. Posturas gnoseológicas y posición de las escuelas del derecho

A modo de introducción he de señalar que, respecto del problema del conocimiento, una primera cuestión a resolver tiene que ver con el saber si el espíritu humano es capaz de alcanzar la verdad, si tiene certezas legítimas. Si se niega esta

⁵⁸ Cfr. Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974

⁵⁹ Según Aristóteles “... la ciencia es susceptible de demostración, y si la demostración no se aplica a cosas cuyos principios puedan ser de otra manera de como son, pudiendo ser todas las cosas de que aquí se trata también distintas, y no siendo posible la deliberación sobre cosas cuya existencia sea necesaria, se sigue de aquí que la prudencia no pertenece ni a la ciencia ni al arte. No pertenece a la ciencia, porque la cosa que es objeto de la acción puede ser distinta de lo que ella es. No pertenece al arte, porque el género a que pertenece la producción de las cosas es diferente de aquel a que pertenece la acción propiamente dicha. Resta, pues, que la prudencia sea una facultad que, descubriendo lo verdadero, obre con el auxilio de la razón en todas las cosas que son buenas o malas para el hombre; porque el objeto de la producción es siempre diferente de la cosa producida; y, por lo contrario, el objeto de la acción es siempre la acción misma, puesto que el fin que ella se propone puede ser únicamente el obrar bien.”, Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, Libro Sexto, IV (Biblioteca Filosófica. Obras filosóficas de Aristóteles. Volumen 1. Traducción: Patricio de Azcárate)

posibilidad se es escéptico, lo que consiste, precisamente, en suspender su juicio sobre todas las cosas. Contrariamente, si se acepta esta posibilidad la posición es el dogmatismo, que sostiene que podemos alcanzar la verdad, consiguiéndolo en algunos casos⁶⁰.

Una segunda cuestión concierne al objeto conocido: ¿qué es lo que podemos conocer, que especies de cosas nos son accesibles? El idealismo pretende que el espíritu está cerrado, encerrado en sí mismo, y que sólo puede conocer sus propias ideas. El realismo sostiene que podemos conocer lo real, es decir, el ser que existe fuera de nuestro espíritu.

Ahora bien, coincido con Gustavo Bueno en que los problemas de índole gnoseológica están internamente interconectados con los problemas de índole ontológica; y las respuestas que adoptemos, en el plano gnoseológico, serán diferentes según las coordenadas ontológicas desde las cuales operamos; no caben respuestas gnoseológicas «exentas». También, las posiciones gnoseológicas asumidas sólo cobran su pleno significado en función de aquellas coordenadas ontológicas.⁶¹

Por ello es que, conforme lo ya tratado en el capítulo anterior, cabe afirmar ahora en este análisis que los *positivistas jurídicos*, en este punto, sostienen la tesis del escepticismo ético, rechazando conocimientos en materia ética o axiológica, por considerarlos siempre “relativos”; lo cual es coherente con su pretensión de hacer una “ciencia”⁶² del Derecho absolutamente incontaminada que posea, como uno de sus pilares, la neutralidad valorativa⁶³. Kelsen define a la “norma” como el sentido de un acto con el cual se ordena, permite o autoriza un comportamiento. El juicio de que una conducta es tal como debe ser, conforme a una norma objetivamente válida, es un juicio

⁶⁰ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores jurídicos*, ob. cit., 16 y sgtes.

⁶¹ Cfr. Bueno, Gustavo, *El sentido de la vida*, Pentalfa, Oviedo, 1996

⁶² Según Martínez Doral, existen tres diversos niveles del saber jurídico (filosófico, científico y prudencial). Cfr. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica... cit.*, 296. Y el positivismo, al abordar únicamente la perspectiva científica, se dedicará entonces solo a: a) describir el derecho vigente; b) sistematizar el derecho vigente (ordena, detecta contradicciones, incoherencias, incompatibilidades, lagunas, etc.); c) interpretar (p.e. que es buena fe); y d) valorar. Esta última tarea se atribuye, a veces, a los científicos pero es muy polémica su aceptación

⁶³ Cfr. Vigo, *Iuspositivismo vs....*, 48; y Guillermo Portela, *Una introducción a los valores jurídicos...*, 175

de valor; y lo que determina que el comportamiento es ajuste o no a Derecho, es que contradiga o no la norma. Así, a partir de aquí, todo se refiere a la norma, que será –para esta postura- el objeto de estudio de los juristas, al tratarse el Derecho Positivo de un orden autárquico cerrado y separado de otros órdenes.

De ello se colige que consideran los positivistas al Derecho como un saber teórico, cuyas características son: que su *objeto* versa sobre la realidad no humana, aquella en la que el hombre se pone en relación con el mundo que no cambia ni es cambiante según el interés humano⁶⁴; que su *fin* es descriptivo; que la *certeza que prové el conocimiento* será absoluta, sin excepción; y en cuanto al *método*, que el saber no presentará controversia, debates, dudas.

El jurista debe concentrarse únicamente en conocer científicamente la norma positiva; y en este sentido la filosofía, en cuanto esfuerzo cognoscitivo que se preocupe mas allá de la ciencia, es impropio.

Para las *teorías críticas*, por su parte, el saber es “dominio”. El que quiere saber quiere dominar al otro: saber y poder. A lo sumo lo que puede interesar es el valor, lo útil. El saber termina siendo un saber útil, funcional, aquello que es acerca de conseguir resultados. Saber es interpretar, es acomodar las cosas.

Para esta posición, entonces, no solo se afirma la impureza del Derecho, sino la politicidad absorbente y excluyente del saber jurídico: debe conocerse el poder en esa sociedad, en tiempo y lugar; el poder claramente referenciado.

Así, por un lado ratifican su relativo escepticismo sobre el saber, al considerar que los que tienen el poder han inventado el derecho para dirigir conductas con amenazas de coerción, de sanción. El derecho es funcional para los que tienen el poder. El hombre es lo que las circunstancias hacen que sea, no hay hombre natural. Y el que dice que sabe derecho quiere controlar, quiere dominar. Se diluye el valor del saber.

Por otro lado, si se los obligara a elegir, su posición se acercaría mas a aquella según la cual el Derecho es un saber resolutorio, concreto, histórico⁶⁵; dado que les

⁶⁴ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, 120

⁶⁵ Es el saber circunstanciado; de la acción directa, concreta, o “puesta en realidad del conocimiento”. Se ocupa acerca de cuál es la conducta jurídicamente obligatoria, prohibida, o permitida en ese espacio, en ese tiempo y para ese sujeto. Pe: citas de jurisprudencia, caducidad, extemporaneidad.

interesa que se logre el éxito; llegar a donde se quiere. Todo gira en torno al poder: unos lo usan y otros lo padecen. Por eso el saber que más interesa es el histórico, en un momento y lugar determinado.

Por último, *las posturas iusnaturalistas o no positivistas*, sostienen que la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas; rechazando en materia de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo⁶⁶.

Por ello, entienden que se trata el Derecho (así como la moral o la política) de un saber práctico, prescriptivo cuyo *objeto* lo constituyen cosas humanas (es saber es de acción, de protagonista); su *fin* es valorar, aseverar o prescribir, intentando dirigir, orientar la praxis humana, valorando, asesorando y prescribiendo⁶⁷; y la *certeza que prové el conocimiento* no es absoluta, por lo que deben admitirse excepciones.

Esta postura reconoce el espacio de la Filosofía del Derecho (Alexy, Dworkin). Y así sostiene, desde una óptica filosófica, que quienes quieran conocer el Derecho, deberán transitar por los siguientes problemas:

- a) Ontología del derecho (“qué es el derecho?”, la pregunta ontológica)
- b) Gnoseológico-jurídico (saber sobre el derecho)
- c) Estructuras lógicas del derecho (fuentes del derecho; sistema jurídico)
- d) Problemas axiológicos (si es mejor o peor, bueno o malo, etc.)

Nótese que justamente tal es el camino que estoy transitando en el análisis del Juicio de Nuremberg.-

A la ciencia también le reconocen las posturas no positivistas un espacio importante, incluyendo la “valoración”; y al Derecho como saber prudencial, también. Reconocen una “unidad del saber”; una “complementariedad del saber”, pues

⁶⁶ Vigo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo*, ob. cit., 56

⁶⁷ Explica Felix Lamas que los conceptos prácticos –en cuanto son prácticos- no son signos de conocimiento puro ya que, al incluir una referencia a fines, incluyen no sólo la significación de un acto de voluntad sino, en alguna medida, algo de la virtualidad operativa de ésta. Y la razón de ello es clara: el conocimiento práctico es conocimiento que se extiende a la acción para influir en ella; y esa virtualidad mediante la que influye en la acción le viene de algo que no es conocimiento puro, porque surge del querer de la voluntad (Lamas, Felix Adolfo (h), *Percepción e inteligencia jurídicas...*, 52)

consideran que se necesitan los tres saberes para agotar el saber; y los tres son necesarios para el jurista.

3.2. El saber jurídico según la óptica de la Defensa en el Juicio de Nuremberg

3.2.1. Argumentos de la Defensa Técnica en Nuremberg

Para analizar el tópico he extraído, de los extensos, numerosos y meticulosos alegatos de los abogados defensores, las partes que consideré ilustrativas y de interés para analizar la cuestión gnoseológica.

Expresó durante el debate el Dr. Kranzbuehler: *“Dado que no existe en general máxima legal que obliga a la potencia beligerante para el tratamiento de todos los poderes neutrales por igual, ninguna objeción puede plantearse desde la base del Derecho Internacional”*⁶⁸

Dr. Exner por su parte señaló: *“Ahora, la fiscalía ha referido repetidamente a los generales a la pregunta irónica de cómo se conforma el código de ética de los funcionarios que ayudaron en una guerra que ellos han reconocido que era ilegal. Supongamos que Jodl estaba seguro de que la guerra era ilegal y, por razones de conciencia, se negaba a colaborar. ¿Qué diferencia habría existido entonces entre él y un soldado que tira su arma en la batalla y se retira? Ambos estarían sujetos a la pena de muerte por desobedecer las órdenes en la guerra.*

Sé que los Estados Unidos son lo suficientemente generosos como para respetar a un soldado que, por razones religiosas, se niega a tomar las armas; y no lo tratan como lo hacemos nosotros. Pero eso sólo se aplica a los escrúpulos religiosos, y sin duda no se aplica a un hombre que, debido a las objeciones basadas en el Derecho Internacional, no coopera en la guerra decidida por los líderes políticos. Se le podría objetar que no es su incumbencia, no es un asunto de su conciencia examinar la

⁶⁸ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-179-02.shtml>

admisibilidad de la guerra, sino que éste es el deber de las autoridades del Estado responsable...

Por otra parte, considero esa pregunta irónica a los generales como un mero intento de reducirlos moralmente, pero no como una acusación a tratar en este debate. El Tribunal Militar Internacional no es un tribunal de honor que decide las acciones de los acusados que se refieren el honor, pero un tribunal penal que ha de juzgar las acciones de algunos hombres, que han sido declaradas penales por la Carta. Me parece que la fiscalía olvidó este hecho en varias ocasiones.⁶⁹

Hoy en día, a menudo escuchamos este reproche de haber tolerado los crímenes cometidos. No sólo en este Tribunal. Al pueblo alemán se le reprocha por haber tolerado un régimen criminal y la aniquilación de millones de Judíos. Sin lugar a dudas un delito también puede ser cometido por tolerar las cosas. Pero para que sea un cargo penal grave, por ejemplo, uno de los homicidios intencionales, dos requisitos se deben cumplir: 1. La parte subjetiva: él debe haber sabido que la víctima se encontraría con su muerte si no intervenía; 2. él debe haber sido en el derecho consolidado, capaz de prevenir esta muerte.⁷⁰ Me permito hacer una comparación: Usted, Señorías, como ya nos han informado, se sienten obligados por el Estatuto de este Tribunal. Tal vez algunos de ustedes han sido asaltados por las dudas en cuanto a si todas las condiciones de la presente Carta son conforme al Derecho Internacional, como se entiende en la actualidad, y con los principios generalmente reconocidos como legales. Pero ustedes han rechazado estas dudas, ya que, como jueces, consideran a sí mismos obligados por las normas que los gobiernos han acordado. Jodl, como Oficial de Estado Mayor General, puede haber sentido obligado de una manera similar para apoyar a las órdenes de su Comandante Supremo, aunque las dudas sobre su admisibilidad en el Derecho Internacional pudieron haberlo atacado de vez en cuando. Sin embargo, él se consideraba obligado por su cargo en la elaboración de planes para la guerra, y sin examinar en qué condiciones se llevaban a cabo, tenía que formular y emitir miles de pedidos, aun cuando no estaba de acuerdo con algunos de

⁶⁹ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-182-04.shtml>

⁷⁰ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-182-06.shtml>

ellos. Cuando ninguna de las protestas ni tácticas dilatorias tuvieron algún efecto, tuvo que someterse. Como Oficial de Estado Mayor que tenía una función meramente auxiliar. El hecho de que podría estar haciendo mal, durante que el cumplimiento de esta función de acuerdo a lo mejor de sus conocimientos y conciencia, ni siquiera se le ocurrió.⁷¹

Por su parte, el Dr. Steinbauer⁷² en el alegato ya citado, sostuvo: "...y me gustaría recordar a la Fiscalía francesa una vez más, que la Constitución francesa, que fue presentada a la Asamblea Nacional el 19 de abril de 1946, establece específicamente como un estatuto de los Derechos del Hombre en el artículo 10: "La ley no tiene efecto retroactivo. Nadie puede ser condenado y castigado, excepto de acuerdo con la ley que ha promulgado... Toda persona acusada se considera bajo reserva como inocente hasta que se declare culpable. Nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho. "

¿Es que el derecho del hombre para los franceses debe ser necesariamente el derecho del hombre para los alemanes? Cuando en el año 1935 la idea de la analogía, encontró su camino en el derecho penal alemán, esta innovación se encontró con severas críticas en los círculos jurídicos también fuera de Alemania. El segundo Congreso Internacional de la jurisprudencia comparada, celebrada en La Haya en el año 1937 formuló una resolución en contra de la analogía en el derecho penal. En esta resolución, el Congreso se pronunció a favor del principio de "nulla poena sine lege". (Consulte la sección "Resoluciones Voeux et du Congres Deuxième International de Droit Compare, La Haya, 4-11 Aout de 1937.")

De las declaraciones antes mencionadas se desprende que es jurídicamente inadmisibile aplicar los principios que carecen de un fundamento jurídico. El derecho continental no conoce el concepto de conspiración. La legislación austriaca, que podría entrar en cuestión de la legislación nacional para mi cliente, no sabe de este concepto. Hay en la mejor de las similitudes una muy pequeña, si se recuerda que la Ley de explosivos del 27 de mayo 1885, Artículo 5, ya declara punible la concertación

⁷¹ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-182-07.shtml>

⁷² Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, a partir de: <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-182-08.shtml>

con la ejecución de un delito con explosivo. El artículo 174, IC del Código Penal tipifica como un crimen el robo si el ladrón comete un robo como un miembro de una pandilla que se ha unido a la comisión común de robo. La ley alemana reconoce la responsabilidad en el Código Penal para el acto de otro sólo como cómplice, instigador y ayudante. Las condiciones en la ley francesa son similares, y para ahorrar tiempo me refiero a los artículos 59, 60, 89 y 265 del "Código Penal". Que esta cuestión no está clara, y por lo menos dudosa, también se admite por el maestro reputado Rusa de Derecho Internacional, profesor AN Trainine, en su libro "La responsabilité pénale Hitleriens des". Dice en la página 13: "Los problemas de derecho penal internacional, lamentablemente, han sido muy poco estudiados..."

A su turno, expresó el Dr. Seidl, Defensor de Hans Frank: *"No es mi intención ahora para hacer frente a la pregunta más concretamente, si la guerra como tal, y sobre todo el inicio de una guerra de agresión, es un delito según el Derecho Internacional vigente en el momento del día del estallido de la guerra, el 1 de de septiembre de 1939. Esta pregunta ya ha sido discutida en el discurso de apertura de la defensa. Este examen de la parte legal de esta cuestión ha demostrado que ni la Sociedad de Naciones un acuerdo ni el Pacto Briand-Kellogg contiene nada que permita la conclusión de que el inicio de una guerra era un delito penal y por lo tanto, punible. El Derecho Internacional válido no conocía ni la responsabilidad penal del Estado como persona jurídica, y menos aún la responsabilidad penal de los organismos del Estado, como el jefe del Estado, los miembros del Gobierno, los comandantes militares, los líderes económicos, etc"*⁷³

3.2.2. Análisis del saber jurídico para la Defensa Técnica en Nuremberg

Como se vislumbra de los discursos de los abogados defensores en Nuremberg, los Jueces, al fallar, debían operar dogmáticamente con el derecho positivo, absteniéndose de toda consideración valorativa y buscando un saber a partir de las palabras del codificador alemán.

⁷³ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-186-07.shtml>

Como señalaba Kelsen a referirse a su Teoría Pura del Derecho”, “se quiere expresar con ello que se la ha mantenido libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciencia cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, no la formación del mismo.”⁷⁴

Los letrados describen en sus alegatos el derecho positivo, y advierten al Tribunal que las acciones de sus defendidos no se encuentran subsumidas en los tipos penales o categorías de participación hasta entonces existentes. El interés de éstos, al fallar, debe ser conocer la norma positiva y aplicarla al caso evitando su ponderación en términos axiológicos. Ergo, considero plantea esta parte el saber jurídico, como un saber netamente teórico.

Como señala Zagrebelsky⁷⁵, según el dualismo positivista, la “producción” del derecho –es decir, la formación- vendría determinada meramente por la voluntad creadora y, al contrario, el “conocimiento” del derecho –es decir, la ciencia jurídica- dependería puramente de la reflexión racional. De este modo, formación y ciencia del derecho se reconducen a dos facultades del espíritu humano entre las que no existiría ningún nexo de unión. La producción de normas sería una actividad a-racional y, a su vez, la reflexión científica, al tener como objeto una mera voluntad transcrita en normas, podría definirse como una ciencia en sentido instrumental, técnico. Se trataría de una ciencia que no domina sus propios fines.

Y esta es la visión de la Defensa: deben ser buenos “técnicos” del derecho, y serán buenos jueces. No se puede conocer la verdad, lo “justo” pues son éstos valores relativos; y por tanto debe rechazarse el juicio sobre el contenido de las normas. Así, toda vez que es la ciencia del Derecho autónoma y separada de otros órdenes nada impide, de hecho, que científicamente se acepte como Derecho positivo a un orden de poder arbitrario⁷⁶. Entonces por ello, aún pese a la realidad del Holocausto, es ajustada a Derecho la absolución de los jefes nazis.

⁷⁴ Conf. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado...*, VI, http://books.google.com.ar/books?id=Mp248sP_s9EC&pg=PR6&dq=%E2%80%9C

⁷⁵ Conf. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 2005, 120

⁷⁶ Conf. Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 289; citado por Portela, *Una introducción a los valores jurídicos*, ob. cit., 178

Se observa así, una postura claramente juricista, para la que el “saber” jurídico comienza y termina con el conocer la norma positiva, y que postula jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que deben aplicar dogmática y silogísticamente al caso. Esta última cuestión (la lógica jurídica) se analizará en el capítulo siguiente.

3.3. El saber jurídico desde la posición de la Fiscalía y el Tribunal en Nuremberg

3.3.1. Argumentos de la Fiscalía

Nuevamente en este caso, he elegido un tramo del alegato del Fiscal francés, Francois de Menthon, cuando trata los cargos sobre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, dado que resultan a mi modo de ver, sobradamente ilustrativos de la postura que, frente al saber jurídico, tiene la acusación⁷⁷: En el mismo sentido se posiciona el Tribunal al fallar y arribar a las condenas de los acusados.

Expresó el Fiscal francés: “... *Volvemos a las ideas más primitivas de la tribu salvaje. Todos los valores de la civilización acumulados durante los siglos fueron rechazados, todas las ideas tradicionales de moralidad, justicia y ley cedieron el camino a la primacía de la raza, sus instintos, sus necesidades e intereses. El individuo, su libertad, sus derechos y aspiraciones ya no tienen una existencia real por sí mismos.*

En este concepto de la raza es fácil ver el espacio que separa a los miembros de la comunidad alemana de otros hombres. La diversidad de las razas se vuelve irreducible, y también irreducible la jerarquía que separa a las razas superiores de las

⁷⁷ Cfr. *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes en Nuremberg, Alemania del 7 de enero al 19 de enero de 1946*, Trigésimo Sexto Día: Jueves, 17 de enero de 1946, en “<http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-04/tgmwc-04-36-01-sp.html>”

inferiores. El régimen de Hitler ha creado un verdadero abismo entre la nación alemana, la única guardiana del tesoro racial, y otras naciones.

Entre la comunidad germánica y la población degenerada de una variedad inferior de hombre deja de haber una medida común. Se rechaza la hermandad humana, incluso más que todos los demás valores morales tradicionales.

¿Cómo se puede explicar de qué forma Alemania, fertilizada durante los siglos por la Antigüedad Clásica y el Cristianismo, por los ideales de libertad, igualdad y justicia, por la herencia común del humanismo occidental al que aportó tan nobles y preciosas contribuciones, pudo llegar a este asombroso retorno al barbarismo primitivo?

Para entenderlo y tratar de erradicar para siempre de la Alemania de mañana el mal por el que toda nuestra civilización estuvo tan cerca de perecer, se debe recordar que el nacionalsocialismo tiene orígenes profundos y remotos.

El misticismo de la comunidad racial nació de las crisis espirituales y morales por las que pasó Alemania en el siglo diecinueve, y que estallaron abruptamente de nuevo en su estructura económica y social a través de una industrialización particularmente rápida. El nacionalsocialismo es, en realidad, una de las cumbres de la crisis moral y espiritual de la Humanidad moderna, convulsa por la industrialización y el progreso técnico. Alemania experimentó esta metamorfosis de la vida económica y social no sólo con una brutalidad extraordinaria, sino además en un tiempo en el que no poseía aún el equilibrio político y la unidad cultural que habían logrado los demás países de Europa Occidental.

Al debilitarse la vida interior y espiritual, una incerteza cruel comenzó a dominar el espíritu, una incerteza definida admirablemente por el término "Ratlosigkeit", que no se puede traducir al francés, pero que equivale a nuestro dicho: "Uno ya no sabe en qué santo creer". Esta es la crueldad espiritual del siglo diecinueve que tantos alemanes han descrito con un trágico poder evocativo. Se abre un vacío ante el alma humana, desorientada por la búsqueda de nuevos valores.

Las ciencias naturales y las ciencias de la mente hacen nacer el relativismo absoluto, y un profundo escepticismo hacia la perdurabilidad de los valores de los que se ha alimentado durante siglos el humanismo occidental. Prevalece un Darwinismo

vulgar, que desconcierta y ofusca la mente. Los alemanes pasan a ver los grupos y razas humanas como núcleos aislados en perpetua lucha unos con otros.

El espíritu alemán condena el humanismo en nombre de la decadencia; ve en los valores del humanismo y en los elementos que se derivan de ellos sólo "enfermedades", que atribuye a un exceso de intelectualismo y de abstracción de todo, limitando las pasiones humanas al someterlas a normas comunes. A partir de este punto, se deja de ver la Antigüedad Clásica desde sus aspectos de razón ordenada o de belleza radiante. En ella se pasa a ver solamente civilizaciones violentamente enamoradas de la lucha y la rivalidad, vinculadas especialmente a Alemania a través de su denominado origen germánico.

Se condena el judaísmo sacerdotal y el cristianismo en todas sus formas como religiones de honor y hermandad, calculadas para matar las virtudes de la fuerza brutal en el hombre.

Se alza la voz contra el idealismo democrático de la era moderna, y también contra todos los internacionalistas.

La filosofía de Nietzsche ejerció una gran influencia sobre un pueblo en este estado de crisis espiritual y de negación de los valores tradicionales. Al tomar la voluntad de poder como punto de partida, Nietzsche no predicó la inhumanidad, sino la superhumanidad. Si no hay una causa final en el Universo, el hombre -cuyo cuerpo es materia que siente y piensa- puede moldear el mundo según sus deseos, escogiendo como guía una biología combativa. Si el fin supremo de la Humanidad es un sentimiento de plenitud y victoria que es tanto material como espiritual, todo lo que queda por hacer es garantizar la selección de especímenes físicos que serán la nueva aristocracia de amos.

Para Nietzsche, la revolución industrial implica necesariamente el gobierno de las masas, la automatización y darle forma a las multitudes trabajadoras. El Estado sólo puede apoyarse en una elite de personalidades vigorosas que, siguiendo los métodos tan admirablemente definidos por Maquiavelo, que respetan las leyes de la vida, gobernarán a los hombres por medio de la fuerza y de las artimañas simultáneamente, ya que los hombres son, y siempre serán, perversos y malintencionados...

...La apología de la guerra es también antigua. Se retrotrae a Fichte y Hegel, que habían afirmado que la guerra, a través de su clasificación de los pueblos, sirve como justicia entre las naciones....

...Por tanto, el nacionalsocialismo apareció en la Alemania actual no como una formación espontánea fruto de las consecuencias de la derrota de 1918, ni como una mera invención de un grupo de hombres decididos a hacerse con el poder. El nacionalsocialismo es el resultado final de una larga evolución de doctrinas; la explotación por parte de un grupo de hombres de uno de los aspectos más profundos y más trágicos del alma alemana. Pero el crimen cometido por Hitler y sus compañeros será precisamente el de liberar y explotar hasta el extremo la fuerza latente de la barbarie del pueblo alemán que tenía ante sí.

...La propaganda inculca a las masas fe, impulsos, y una sed de grandeza de la comunidad. Las masas que aceptan esta propaganda encuentran un derivado artificial de su angustia moral y sus carencias materiales en teorías sobre la raza y en exaltaciones místicas celebradas en común. Las almas que ayer estaban heridas y yacían exánimes se encuentran de nuevo unidas en un molde común.

El sistema educativo nazi moldea a las nuevas generaciones para eliminar cualquier traza de enseñanzas morales tradicionales, reemplazándolas con el culto a la raza y a la fuerza.

El mito racial tiende a convertirse en una religión nacional real. Muchos escritores sueñan con reemplazar la dualidad de confesiones religiosas con un dogma mundial de origen alemán que vendría a ser la religión de la raza alemana como raza.

En mitad del siglo veinte Alemania retrocede, por voluntad propia, a la barbarie primitiva de la Alemania antigua, dejando atrás el cristianismo y la civilización. Rompe deliberadamente con todos los conceptos universales de las naciones modernas. La doctrina nacionalsocialista, que elevó la inhumanidad al nivel de un principio es, de hecho, una doctrina de desintegración de la sociedad moderna.

Esta doctrina llevó necesariamente a Alemania a una guerra de agresión y al uso sistemático del crimen en la ejecución de esa guerra.

La primacía absoluta de la raza alemana, la negación de toda Ley Internacional, el culto a la fuerza, la exacerbación del misticismo comunitario, hicieron

a Alemania considerar el recurrir a la guerra en interés de la raza alemana como algo lógico y justificado.

Esta raza tendría el derecho incontestable a crecer a expensas de naciones consideradas decadentes. Alemania está a punto de llevar a cabo de nuevo, en mitad del siglo veinte, las grandes invasiones de los bárbaros. Además, de una forma natural y lógica, llevará a cabo su guerra de una forma bárbara, no sólo porque la ética nacionalsocialista no presta atención al medio escogido, sino también porque la guerra debe ser total en sus medios y sus fines.

Así, cuando analizamos un crimen, ya sea contra la Paz o un Crimen de Guerra, no nos enfrentamos a un crimen accidental u ocasional que los hechos podrían explicar, aunque sin justificarlo. Nos vemos en realidad enfrentados a crímenes sistemáticos, derivados directa y necesariamente de una doctrina monstruosa puesta en práctica con intenciones deliberadas por los amos de la Alemania Nazi.

La preparación de Crímenes contra la Paz surge de inmediato y directamente de las doctrinas nacionalsocialistas. Ya en febrero de 1920, en el primer programa del Partido Nacionalsocialista, Adolf Hitler había descrito la base de la futura política exterior alemana. Pero fue en 1924, en la prisión de Landsberg, escribiendo "Mein Kampf", donde desarrolló más detalladamente sus puntos de vista.

Según "Mein Kampf", la política exterior del Reich debe tener como primer objetivo devolver a Alemania "su independencia y su soberanía efectiva", una clara alusión a los artículos del Tratado de Versalles relativos al desarme y la desmilitarización de Renania. Posteriormente trataría de reconquistar los territorios "perdidos" en 1919, y quince años antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial se plantea ya la cuestión de Alsacia y Lorena. Esta política también debería tratar de ampliar el territorio alemán en Europa, siendo las fronteras de 1914 "insuficientes", y sería indispensable ampliarlas para incluir a "todos los alemanes" en el Reich, comenzando por los alemanes de Austria.

Tras haber reconstituido la Gran Alemania, el nacionalsocialismo hará todo lo necesario "para garantizar los medios de subsistencia" en este planeta a la raza que forma el Estado, por medio del establecimiento de una "relación saludable" entre el tamaño de la población y la extensión del territorio. Por "relación saludable" se entiende una situación en la que la subsistencia del pueblo se garantizará con los

recursos de su propio territorio. "Un espacio vital suficiente en esta tierra bastará para garantizar a un pueblo su libertad de existencia".

Pero eso es sólo un paso. "Cuando un pueblo ve su subsistencia garantizada por la extensión de su territorio, es de todas formas necesario garantizar la seguridad de ese territorio", ya que el poder de un Estado "procede directamente del valor militar de su situación geográfica".

Hitler añade que esos fines no se pueden conseguir sin la guerra. Será imposible restablecer las fronteras de 1914 "sin derramamiento de sangre". Y sería aún más imposible adquirir espacio vital si uno no se preparara para un "choque de armas".

"Es en Europa Oriental, a expensas de Rusia y los países vecinos, donde Alemania debe buscar nuevos territorios. Detenemos la eterna marcha de los alemanes hacia el sur y el oeste de Europa, y ponemos nuestros ojos en el Este".

Pero antes que nada, declara Hitler, es necesario aplastar la tendencia de Francia hacia la hegemonía y llegar a una "solución final" con su "enemigo mortal". "La aniquilación de Francia permitirá a Alemania hacerse posteriormente con territorios en el Este". El "ajuste de cuentas" en el oeste es sólo un preludio. "Se puede explicar sólo como la protección de nuestras defensas de la retaguardia para poder ampliar nuestro espacio vital en Europa"...

...Guerra para reconquistar los territorios perdidos en 1919, guerra para aniquilar el poder de Francia, guerra para adquirir espacio vital en Europa Oriental, guerra, finalmente, contra cualquier Estado que fuera o pudiera ser un contrapeso a la hegemonía del Reich, ese es el plan de "Mein Kampf".

De esta forma, desde el nacimiento del nacionalsocialismo, no rehuye de ninguna forma la certeza de que la aplicación de sus doctrinas llevaría a la guerra.

De hecho, desde el momento de su llegada al poder, Hitler y sus compañeros se dedicaron a los preparativos militares y diplomáticos de las guerras de agresión que habían decidido llevar a cabo."

Asimismo dijo Jackson en el alegato final: "Estos hechos son los hechos históricos en los que se ciernen sobre las futuras generaciones recordarán esta década. Si no podemos eliminar las causas y evitar la repetición de estos actos bárbaros, no es

*una irresponsable profecía decir que el siglo xx aún puede llevarse a la ruina a la civilización..*⁷⁸

3.3.2. Análisis de la posición de la Fiscalía –receptada por los Jueces- en el Juicio Principal de Núremberg

El discurso traído a este trabajo, es sumamente certero, en cuanto al saber jurídico al que adscribe la parte acusadora en este Juicio. Claramente para los Fiscales, la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas, y por tanto el saber el Derecho no puede limitarse a describirlo únicamente sino que debe tratarse de un saber eminentemente práctico que se ordena principalmente al obrar humano, a fin de valorarlo, de prescribir. Su presupuesto es que la reflexión racional tenga algo que decir sobre la orientación de la acción⁷⁹. El derecho no es una realidad para ser contemplada como en el orden teórico sino que tiene por objeto lo justo, o sea lo debido al otro.

Por ello se analiza el contenido de las normas que rigieron la conducta de los acusados, el contexto social y filosófico que las inspiraron; y si las conductas de los acusados se ajustaron a un orden racional que promoviera la justicia en la sociedad o el bien común; o todo lo contrario, como sucedió en el caso. Se considera al Derecho como algo exterior (realismo jurídico clásico), como algo unido al objeto y desprendido del sujeto. El Derecho, para esta parte, es la cosa justa; y por lo tanto, la norma positiva que no tenga por objeto lo justo, no podrá ser considerada Derecho.

Frente a la penosa realidad de los hechos ventilados en juicio, las partes acusadoras asumen que el saber jurídico interesa en la medida en que es directivo del obrar humano. No se trata de develar las estructuras de lo real, sino de poner el

⁷⁸ Cfr. *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-187-01.shtml>

⁷⁹ “El objeto propio de la razón práctica es lo verdadero como medida del obrar, lo verdadero que se extiende a lo bueno (...) La razón práctica, pues, no es otra cosa que la misma razón teórica contemplada bajo el aspecto de una función especial (...); esta función especial” de aplicarse al querer, acontece en la producción del obrar libre, decisorio, imperativo y directo. Decisión, imperio y dirección que abarcan todo el ámbito del obrar y hacer del hombre; técnica, bellas artes, política, derecho, ética personal. (cfr. Massini, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 157

entendimiento al servicio de la normación o encausamiento de la praxis. Justamente por ello resulta transcendente en este punto lo alegado por el Fiscal Jackson cuando rescata en el juicio, que su resultado, su legado, pueda contribuir a un mejor destino de la civilización.⁸⁰

Se analiza la maquinaria nazi sostenida por sus leyes y decretos, se pondera estos últimos a la luz de valores y principios universales, y se miden desde la razón, entendida esta última como la facultad cognitiva que por su naturaleza tiene la función de captar una esencia discurrendo, pasando de una verdad a otra, conociendo la segunda a partir de la primera⁸¹.

Y se concluye que dicha maquinaria, aún con basamento en ley positiva alemana, se ha probado que fue contraria a “...*Todos los valores de la civilización acumulados durante los siglos..., todas las ideas tradicionales de moralidad, justicia y ley*”.

Por tanto, para arribar los Jueces a una solución justa para el caso concreto, debieron moverse en los tres niveles del saber: el filosófico –qué es el Derecho, qué es lo justo-, el científico –las normas generales que podrían aplicarse al caso concreto-, y el prudencial –solución inmediata al caso concreto-.⁸² Buscaron en la filosofía jurídica la respuesta a las cuestiones que plantea el caso: ¿toda norma jurídica positiva vale?; ¿frente a la ausencia de regulación positiva cuál es el comportamiento judicial apropiado? ¿la costumbre, la ley internacional, los principios generales del derecho, tienen el valor de fuente del derecho?.

Y utilizaron en dicha búsqueda un criterio axiológico en cuanto el derecho se asume como orientado al bien; a su adecuación efectiva al fin, es decir, a la realidad vista en su aspecto de bien.

⁸⁰ Cfr. Massini, ob. cit., 163

⁸¹ Cfr. Farrel, Martín, ob. cit., 153

⁸² Javier Hervada expresa, en consonancia con el espíritu del fallo en análisis: “Una ciencia y un arte del derecho limitados exclusivamente a lo positivo son una ciencia y un arte del derecho parciales y, con frecuencia, injustos. En su sentido propio y estricto, la ciencia y el arte del derecho natural es una dimensión de la ciencia y del arte del derecho. El jurista ha de conjugar –como lo hicieron siempre los hombres del derecho hasta la aparición del positivismo- el derecho natural y el derecho positivo para encontrar la solución justa –la solución jurídica que a cada caso corresponde. (*introducción crítica al Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1981, 183

Así, se observa en la argumentación de las partes en trato el rechazo al juridicismo decimonónico imperante y una asunción de la dimensión ética respecto al Derecho; asumiendo aquellas que es una ficción el suponer que para cada caso, existe una solución proporcionada por el legislador.

El jurista que quiere saber el derecho, y así aplicarlo, necesitará, como se patentiza en este discurso, recurrir a la moral, la política, la historia, la sociología, la religión. Ello se patentiza cuando el Fiscal analiza las bases filosóficas del régimen hitleriano, la propaganda, el sistema educativo y el mito racial.

CAPÍTULO IV

EL PROBLEMA LÓGICO

“Si tú y yo somos de diferentes pareceres, le dice Sócrates a Eutifrón, sobre el número, sobre la longitud o sobre el peso, no discutiremos sobre ello. Nos bastará contar, medir o pesar y nuestra diferencia se habrá resuelto. La diferencia sólo se prolonga y se empecina cuando nos faltan instrumentos de medida o criterios de objetividad. Tal es el caso cuando existen desacuerdos sobre lo justo y lo injusto, lo bello y lo feo, el bien y el mal; en una palabra, sobre valores. Por eso, si queremos evitar que en tales casos el desacuerdo degenera en conflicto y se resuelva violentamente, no existe otro camino que recurrir a una discusión razonable. La dialéctica, o arte de la discusión, se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, en que están comprendidos unos valores”⁸³

4.1. Lineamientos para delimitar la lógica jurídica en el Juicio de Nuremberg

En este capítulo intentaré determinar, a partir de las posturas de las partes en este histórico Juicio, cuál es la óptica de aquellas acerca de la estructura que tiene razonamiento jurídico, esto es, el método que utilizan los juristas para arribar a sus conclusiones. Previo a ello, a modo de introducción abordaré la cuestión de qué se considera lógica jurídica; y cuál es la posición del positivismo y el iusnaturalismo acerca del tema.

4.1.1. La lógica jurídica

Para empezar he de señalar que “razonamiento” designa al mismo tiempo, una actividad mental y el resultado de esa actividad.

El razonamiento, como resultado de la actividad intelectual puede estudiarse con independencia de sus condiciones de elaboración. Para ello hay que fijarse en la manera como ha sido formulado, el establecimiento de las premisas y de la conclusión, la

⁸³ El profesor J. Moreau, parafraseando y comentando un texto de Platón (*Eutiphron* 7, d-d); en J. Moreau, *Rhétorique, dialectique et exigence première*, Théorie de l'argumentation, Nauwelaerts, Louvain, 1963, p. 207. citado por Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 30; <http://www.sjamichoacan.com/wp-content/uploads/2010/08/Perelman.pdf>

validez del lazo que las une, la estructura misma del razonamiento y su conformidad con ciertas reglas o esquemas previamente admitidos.⁸⁴

Expresa el Dr. Felix Lamas que la Lógica es la ciencia normativa general de los procesos racionales y a ella le toca considerar y establecer los métodos universales del pensamiento humano que, en última instancia, se reducen al orden de las inferencias inmediatas –entre otras, aunque principalmente, la inducción- y mediatas –la deducción-. Los métodos lógicos son comunes a toda ciencia, saber o proceso racional.⁸⁵

Aristóteles distinguió los razonamientos analíticos de los otros dialécticos.

Los analíticos son aquellos que parten de unas premisas necesarias o indiscutiblemente verdaderas y conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Éstos transfieren la necesidad o la veracidad de las premisas a la conclusión, siendo imposible que ésta no sea verdadera si se razona correctamente a partir de aquellas.

Si todos los B son C y todos los A son B, todos los A son C

La lógica que estudia las inferencias válidas, en virtud únicamente a su forma, se llama Lógica formal, porque la única condición que exige para garantizar la veracidad de la conclusión, si las premisas son ciertas, es que los símbolos A, B y C se reemplacen cada vez que se presenten, por los mismos términos.⁸⁶

Por otro lado, los razonamientos dialécticos se dirigen a guiar deliberaciones y controversias y su solución tiene certeza probable. Constituyen un método para razonar cosas plausibles (aquellas que parecen bien a todos); para argumentar y razonar en aquellas cosas que no es posible alcanzar certeza absoluta. Tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso; de criticar las tesis de los adversarios; y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos.

El razonamiento dialéctico se diferencia del analítico, y el silogismo dialéctico (llamado *entimema*), del silogismo riguroso de la lógica formal porque en el *entimema* no se enuncian todas las premisas, y aquellas sobre las cuales se funda son sólo

⁸⁴ Cfr., Perelman, *La lógica jurídica*, 1

⁸⁵ Cfr. Lamas, Felix, *Percepción e inteligencia jurídicas*, 18

⁸⁶ Cfr. Perelman, *La lógica jurídica*, 1

verosímiles o plausibles. Por lo demás, la estructura del razonamiento dialéctico es la misma del silogismo.⁸⁷ Señala Lamas que la dialéctica puede partir de premisas ciertas, en cuyo caso la solución del silogismo será igualmente cierta; mas cuando alguna de las premisas no sea cierta sino solo probable, la conclusión también lo será, y el pensamiento habrá alcanzado un resultado probablemente verdadero, pero provisorio, sujeto a sucesivas instancias de verificación.⁸⁸

En el silogismo formal, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, mientras que en el dialéctico, al pasar de un argumento a una decisión no puede haber necesidad, pues la decisión lleva consigo la posibilidad de otra manera, o incluso de no decidir. Siempre existe la posibilidad de transformar una argumentación cualquiera en un silogismo, añadiéndole una o varias premisas complementarias. Como ejemplo: “Este hombre es valiente, porque en una ocasión se condujo de manera valiente; este otro es cobarde, porque se ha conducido de manera cobarde.” Nada más fácil que transformar este argumento, en principio discutible en un silogismo, cuya premisa mayor sería: todo hombre posee aquella cualidad que no dudamos en atribuir a sus actos.⁸⁹

Es interesante la distinción como la define Tindale (*Acts of Arguing, 1999*) cuando distingue y expresa que a la Lógica le conciernen los productos PPC (premisas-conclusión) de la argumentación, los textos y discursos en los que se profieren afirmaciones con evidencia que las apoya, los cuales pueden ser juzgados como válidos o inválidos, fuertes o débiles. La Dialéctica se interesa por las reglas o los procedimientos que se requieren para que la argumentación se efectúe correctamente y logre sus objetivos de resolver disputas y promover las discusiones críticas. Y finalmente, la Retórica se centra en los procesos comunicativos inherentes a la argumentación, en los medios que utilizan los hablantes para lograr la adhesión de los auditorios a sus afirmaciones.”⁹⁰

⁸⁷ Cfr. Perelman, *La lógica jurídica*, ob. cit., 2

⁸⁸ Cfr. Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas*, ob. cit., 19/20

⁸⁹ Cfr. Perelman, *La lógica jurídica*, ob. cit., 2

⁹⁰ Cfr. Bermejo Luque, Lilian, *La distinción aristotélica entre Lógica, Dialéctica y Retórica y su lugar en la Teoría de la Argumentación*, Cogency, Vol 1, N° 2 (27-48), Summer 2009, http://www.cogency.udp.cl/ediciones/2/Cogency_v1_n2_03.pdf. A ello agregó que la Retórica, según

Fue Aristóteles quien diferenció Dialéctica y Retórica entre sí en el sentido recién señalado; y ambas disciplinas de la Lógica en tanto ciencia de la demostración; expresando que mientras la demostración se remite a la verdad, Dialéctica y Retórica versan sobre lo plausible.

Ahora bien, qué es lo que se considera “*lógica jurídica*” estará indisolublemente ligado a la idea que el jurista tenga del derecho. La reflexión sobre qué es el Derecho, es previa al examen de las técnicas y razonamientos propios de esta disciplina. Expresa en este sentido Felix Lamas que las preguntas acerca de cuál es la metodología del Derecho y, dependiendo de ella, qué función cumple la dialéctica, no sólo no son ajenas a la estructura de la realidad jurídica, tal como ésta aparece en la experiencia, sino que están incluidas dentro de la gran cuestión de qué es el Derecho.⁹¹

Si bien pareciera claro en la actualidad que el razonamiento jurídico es casi siempre controvertido, lo que quiere decir que el jurista frente a un caso, deberá comprometerse personalmente con la decisión que tome, pues se admite que existen buenas razones tanto una de las tesis (la escogida) como para otra diferente; lo cierto es que esta relatividad del razonamiento jurídico, no siempre fue considerada tal.

De hecho, como se observará a continuación, el Juicio de Nuremberg que es objeto de este trabajo, contribuyó a fortalecer la idea de que la técnica del razonamiento que se utilice en Derecho, no puede desinteresarse de la búsqueda de la justicia, para lo cual no bastará un razonamiento puramente formal, que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.

En el estudio de la lógica jurídica de los últimos siglos pueden distinguirse dos grandes momentos: la primera etapa desde comienzos del siglo XIX; y la segunda, caracterizada por una concepción tópica del razonamiento judicial, justamente influida por el proceso de Nuremberg.

Sosteniendo *una visión positivista del Derecho*, desde 1790 hasta 1880 aproximadamente, la Escuela de la Exégesis, que como se analizó en el capítulo II

Aristóteles, es la contraparte de la dialéctica, pues mientras la segunda expone, la primera persuade o refuta. La retórica es la “*facultad de conocer en cada caso aquello que puede persuadir.*”. Cabe destacar también que la Retórica, hasta el proceso que se inicia con Nuremberg, fue ampliamente criticada y acabó casi olvidada, al malinterpretarse que importaba una preferencia por el ornamento sobre el argumento.

⁹¹ Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas*, ob. cit., 12

pretendía reducir el Derecho a la ley, encargaba a los tribunales la misión de establecer los hechos de los que las consecuencias jurídicas derivarían a partir de las normas positivas vigentes.

En esta visión legalista, en que la pasividad del juez satisfacía la necesidad de la seguridad jurídica, se producía la aproximación entre el derecho y las ciencias. Una vez establecidos los hechos, bastaba formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debía estar formado por las reglas del derecho apropiadas, y la menor, por la comprobación de que se habían cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión venía dada por la conclusión del silogismo. Para cada situación debía haber una regla de derecho aplicable. Sólo en los excepcionales casos de antinomias y de lagunas tenía el juez un papel mas activo, pues debía eliminar unas y llenar otras, pero siempre motivando sus decisiones refiriéndose a textos legales.⁹²

En el siglo XIX Savigny funda la ciencia jurídica moderna y la llama la llama “sistema de derecho romano actual”⁹³. Él tiene la idea de que el derecho es un sistema que construye la ciencia. La idea de sistema es savigniana; la idea de un “sistema fuerte” es savigniana.

En los países de sistema jurídico continental el derecho adopta una configuración preferentemente legislativa presentándose como un conjunto de reglas abstractas que se ofrecen al juez como justificación del sentido de su decisión. Éste debe buscar en el derecho legislado, la norma que se acopla a las características del asunto controvertido que se le presenta, y proceder sin mas a su aplicación. Por el contrario en los países de sistema jurídico anglosajón el derecho adopta generalmente la forma de derecho judicial.⁹⁴

Como prolongación de la escuela de Savigny, Ihering en la segunda mitad del s. XIX condujo a una visión funcional del Derecho, para la cual éste es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover unos determinados valores. Para ello, debían formularse con cierta precisión reglas de conducta que indiquen lo que es obligatorio, y lo que permitido o prohibido para alcanzar aquellos

⁹² Cfr. Perelman, 11

⁹³ Tal es el nombre de su obra publicada en 1840

⁹⁴ Cfr. Ara Pinilla, Ignacio, *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones JB, Madrid, 223

finés y realizar aquellos valores. El juez no podía contentarse con una simple deducción a partir de textos legales; sino que debía remontarse desde el texto a la intención que guió su redacción, a la voluntad del legislador.⁹⁵

Hans Kelsen luego, expresó que lo que da sentido propio a un ordenamiento jurídico, y hace que el mismo exista como tal, es la presencia de una norma superior que determina el procedimiento de entrada en vigor de todas las normas que aspiren a incorporarse al sistema.⁹⁶ Ello lo plasma con la “pirámide”⁹⁷

Kelsen reconoce que la indeterminación del cuadro legal dentro del cual el juez ejerce su actividad, le da ocasión, no sólo para deducir la solución concreta a partir de una regla general, sino también para proceder libremente a una interpretación de la ley, que resulta de una opción ejercida por su voluntad. El juez remata el diseño que la ley presenta antes de hacer de él la premisa mayor del silogismo judicial. Al proceder de esta forma, pasando de la norma general a la decisión judicial, que constituye una norma particular, actúa como un administrador, encargado de su función, que la ejerce del mejor modo posible al tener en cuenta consideraciones de oportunidad.

Tal era en resumidas cuentas la visión decimonónica que sobre el asunto tenía el positivismo: mediante un razonamiento lógico formal (propio de las ciencias naturales), debía exclusivamente demostrarse la correcta subsunción del caso individual en la hipótesis contemplada con carácter abstracto en la norma general; con prescindencia de cualquier otra ponderación de tipo axiológica.

⁹⁵ Cfr. Perelman, ob. cit., 9

⁹⁶ Cfr. Ara Pinilla, ob. cit., 227

⁹⁷ El sistema jurídico fuerte de Kelsen, presente las siguientes características: A) Normas: Las “normas” son definiciones, conceptos (pe. mayoría de edad) que son condiciones para completar las otras normas cuando se conectan con aquellas. Todas las normas que componen el ordenamiento jurídico resultarían a la vez ejecutivas (de las normas de superior nivel jerárquico) y productivas (de las normas inferiores) con excepción de la que ocupa el vértice de la pirámide que solo sería productiva al no disponer de ninguna norma superior de la que pueda constituir su ejecución y de las que ocupan su base que quedarían limitadas a una estricta función ejecutiva ante la imposibilidad de producir normas inferiores B) Unidad: supone saber exactamente bien donde empieza y donde termina el sistema, tener claros los límites. Hay unidad del sistema C) Completitud: en el sistema jurídico están todas las respuestas que necesitamos para los problemas jurídicos que se presenten. Ello se logra con la norma de clausura en Kelsen. “todo lo que no está prohibido está permitido” D) Jerarquía: la clave es la generalidad. Cuanto mas general es una norma, mas arriba en la pirámide. E) Coherencia: no hay incoherencias y, si se detectan, hay criterios para que desaparezcan. Para ello se utilizan criterios de superioridad, temporalidad y especialidad. F) Economía: las normas no deben repetirse, reiterarse.

Tras la segunda guerra mundial, como se viene desarrollando a lo largo de este trabajo, quedó al descubierto, para una gran porción de los juristas, que el Derecho no se reducía a la “norma positiva” que el Juez debía aplicar mediante un silogismo formal; lo que dejó un lugar creciente, en la interpretación y en la aplicación de la ley, a la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable.⁹⁸ Así, *en clave no positivista*, los juristas volvieron a recurrir a razonamientos dialécticos para justificar sus afirmaciones, y a la retórica para intentar persuadir a otros (partes del juicio, comunidad en general), de aquello que afirmaban y creían.

Esa empresa condujo también a la conclusión de que, en el campo jurídico como en todos aquellos en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera se recurre a técnicas de argumentación; técnicas que, como se señaló, ya habían sido analizadas desde la antigüedad por quienes se interesaban por los discursos con los que se trataba de persuadir y de convencer a otros⁹⁹.

Hoy, la llamada “Nueva Retórica” es el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio. Autores como Perelman cuestionan el carácter meramente instrumental de la Retórica como arte de la persuasión y ponen de manifiesto el interés de la argumentación y la necesidad de dedicar esfuerzos a su estudio. Otros, como Kaufman señalan que: “es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración, sea dicho esto sin ánimo de reproche, sino a título informativo”¹⁰⁰.

Resulta clarificador Felix Lamas cuando en referencia a este punto expresa que en la medida en que una decisión o solución jurisdiccional pretenda justificación

⁹⁸ Viehweg, por ejemplo, se dedicó a impugnar el sistema kelseniano. Es una propuesta construida “antisistema”. Lo que ofrece es capacidad crítica. Da una perspectiva crítica, rupturista. Dice que el sistema es algo “negativo” dado que la perspectiva del mismo es perturbadora porque quien cree que hay un sistema entiende los casos según la categoría del sistema. Entre el jurista y el caso se interpone el sistema. Además ve que el ‘sistema’ es una ficción. No es verdad que el hecho aparece con perspectivas de ser sistémico. Dice que no hay ninguna de las características que Kelsen le atribuye. Señala Viehweg que el pensamiento del jurista es problemático, versa sobre problemas, interrogantes; y cada uno es casi siempre intransferible (aporético).

⁹⁹ Cfr. Perelman, Ch., 29. Ello, en *Retórica, Dialéctica o Tópicos* de Aristóteles

¹⁰⁰ Kaufmann, *En torno al conocimiento científico del derecho* en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1994, núm. 31, p. 19

racional, ella debe ser la conclusión de una argumentación; ahora bien, toda argumentación debe proceder de principios que, de alguna manera, precontienen la racionalidad de la conclusión. El proceso lógico discursivo, en el Derecho, y en general en todo el ámbito de la praxis humana, tiene dos extremos: unos conceptos, enunciados o normas de máxima generalidad, y un término singular, particular o concreto. Éstos son los extremos de la dialéctica jurídica.¹⁰¹

El objeto y finalidad de la argumentación jurídica pues, no es otro que el juicio normativo y regulador de la acción concreta o, dicho en otros términos, la determinación de lo que es justo, es decir, Derecho, en una situación dada.¹⁰²

4.2. La lógica jurídica desde la posición de la Defensa Técnica en Nuremberg

4.2.1. Argumentos de la Defensa

En este punto traeré un párrafo de los alegatos defensores, que resulta ilustrativo del modo de razonar para la esta parte. Adelanto que no es tarea fácil extraer de los extensos alegatos de los defensores, párrafos que demuestren concretamente cuál era el modo concreto de razonar que proponían; sin perjuicio de que considera que, con las argumentaciones ya citadas en los capítulos anteriores ha quedado al menos parcialmente evidenciado el procedimiento intelectual de aquellos para arribar a sus conclusiones.

Traigo igualmente a modo ilustrativo, nuevamente lo que decía el Defensor Seidl: “No es mi intención ahora para hacer frente a la pregunta más concretamente, si la guerra como tal, y sobre todo el inicio de una guerra de agresión, es un delito según el Derecho Internacional vigente en el momento del día del estallido de la guerra, el 1 de de septiembre de 1939. Esta pregunta ya ha sido discutida en el discurso de apertura de la defensa. Este examen de la parte legal de esta cuestión ha demostrado que ni la Sociedad de Naciones un acuerdo ni el Pacto Briand-Kellogg contiene nada que

¹⁰¹ Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas*, ob. cit., 39

¹⁰² Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas*, ob. cit., 20

permita la conclusión de que el inicio de una guerra era un delito penal y por lo tanto, punible. El Derecho Internacional válido no conocía ni la responsabilidad penal del Estado como persona jurídica, y menos aún la responsabilidad penal de los organismos del Estado, como el jefe del Estado, los miembros del Gobierno, los comandantes militares, los líderes económicos, etc”·

4.2.2. Análisis del modo de razonar de la Defensa

Claramente, en clave positivista, exhortó la Defensa a los jueces a efectuar una simple deducción silogística para arribar a una solución conforme a la ley. Propusieron los abogados defensores utilizar el sistema de la lógica formal encaminado a la obtención de un resultado totalmente objetivo y neutro; lo que suponía admitir que el Derecho es siempre y únicamente, la norma positiva. La sentencia, a criterio de esta parte, debía fundarse en una constatación acerca simplemente de la existencia o no de una regulación aplicable al caso, y la equiparación (o no) entre la conducta concreta objeto de juicio y la hipótesis abstracta.

Y así, como no existía norma dentro del esquema jurídico positivo, que previera puntualmente el inicio de una guerra de agresión como delito internacional; o la atribución de responsabilidad penal a las cabezas del régimen nazi, por los delitos cometidos a gran escala por sus subordinados; ellos deberían permanecer impunes ante la imposibilidad de construir el silogismo con base legal.

E inversamente, como sí existían normas en la ley alemana, que autorizaban llevar a cabo ciertas conductas que ahora eran objeto de imputación; pues entonces también, aquellas tampoco podían ser objeto de sanción penal.

En este último sentido, el silogismo formal a partir de los argumentos de la Defensa, hubiera sido algo como:

- Se establece legalmente en Alemania una división entre alemanes y alemanes judíos, al consagrar a los primeros como "ciudadanos del Reich" y reducir a los segundos a la categoría de "nacionales" sin pertenencia al Reich, por ser considerados como pueblos potencialmente dañinos racialmente e infra/subhumanos: Por lo que se

autoriza expresamente a los miembros del ejército nazi a encarcelarlos en campos de concentración

- Los miembros del ejército nazi a los alemanes jurídicos en campos de concentración
- La conducta de los miembros del ejército nazi de encarcelar a los alemanes judíos en campos de concentración está autorizada a los miembros del ejército nazi por la ley que establece una división entre alemanes y judíos, resultando impune tal conducta

Así razonada cada una de las conductas achacadas a los miembros del Tercer Reich acusados en el Juicio de Nuremberg como lo proponía la Defensa, todas ellas debieron concluirse no prohibidas o autorizadas; y por tanto, impunes.

4.3. La lógica jurídica desde la posición de la Fiscalía y Tribunal en Nuremberg

4.3.1. Argumentos de la Fiscalía

Traeré ahora únicamente un párrafo del alegato del Fiscal Jackson ya citado, que ayudará, junto con los ya citados en los capítulos precedentes, a analizar el procedimiento lógico utilizado por la Fiscalía (y receptado por el Tribunal) para arribar a sus conclusiones incriminatorias. Más adelante ya en el análisis de esta posición me referiré a otros tramos de los alegatos de la parte acusadora, al aboradar específicamente la argumentación jurídica efectuada para sostener su postura.

Dijo Jackson en el alegato final: *“Si no podemos eliminar las causas y evitar la repetición de estos actos bárbaros, no es una irresponsable profecía decir que el siglo XX aún puede llevarse a la ruina a la civilización.”*¹⁰³

4.3.2. Análisis del modo de razonar de la Fiscalía (receptado por el Tribunal en su sentencias condenatorias)

¹⁰³ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-187-01.shtml>

Tras la tragedia que significó para la humanidad la Segunda Guerra Mundial, durante el Juicio de Nuremberg fue imposible para el grupo de Fiscales y para el Tribunal sostener la tesis según la cual “el Derecho es la ley positiva”, pues se puso al descubierto que un Estado y su legislación pueden ser inicuos o incluso criminales.

Las partes debieron hacer alusión a principios que, aún cuando hasta ese momento no se hallaban previstos en la legislación, se imponían para todos los hombres para los que el Derecho no es sólo la expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura la Justicia.¹⁰⁴

Ciertamente no existía premisa que expresase:

“Todo aquél que encabece una estructura de poder; y de la orden a subordinados indeterminados de cometer genocidio contra un grupo religioso, será condenado...”.

O bien: *“Aquellos que dieron la orden de iniciar una guerra de agresión...”*¹⁰⁵

Solo existía el código penal alemán con sus previsiones de homicidio; y sus categorías de participación criminal que muy lejos estaban de adecuarse a esta situación nueva.

Sin embargo, la Fiscalía y los Jueces buscaron una síntesis que tuviera en cuenta el valor de la solución y su conformidad con el derecho aceptable para el caso (en numerosos tramos citan el Tratado de Versalles, las convenciones de La Haya sobre los Crímenes de Guerra, entre otros).

¿Qué procedimiento intelectual utilizaron para llegar a la decisión que consideraba equitativa, en esta cuestión jurídicamente controvertida?

Recurrieron a razonamientos dialécticos para justificar sus afirmaciones, y a la retórica para intentar persuadir a otros (partes del juicio, comunidad en general), de aquello que afirmaban y creían.

¹⁰⁴ Cfr. Perelman, Ch. ob. cit., 21

¹⁰⁵ Nótese que ni aún al día de hoy ha sido posible arribar a una defin

ición de la “Agresión” en la Corte Penal Internacional; que es la herencia mas patente de Juicio de Nuremberg, por tratarse de un tribunal penal permanente, con vocación universal, encargado de juzgar los mas importantes delitos internacionales

Fiscales y Jueces se condujeron racionalmente para justificar su decisión, utilizando una multiplicidad de argumentos (que se analizarán a continuación) como instrumento para justificar su conclusión y persuadir de que se trataba de afirmaciones correctas.

Mediante la Dialéctica determinaron la aceptabilidad de los principios y evidencias de que partieron para elaborar sus juicios; y mediante la Retórica indujeron tales juicios en los demás, de manera que resulten persuadidos.

A modo de ejemplo, parafraseando el alegato Fiscal en la frase citada, se sostuvo que (entimema):

“- No puede admitirse durante una guerra la comisión de delitos contra la humanidad, pues ellos atentan contra toda la comunidad internacional.

- Durante esta guerra se han cometido delitos contra la humanidad.

- Los delitos contra la humanidad cometidos durante esta guerra no pueden admitirse, pues ello atenta contra toda la comunidad internacional”

Así, donde la aplicación de un silogismo riguroso hubiera necesariamente concluido en la absolucón de los acusados, Fiscales y Jueces utilizaron el procedimiento intelectual de pasar de argumentos a decisiones (las que por supuesto llevaban consigo la posibilidad de otras distintas); y ello sirvió en el futuro de puntapié para la elaboración de metodologías que permitieron poner en práctica la razón, mediante una lógica de los juicios de valor que no los hiciera depender del arbitrio de cada uno.¹⁰⁶

Destacaré, del alegato final de Jackson, algunos argumentos o razones que utilizó para justificar su acusación (los que luego fueron receptados por el Tribunal en su sentencia), de modo de validar las premisas del resultado normativo, a los fines que la misma resulte mas y mejor justificada, y así logre vencer racionalmente a cualquier otra alternativa¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Entre otros, Aarnio, Alexy, Perelman

¹⁰⁷ He utilizado en este punto, algunos de los argumentos propuestos en la nómina expuesta por el Dr. Rodolfo Vigo en la ponencia presentada en el *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (Cancún, México, Mayo de 2008); publicada en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2725/8.pdf>

ARGUMENTOS REGULATORIOS: el Fiscal, en su argumentación, encuentra la respuesta jurídica ampliando la nómina de las fuentes tradicionales del derecho (en terminología decimonónica) y en su argumentación recurre al derecho de gentes, a las Convenciones de La Haya, a tratados a la costumbre internacional, a los principios generales del Derecho Internacional, (“...*Esta investigación representa el esfuerzo práctico de cuatro de los más poderosos de las naciones, con el apoyo de más de diecisiete años, de aplicación del derecho internacional para satisfacer la mayor amenaza de nuestros tiempos - la guerra de agresión.*”¹⁰⁸)

ARGUMENTOS PROBATORIOS O FACTICOS: la fiscalía da significativa importancia a los hechos que se describen en la acusación. Expresa Jackson en las líneas de la acusación al momento de la apertura del debate (“...*Lo que estos hombres representan vamos con paciencia y templanza divulgar. Le daremos pruebas innegables de los increíbles acontecimientos...*”¹⁰⁹ ...*No les pediremos que condenen a estos hombres basándose en el testimonio de sus enemigos. No hay cargo en la acusación que no pueda probarse a partir de libros y registros...Les mostraremos sus propias películas....*”). Cabe destacar en este punto que los principios que constituyen uno de los extremos de la dialéctica, requieren como complemento necesario el otro extremo que, a su vez, y a su modo, tiene también razón de principio en la concreción o aplicación de la ley y del Derecho. Y en este punto la atención debe girar a los hechos.¹¹⁰

ARGUMENTOS LÓGICOS: la tarea del acusador público se estructura con la forma global de un silogismo deliberativo, que comprende a su vez un sinnúmero de silogismos. A modo de ejemplo:

- La matanza de un grupo religioso como tal es tan perversa y tan devastadora que afecta la paz y la seguridad de toda la comunidad internacional
- Los acusados llevaron a cabo la matanza de un grupo religioso como tal

¹⁰⁸ Cfr., *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-02-01.html>

¹⁰⁹ Cfr., *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-02-01.html>.

¹¹⁰ Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas*, 47

- La matanza de un grupo religioso como tal llevada a cabo por los acusados, es tan perversa y tan devastadora que afecta la paz y la seguridad internacional

ARGUMENTOS AXIOLÓGICOS: la cuestión axiológica es tratada claramente en el caso. Las partes se enfrentan con valores, con discusiones axiológicas, y resuelven apelando a valores, entre ellos el de igualdad (principio de no discriminación racial), vida, humanidad, moral. *“Le arrebataron al pueblo alemán la dignidad y las libertades, derechos humanos inalienables para nosotros en cualquier ser humano...Alentaron la ambición alemana de convertirse en una “raza superior”, lo que implica, por supuesto, la servidumbre de los demás...Cuando afirmo que no solicitaremos la condena amenos que podamos demostrar los crímenes, no me refiero a la mera trasgresión técnica o accidental de las convenciones internacionales. Solicitamos la condena para conductas premeditadas e intencionadas que implicaron un agravio moral así como legal...lo que se les sienta en el banquillo es su conducta anormal e inhumana”*¹¹¹

ARGUMENTOS TELEOLÓGICOS: al abrir el debate, el Presidente del Tribunal expresó una vinculación entre el medio y el fin de las normas que regían el proceso: *“La finalidad de la creación del Tribunal queda establecida en el Artículo I del Estatuto como el juicio inmediato y justo y la condena de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo.”*¹¹²

ARGUMENTOS GENÉTICOS: los fiscales aluden a la génesis de la calificación legal de “crimen de guerra”, “crimen contra la paz” y “crimen contra la humanidad”.

ARGUMENTOS SOCIOLÓGICOS: el Fiscal alude al contexto social imperante al momento del dictado de la sentencia, al aludir: *“...El hecho de que cuatro grandes naciones, sonrojadas por la victoria y sumidas en el dolor, ejerzan de mano vengadora y sometan voluntariamente a sus enemigos cautivos al juicio de la Ley es uno de los mayores tributos que el Poder ha pagado jamás a la Razón...”*¹¹³

¹¹¹ Cfr. Owen, James, *Nuremberg, el mayor juicio de la historia*, 48

¹¹² Cfr., *Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg*, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-01-01-sp.html>

¹¹³ Cfr. Owen, James, *Nuremberg, el mayor juicio de la historia*, 46/47

ARGUMENTOS A FORTIORI: El Fiscal apela claramente a este argumento cuando alude: *“El sentido común de la humanidad exige que la Ley no se limite a castigar los delitos menores de la gente corriente. También debe aplicarse a los hombres que ostentan un gran poder y que utilizan de manera premeditada y deliberada para ejecutar maldades que afectan a cualquier ciudadano del mundo”*¹¹⁴

ARGUMENTOS RETÓRICOS: en numerosos tramos se apela a técnicas de persuasión: *“La civilización no puede permitirse el lujo de negociar con las fuerza sociales que recobrarían fuerza si tratamos de manera ambigua a los hombres en quienes esas fuerzas ahora sobreviven de manera precaria...No debemos olvidar jamás que la forma en que juzguemos a estos acusados hoy será la forma en que la historia nos juzgará a nosotros en el día de mañana....”*¹¹⁵

PRINCIPIOS JURÍDICOS: se argumentó en el caso a los siguientes: imparcialidad, inocencia, derecho internacional, de no discriminación racial, de humanidad.

Como se desprende del análisis de los argumentos, en este juicio el Fiscal (y luego el Tribunal) justificaron su decisión proporcionando una argumentación convincente, explicitando sus razones, y buscando el Derecho en todo el ordenamiento jurídico (derecho internacional, derechos humanos, principios generales, valores) para responder a la litis mediante razones que validaran el fallo.

En Nuremberg, las partes, frente al caso, se comprometieron personalmente con la decisión tomada; lo que importó asumir que el razonamiento jurídico es siempre controvertido y no puede desinteresarse de la búsqueda de justicia. Para ello, acudieron a razonamientos dialécticos, utilizando numerosos y diversos argumentos para justificar sus decisiones y persuadir de que, las tomadas, eran correctas.

Y recurrieron a principios que, como enseña Lamas no se extraen de una facultad especial ni de un conocimiento innato; sino que se trata de una disposición natural de la facultad intelectual humana, en tanto ella es precisamente intelectual y no meramente racional, mediante la cual el hombre se encuentra originariamente abierto a

¹¹⁴ Cfr. Owen, James, *Nuremberg, el mayor juicio de la historia*, 47

¹¹⁵ Cfr. Owen, James, *Nuremberg, el mayor juicio de la historia*, 47/49

la verdad del ser, del bien, etc. Disposición que es la mas firme y permanente del hombre, pues arraiga inmediatamente en la naturaleza misma de la inteligencia.¹¹⁶

¹¹⁶ Lamas, *Percepción e inteligencia jurídicas, ob. cit.*, 41

CAPÍTULO V

EL PROBLEMA AXIOLÓGICO

.....Justamente porque el hombre es libre y puede incluso elegir una alternativa que no se oriente al bien personal o al bien común de la sociedad política, es que debe existir este marco regulatorio que emane de la razón y se oriente al bien común al que llamamos ley...

SANTO TOMAS DE AQUINO

5.1. Lineamientos para delimitar la cuestión axiológica en Nuremberg

El problema axiológico es uno de los grandes y tradicionales problemas de la filosofía. Este problema aborda, en lo esencial, la cuestión de qué es lo que hace valer al derecho, que es lo que hace preferir al derecho. Qué es lo que hace que uno pueda afirmar que tal derecho es válido, o, en cambio, aquél otro es arbitrario o inválido y por ende no están las personas obligadas a obedecerlo. Tales son los juicios axiológicos.

Con claridad señala Guillermo Portela, citando a Risieri Frondizi, que el núcleo de la cuestión en torno al problema de los valores puede encerrarse en la preguntas: ¿tienen las cosas valor? ¿Es el deseo, el agrado, el interés lo que confiere valor a una cosa o, por el contrario, sentimos tales preferencias debido a que dichos objetos poseen un valor que les es previo y ajeno a nuestras reacciones psicológicas u orgánicas? O si se prefieren términos mas técnicos y tradicionales: ¿son los valores objetivos o subjetivos?¹¹⁷

Tal es el primer gran interrogante a abordar. Señala el Dr. Vigo en sus clases, que para comprender el derecho, para operarlo, sin duda el jurista debe entrar en política, en economía, en moral. Y sin duda debe enfrentarse con valores, con discusiones axiológicas.

En torno a las mismas pueden distinguirse al menos tres escuelas axiológicas. Me referiré sintéticamente a ellas, para luego analizar cuál fue la postura de los juristas intervinientes en el Juicio de Nuremberg, respecto de la cuestión axiológica.

¹¹⁷ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores modernos*, ob. cit., 15

La primer teoría es la *subjetivista, emotivista, irracionalista o individualista*.

Según ésta, los valores los pone cada uno, cada individuo. Entonces, el bien es lo que “yo” digo que es; y soy libre para decir lo que es el bien por tanto rechazo todo paternalismo ético.

Kelsen desde el emotivísimo ético se enrola en esta teoría. Señala el autor alemán que “El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y, en este sentido, es relativo.”¹¹⁸

Ello, es coherente con su pretensión de hacer una ciencia del Derecho absolutamente incontaminada que posea, como uno de sus pilares, la neutralidad valorativa. Kelsen define a la “norma” como el sentido de un acto con el cual se ordena o permite un comportamiento. El juicio de que una conducta es tal como debe ser, conforme una norma objetivamente válida, es un juicio de valor positivo. Así, la norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento. Por tanto buena conducta es la que se corresponde con una norma. La norma es entonces el fundamento de los juicios de valor, y, en la medida en que son establecidas por actos de voluntad humana y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ello se constituyen son “arbitrarios”. De aquí se produce una consecuencia importante: las normas establecidas por los hombres constituyen sólo valores “relativos”.¹¹⁹

La segunda teoría es la *intersubjetivista*. El bien, lo establezco con los otros; intersubjetivamente. La sociedad define su bien. Dentro de esta postura se enrolan las siguientes:

- Intersubjetivista dogmática o elemental: esta definición del bien es dogmática, irracional. El fenómeno moral es un fenómeno social. Para saber lo que es el bien y lo que es el mal hoy hay que preguntar a la sociedad. Señala Durkheim

¹¹⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Qué es la justicia?*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1966, 19

¹¹⁹ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores modernos*, ob. cit., 175/176

“...una vez que el grupo se forma, despréndese de él una vida moral que lleva, como es natural, el seno de las condiciones particulares en que se ha elaborado, pues es imposible que los hombres vivan reunidos, sostengan un comercio regular, sin que adquieran el sentimiento del todo que forman con su unión...”¹²⁰ y “...nuestro primer deber actualmente es hacernos una moral...”¹²¹.

- Intesubjetivista procedimental o racional: aquí la peculiaridad es que exigimos que el juicio moral lo pueda establecer la sociedad a través del diálogo racional, del consenso. En este sentido, según Habermas, así como antes las contradicciones sociales debían liberarse mediante la depuración de las desigualdades económicas, ahora éstas aparecen encubiertas por una distorsión de las comunicaciones. Aquí está para Habermas el problema que debe ser resuelto mediante la liberación de las trabas que impiden una comunicación libre de dominios. Su propuesta se concreta es una nueva intersubjetividad, cuya imagen más ilustrativa es el hombre que se “comunica”. El “pienso, luego existo” cartesiano va a ser reemplazado por el “nos comunicamos, luego existimos”. Por tanto, recurre a las renacidas fuentes contemporáneas que han hecho del lenguaje el nuevo “lugar” de la filosofía. La comunicación intersubjetiva mediada por el lenguaje será entonces el filón desde donde debe abreviar todo conocimiento tanto teórico como práctico, culminando en el emancipatorio, que es la base filosófica de la sociología, la ética, la política y el derecho o ideales que puedan garantizar la imparcialidad, sólo es posible garantizar la imparcialidad del juicio mediante la libre contraposición "de necesidades e intereses rivales de todos los participantes" en el acto comunicativo. De ahí las estrictas condiciones bajo las que se debe realizar el acto comunicativo para que los participantes estén convencidos que su decisión sólo estará determinada por la coacción del mejor argumento¹²².

¹²⁰ Cfr. Durkheim, Emile, *La división del trabajo social* (Tr. Carlos G. Posada, 1985), Planeta Agostini, Buenos Aires, 17

¹²¹ Cfr. Durkheim, Emile, 480

¹²² Cfr. Quintana, Eduardo Martín, *Habermas*, PRUDENTIA IURIS N° 62/63, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, “Santa María de los Buenos Aires”, Octubre 2007, 27

Y una tercera teoría, la *objetivista*, dentro de la cual se encuentra el iusnaturalismo o no positivismo, afirma la existencia de valores objetivos que van mas allá de sus concreciones históricas y cuentan con algún núcleo de universalidad.

Cita en este sentido el Dr. Portela a Manuel García Morente quien alude que de los valores se puede discutir, y si se puede discutir de los valores es que a la base de la discusión está la convicción profunda de que son objetivos, de que están ahí, y de que no son simplemente el peso o residuo del agrado o desagrado, del placer o del dolor que queda en el alma después de la contemplación del objeto. Los valores se descubren; y ello, a través de un juicio de valor que permite reconocerlos¹²³

Si hay un bien indisponible entonces no todo queda sujeto a la libertad; la matriz ha cambiado, ya es “objetivista”. Por ejemplo, a partir de esta teoría podría afirmarse que fue un error sostener la esclavitud, fue un juicio equivocado. Se puede pronunciar un juicio objetivo de algo que esta mal.

Citaré a modo ilustrativo a alguno de los referentes de la filosofía jurídica actual cuyas teorías se enrolan dentro de esta postura.

John Finnis propone analizar una noción que constituye el núcleo de su teoría: la del “valor básico”. Los valores básicos entran en cualquier consideración de las buenas razones para la acción y en cualquier descripción completa de la conducta humana; ellos son obvios, “autoevidentes”. Reconoce el autor siete bienes humanos básicos: conocimiento, vida, amistad, juego, saber práctico, experiencia estética, religiosidad¹²⁴.

¹²³ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores modernos*, ob. cit., 48

¹²⁴ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores modernos*, ob. cit., 141/146. Podrían definirse éstos “valores básicos como”: - vida: cualquiera que tiene la experiencia humana propia y de los otros sabe que la vida se aprecia. Y la vida, lo que ella conlleva (salud, alimento, protección), si se priva de ese bien no está contento. Todos aprecian la vida, y la privación de todo esto se constituye en una fuente de infelicidad. No vino con la razón; todos nacemos y procedemos así; - amistad: como encuentro con el otro. Quien no lo disfruta, no quiere encontrarse con el otro, va al médico, puede ser autista, nos inquietamos; - Juego: la presencia del juego en el chico. Debe ser entendido como lo opuesto al cumplimiento del deber. El juego es no cumplir . hacer por que me piace, porque me gusta. Juego en sentido amplio, en sentido de rascarme; - Saber práctico: tiene que ve con la libertad de manejar su vida. Con elegir la comida, lo que se hace al levantarse. En la ausencia de libertad; de alguien que se queda sin opciones, nos deprimiríamos; - Conocimiento: es la respuesta a preguntas que nos surgen o que nos imponen; - Experiencia estética: no a todos les gusta la misma música, las mismas caras. A esta noción de la estética que en forma mas desarrollada será música, arquitectura, literatura: - Religiosidad: aquellas cargas que tenemos con aquellas preguntas que la razón no nos da respuesta. Pe: la muerte, la muerte absurda, inexplicable, la infidelidad, el cielo estrellado, de donde venimos, que va a ser después (Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000)

Expresa el autor que: 1) hay ciertos bienes humanos objetivos y universales y que valen para todos los hombres; 2) estos bienes humanos básicos los conocen todos los hombres que tengan experiencia; 3) No hay una jerarquía entre estos bienes básicos.

Así, puede haber un derecho humano e inhumano. El primero protege, promueve los bienes humanos. El otro impone al hombre la ignorancia, una estética, religión, inquietud cognoscitiva, o me la quita; entonces es inhumano.

Robert Alexy, otro exponente actual de esta posición, sostiene que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones: el decisor se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas; siendo este aspecto, el de la valoración en el Derecho, indiscutible¹²⁵. No duda este autor en sostener que “el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, sigue existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”¹²⁶. Señala el Dr. Vigo que en Alexy encontramos un referente obligado de la filosofía jurídica actual, que a partir de una teoría esencialmente procedimental en sus orígenes (con puntos fuertes como la pretensión de corrección y la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico), ha llegado a elaborar una más amplia teoría jurídica, asentada sobre un concepto del derecho explícitamente antipositivista o no-positivista, que de la mano de los argumentos de la injusticia –“la injusticia extrema no es derecho” (extremes Unrecht ist kein Recht)– y de los principios, avala en definitiva conexiones conceptuales y normativamente necesarias entre derecho y moral, planteando con ello –parafraseando a Hart– un nuevo (y serio) desafío al positivismo jurídico¹²⁷.

Cabe destacar también la teoría Dworkiniana, que sostiene que hay derechos morales o preexistentes al derecho positivo; y a instancias de los principios jurídicos aquellos quedan incorporados al mundo jurídico. Señala Dworkin que al pretender y

¹²⁵ Cfr. Portela, Guillermo, *Una introducción a los valores modernos*, ob. cit., 152/157

¹²⁶ Cfr. Vigo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo*, ob. cit., 1

¹²⁷ Cfr. Vigo, *Balance de la Teoría Jurídica Discursiva de Robert Alexy*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina), 225

prescribir a los jueces que argumenten desde los principios se está indicando el camino para que los derechos anteriores a toda legislación queden preservados y respetados.¹²⁸

Por su parte Kaufmann, señala que lo que sí es susceptible de universalización, es aquello que para todo hombre significa una desgracia (utilitarismo negativo); concretamente: enfermedad, padecimiento, dolores, miseria, hambre, falta de techo; a lo que agrega el significado muy importante que para la ética de contenido tienen los derechos humanos, que son ampliamente susceptibles de universalización.¹²⁹

Y por último, traeré a Willey quien sobre la cuestión manifiesta quien también ingresa en la discusión axiológica afirmando como definición primera u originaria del derecho, a la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad; y como definición derivada al arte, profesión o actividad que determina o dilucida lo suyo de cada uno.¹³⁰

5.2 Argumentos de la Defensa de los jerarcas nazis a propósito de la cuestión axiológica y su análisis

5.2.1. Argumentos centrales de la Defensa

¹²⁸ Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica*, pag. 54. Dworkin los distingue de las normas a partir: -el test de origen o pedigree. A los principios no se les puede aplicar el test de origen; a las normas sí. Se puede averiguar quien las hizo nacer, quien les dio origen. El principio está en el derecho; no hay test de origen si hay normas. En tensión se elige por una de ellas. Los principios no elegidos en un caso, siguen en el derecho. No se ven afectados por su no aplicación a un caso; -Los juristas aplican las normas por silogismo, porque tiene dos elementos. Son un juicio, la unión de dos conceptos “el que mata, debe ir preso”. Se aplica a través de un silogismo y la norma es la premisa mayor “el que mata debe ir preso”, “Juan mata” “Juan debe ir preso”. Los principios se aplican a través de la ponderación, pesándolos. Tienen dimensión de peso; - Hay principios que no son derechos humanos (Pe: división de poderes, que es propiamente estructural, no es fundamental). Los derechos fundamentales sí son principios. Las normas muy lejos se remontan a un contenido moral; - se puede hacer una nómina exhaustiva de todas las normas. No así de todos los derechos; - (el más importante para Alexy). La norma es un mandato definitivo y el principio es un mandato de optimización. La norma manda una cierta conducta que agota la exigencia de la norma. Pe. Pagar \$ 20 del 1 al 15. El principio manda la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas; - Las normas se aplican o no se aplican. Los principios no se pueden aplicar de manera directa a ningún caso, deben construir un enunciado normativo general. Pe. ppio. de imparcialidad. Para poder resolver según el principio, construyo un enunciado normativo que sirva para casos análogos. El principio es derecho concentrado que el jurista explicita para el caso.

¹²⁹ Cfr. Kaufmann, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, Monografías Jurídicas, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, 85

¹³⁰ Cfr. Vigo, *Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo*, 57

Nuevamente a esta altura habré de destacar algunos párrafos altamente ilustrativos, extraídos de las actas del debate de Núremberg, correspondientes a las defensas técnicas de los acusados, a fin de desentrañar la visión axiológica del derecho para esta parte.

En un tramo de su alegato, el abogado Siemers, Defensor de Erich Raeder, expresó que: “...Uno puede ser un pacifista y por lo tanto, básicamente, oponerse a la fuerza militar, pero entonces uno debe ser coherente y debe adoptar una postura no sólo contra la fuerza militar alemana, sino en contra de cualquier fuerza militar. Uno puede condenar el hecho de que las autoridades militares, incluso la autoridad operacional, elabore planes militares, y uno puede en el futuro, insistir en que esta planificación sea punible. Pero entonces, no sólo la planificación militar alemán, sino también la planificación militar extranjera debe ser punible...”¹³¹

Por su parte, el Dr. Alfred Seid, Defensor de Rudolf Hess, dijo: “... La regulación prevista en el artículo 9 de la Carta no sólo significa una contribución lamentable a la aceleración de la reducción aparentemente inevitable de los hombres a miembros simples de una masa, sino que es, además, una recaída en los primeros comienzos de los conceptos de derecho penal. Teniendo en cuenta estos hechos, no se puede reconocer que esta disposición de la Carta esté de acuerdo con la legislación vigente, que se deriva de las creencias generales legales de todos los miembros de la comunidad de Derecho Internacional, y del principio general del derecho penal en todos las naciones civilizadas...”¹³² *No debe haber ninguna duda de que la ley, no importa la fuerza que tenga en la vida social, solamente puede jugar una parte subordinada en la prevención de la guerra. Esto es así sin ninguna limitación mientras la comunidad de las naciones esté compuesta de estados soberanos que no reconocen ningún código legal derivado de una autoridad superior, y mientras no haya ningún procedimiento ni exista ninguna organización que, en virtud de su propio poder autoritario, pueda establecer leyes limitando los reclamos de los legítimos requerimientos de las naciones y poniendo a las naciones en armonía una con la otra.*

¹³¹ Cfr., Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-180-04.shtml>

¹³² Cfr., Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-186-08.shtml>

Mientras no se llenen estas condiciones la justicia no puede estar bajo dominio de las relaciones internacionales. La fuerza reguladora está en la vida de la nación donde descansa directamente en el poder del Estado que está detrás de ésta. Tentador como pueda ser tratar de establecer por lo menos una ley internacional mas poderosa y mejorada en las ruinas que nos dejó en el pasado la guerra mundial, este intento está condenado al fracaso si no coincide con un nuevo orden que comprenda todas las relaciones internacionales y si las leyes internacionales no son simultáneamente parte de un orden que garantice los derechos indispensables a todas las naciones y que asegure en particular la satisfacción de los reclamos legítimos de cada nación a una parte proporcional de la riqueza material del mundo. La Carta del Tribunal Militar Internacional indudablemente no es parte de ese nuevo orden general. Fue redactada por los poderes victoriosos para un límite de tiempo como base para el juicio criminal contra los hombres de Estado, comandantes militares y líderes económicos de los países del eje que habían sido parte esencial en este acuerdo. Aparece como una medida legislativa ad hoc en razón de su límite de tiempo de un año estipulado por el artículo 7. En realidad no quedan dudas que las partes esenciales de la Carta no están de acuerdo con la convicción general de los miembros de la comunidad legal internacional y que ellos en realidad no constituyen una ley internacional válida. Bajo estas circunstancias la penalización de un crimen contra la paz y por la participación de un plan común para iniciar una guerra de agresión solamente podría tener lugar con leyes internacionales preexistentes si el Tribunal decidiera en violación del principio nulla poena sine lege, en una extensión jurídica de la ley internacional. Grande como podría ser la tentación, las consecuencias serían incalculables. No solamente sería violado un principio que es derivado de los principios de la ley criminal de todas las naciones civilizadas y que constituye en particular un componente integral de la ley internacional como podría ser que un acto pueda ser penalizado solamente cuando su carácter penal fue jurídicamente especificado con prioridad a la comisión de ese acto, pero sobre todo, en vista del hecho que en el presente juicio los hechos fueron probados que excluyen la jurisdicción de los cargos uno y dos del acusación y la jurisdicción del tribunal, la violación del principio nulla poena sine lege combinado con estas circunstancias especiales debe poner en duda el concepto de la ley todo junto. Para no obstruir el genuino progreso hacia una legislación

internacional entonces solamente el código internacional actual que fue válido al momento de que los actos fueron cometidos puede ser considerado la base legal para el juzgamiento de este tribunal.

También como ya se ha señalado, expresó Goering al Tribunal: “...El señor Jackson ha dicho, además, que no se puede acusar y castigar a un Estado, sino que hay que responsabilizar a sus líderes. Parece olvidar que Alemania era un Estado soberano, y que su legislación no estaba sujeta a jurisdicción de países extranjeros...”¹³³

5.2.2 Análisis de los argumentos de la parte defensora

Como puede observarse, impera por una parte, en el discurso de la Defensa, una posición juricista, irracionalista, de la dimensión axiológica, propia del modelo dogmático.

Siemers, para comenzar, en una crítica al proceso de Nuremberg relacionada a la desigualdad que importa juzgar por sus acciones sólo a los vencidos, y no a los vencedores, deja vislumbrar una mirada subjetivista, sobre los valores, al referirse a que “...Uno puede ser un pacifista y por lo tanto, básicamente, oponerse a la fuerza militar...”; pues sus dichos contienen la afirmación de que los valores son “lo que yo digo que son”. Entre líneas dice Siemers “Ahora se oponen a las acciones del régimen nazi, no porque vulneran derechos humanos básicos, sino dado que ustedes, que se dicen “pacifistas”, dicen que son disvaliosas. Ustedes, potencias aliadas –no nosotros-, consideran disvaliosas las acciones militares acontecidas en la segunda guerra mundial. Y como ahora son ustedes quienes dicen que es lo valioso o disvalioso –aquí la posición irracionalista de esta postura-, pues entonces sean coherentes y juzguen también sus propias conductas”.

En el mismo sentido, Seidl aboga por la aplicación al caso de las categorías clásicas de participación criminal, que ciertamente carecían de una previsión adecuada a la situación de los jefes nazis; y señala que las leyes penales que las contenían, eran compatibles “con la dignidad del hombre”. Así, por un lado, observo entonces también que en clave iuspositivista, la Defensa de Hess reconoce la existencia de un principio en

¹³³ Cfr. Owen, James, “Nuremberg. El mayor juicio de la historia”, Crítica, Barcelona, 2007, 330/331

la medida en que esté implícitamente puesto por el legislador. Y por otro lado, en esta misma inteligencia rechaza el Sr. Defensor la existencia de principios preexistentes a la norma, que mandan para el caso la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas, y se aplican a través de la ponderación.

También puede vislumbrarse un sesgo intersubjetivista en una afirmación del Defensor de Hess cuando sostiene *“No solamente sería violado un principio que es derivado de los principios de la ley criminal de todas las naciones civilizadas y que constituye en particular un componente integral de la ley internacional como es que un acto pueda ser penalizado solamente cuando su carácter penal fue jurídicamente especificado con prioridad a la comisión de ese acto”*; y cuando alude a que *“la fuerza reguladora está en la vida de la nación, donde descansa directamente en el poder del Estado que está detrás de ésta”* y *“no quedan dudas que las partes esenciales de la Carta no están de acuerdo con la convicción general de los miembros de la comunidad legal internacional y que ellos son en realidad no constituyen una ley internacional válida”*; pues afirma con estos dichos, que es sociedad (las “naciones civilizadas”, la “comunidad internacional”) quienes definen qué es el bien, qué es el Derecho. Expresan entre líneas que: “estos valores, los principios de la ley criminal, los puso la sociedad y se reproducen en casi todos los códigos penales modernos. Pues entonces, corresponde estar a aquellos aunque, en este caso, ello derive en admitir conductas como las cometidas por los acusados”.

A partir de lo antes dicho, y como respuesta al problema axiológico planteado, puede sostenerse que para la Defensa de los acusados de Nuremberg, el derecho que “debe ser” o derecho preferible, es el positivo, cuyo análisis debe escindirse de cualquier valoración a la luz de principios y valores que no estén expresamente contenidos en la ley positiva. Así entonces, los jueces deberán operar dogmáticamente con el derecho positivo, marginando toda consideración valorativa (visión subjetivista).

Asimismo recurren a principios del derecho –sobre todo del derecho penal– aludiendo a que esos valores fueron puestos, definidos por las “naciones civilizadas” y por tanto deben ser respetados y aplicados (postura intersubjetivista).-

5.3 Argumentos de la Fiscalía a propósito de la cuestión axiológica – receptados en el fallo por el Tribunal- y su análisis

5.3.1. Argumentos centrales de la parte acusadora

Nuevamente he seleccionado para esta parte del análisis, algunos argumentos centrales de los alegatos de los Fiscales, y doctrina del Tribunal, para analizar su posición frente al problema axiológico, e intentar verificar si se reconocen valores objetivos en el caso, si identifican principios, y en caso afirmativo, así, determinar desde que filosofía del derecho habla esta parte.

Del discurso de apertura de Jackson: “El refugio de los acusados puede ser sólo su esperanza de que la Ley Internacional vaya tan retrasada con respecto al sentido moral de la humanidad que considere que lo que es un crimen en el sentido moral ha de ser considerado algo inocente según la ley. La Civilización se pregunta si la ley va tan retrasada como para que sea inútil enfrentarse a crímenes de esta magnitud cometidos por criminales de este orden de importancia. No espera que hagan de la guerra algo imposible. Espera que su acción judicial ponga las fuerzas de la Ley Internacional, sus perspectivas, sus prohibiciones y, por encima de todo, sus sanciones, del lado de la paz, para que así a los hombres y mujeres de buena voluntad en todos los países se les pueda "dejar vivir sin el permiso de nadie, bajo la ley".¹³⁴

En su alegato final expresó¹³⁵: “...y busca guía no solamente en la ley internacional sino también por los principios básicos de la jurisprudencia que son asumidos por la civilización y que han encontrado base en los códigos de todas las naciones... Pero la justicia en este caso no tiene nada que ver con ninguno de los argumentos que fueron invocados por los abogados defensores en su alegato. No hemos previamente ni necesitamos ahora discutir los méritos de todas sus filosofías oscuras y tortuosas. No los estamos juzgando por la posesión de extrañas ideas. Es su deber, si ellos eligen, renunciar a la herencia hebraica en la civilización de la que Alemania fue una vez parte, ni es nuestro asunto que ellos repudieran la influencia helénica también. La bancarrota intelectual y la perversión moral del régimen nazi podría no haber sido del interés de la ley internacional si no hubiera sido utilizada para marchar a paso de

¹³⁴ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-01/tgmwc-01-02-01.html

¹³⁵ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-187-01.shtml> (y siguientes)

ganso a través de las fronteras internacionales. No son sus pensamientos, son sus actos los que consideramos crímenes. Sus credos y enseñanzas son importantes solamente como evidencia de motivo, propósito, sabiduría e intento... Nosotros podemos admitir también que el mundo ha fallado en proveer remedios políticos o legales a los que serían honorable y aceptablemente alternativas a la guerra.... Las leyes eran promulgadas con tanta ambigüedad que podían ser usadas para penar a casi cualquier acto inocente. Era por ejemplo un crimen provocar cualquier acto contrario al bienestar público...Con todas las oficinas administrativas en control nazi y con la Reichstag reducida por impotencia la judicatura quedaba como el último obstáculo a este reino de terror pero su independencia fue prontamente cortada y fue reorganizada para dispensar una justicia venal... Como la ley era lo que los nazis decían que era, toda forma de oposición era rechazada y cualquier voz que disentía era acallada. Alemania estaba atenazada por un Estado policial que usaba el miedo de los campos de concentración para impedir que la sociedad se resistiese... ”

Por su parte, el Fiscal Sir Hartley Shawcross¹³⁶, Fiscal Jefe del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, expresó entre los argumentos mas sobresalientes de su alegato: “...En todos nuestros países cuando al calor de la pasión o por otros motivos que menoscaban la moderación algún individuo es asesinado el asesinato se convierte en una sensación, despierta nuestra compasión y no podemos descansar hasta que el criminal es castigado y el Estado de Derecho reivindicado. Haremos menos cuando no uno sino al menos doce millones de hombres, mujeres y niños fueron puestos a morir? No en batalla, no en pasión, pero en el frío, calculado, deliberado, intento de destruir naciones y razas, de desintegrar tradiciones, instituciones y la existencia de Estados antiguos y libres. Doce millones de asesinatos. Dos terceras partes de los judíos en Europa exterminados, mas de seis millones de ellos en los números de los propios autores. Asesinados en hechos como en una industria de producción masiva en las Cámaras de gas y en los hornos. Por estos delitos estos hombres podrían haber sido procesados por acción sumaria ejecutiva y haber tenido el tratamiento que ellos le dieron a tantos millones de gente inocente y ellos difícilmente podrían haberse quejado. Pero este Tribunal es para juzgar su culpabilidad no sobre bases éticas o morales pero

¹³⁶ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-19/tgmwc-19-187-06.shtml>

de acuerdo a la ley. La justicia natural que demanda que esos crímenes no queden impunes al mismo tiempo insiste en que ninguna persona debe ser castigada si no hay un examen cuidadoso y paciente de los hechos que muestren que ésta compartió la culpa por lo que se había hecho. Y así durante estos meses este Tribunal estuvo investigando hechos, y ahora debe aplicar la ley para al mismo tiempo hacer justicia a estos individuos como a sus incontables víctimas y también que el mundo sepa en definitiva que la predominancia del poder va a hacer que la ley y la justicia gobiernen las relaciones entre los estados... Cuando uno considera la naturaleza y la inmensidad de los crímenes cometidos, la responsabilidad de quienes ocuparon las más altas posiciones de influencia y autoridad en el estado Nazi es manifiesta y fuera de toda duda. Durante años, en un mundo donde guerra en sí misma había sido declarada un crimen, el estado alemán se organizó para la guerra; en un mundo donde proclamamos la igualdad de los hombres, los judíos fueron boicoteados, privados de sus derechos elementales de propiedad, la libertad, la vida misma..; durante años los ciudadanos honestos vivieron con miedo de ser denunciados y detenidos por una u otra de las organizaciones gubernamentales (criminales) a través de las cuales estos hombres gobernaron Alemania. Por años en todo el Reich alemán millones de esclavos extranjeros trabajaron en granjas y fábricas y fueron trasladados como ganado en cada ruta y en cada línea de ferrocarril... El primer hombre juzgado por asesinato se puede haber quejado de que ningún tribunal juzgó un caso así antes. Los métodos del procedimiento, los castigos específicos, los tribunales apropiados, siempre pueden definirse por proclamación posterior. La única innovación que ha introducido esa Carta es proporcionar la maquinaria, desde hace tiempo, para llevar a cabo la ley vigente y no hay ningún argumento en la (queja) que la Carta es un instrumento post factum, tanto en declarar criminales las guerras de agresión, como en asumir que el estado no es inmune a la responsabilidad penal... La ley tiene vida, crece. En ningún otro ámbito es mas necesario afirmar que los derechos y deberes de los estados son los derechos y deberes del hombre y a menos que obliguen a personas, no obligan a nadie. Es alarmante que quienes ayudan y amparan, defienden y logran la comisión de un delito, estén ellos mismos exentos de responsabilidad... Y por ultimo se dice que estos hombres miserables fueron impotentes instrumentos en manos de Hitler, que, ordenados a hacer, hicieron a regañadientes. La defensa de ordenes superiores esta

excluida por la Carta, aunque el artículo 8 prevé que podrá, en casos apropiados, ser considerada para mitigar la pena si el tribunal considera que la justicia lo requiere... No hay ninguna norma de derecho internacional que proporcione inmunidad para quienes obedecen ordenes que, sea legal o no en el país donde se emite, sean manifiestamente contrarias a la ley natural de la que ha nacido el derecho internacional. Si el derecho internacional va a ser aplicado, debe ser superior a las leyes del estado a este respecto, debe considerar la legalidad de lo que se hace por internacional y no por pruebas del derecho de estado. Por todas las pruebas del derecho internacional, de la conciencia común, de la humanidad elemental, estas ordenes, si de hecho fue en obediencia a las ordenes que estos hombres actuaron, eran ilegales. Entonces, se los debe absolver?..Las naciones que adhieren a la Carta de este tribunal sienten que es adecuado y necesario, en el interés de la civilización, decir que estos hechos, aunque estén de acuerdo con las leyes del estado alemán, leyes que fueron creadas por ese gobierno y su cabecilla, al ser cometidos con la intención de afectar a la comunidad internacional (esa es la conexión con los otros crímenes que se les imputan) no meras cuestiones de interés nacional sino crímenes contra la Ley de las Naciones: yo no minimizo el significado para la doctrina política y la jurisprudencia que aquí esta implícito. Normalmente el derecho internacional reconoce al estado como tratar a sus propios ciudadanos, es una cuestión de jurisdicción nacional.

Finalmente cabe también destacar al Fiscal Jefe Auguste Champetier de Ribes, de Francia, quien expresó en su alegato final: *Ante este Tribunal los acusados y sus abogados han dicho mucho en cuanto a la protección a la que la población civil inocente tiene derecho y se han referido a esto como a un principio obvio, nosotros hemos establecido el hecho que los acusados han violado deliberadamente este principio tratando a esas poblaciones civiles con el mas completo desprecio por la vida humana. Es necesario recordar las terribles palabras del acusado Keitel: "la vida humana vale menos que nada en los territorios ocupados"¹³⁷*

5.3.2 Análisis de los argumentos de la parte acusadora

¹³⁷ Cfr. Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes Nuremberg, <http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/tgmwc-20/tgmwc-20-189-01.shtml>

Como se desprende de los argumentos analizados, el Juicio de Nuremberg, sus devastadoras consecuencias, y las inhumanas conductas que fueron su objeto, determinaron a los Fiscales y Jueces a operar con el derecho desde una filosofía respetuosa de los derechos humanos básicos, y por ende objetivista en la aceptación de que aquellos existen.

Asumieron los jueces una posición axiológica frente al caso, tamizando los hechos desde la operatividad inalienable de los derechos humanos. Construyeron la acusación y la sentencia, desde la filosofía del derecho, con escasa ciencia jurídica disponible.

Cuando sostiene Jackson que *“El refugio de los acusados puede ser sólo su esperanza de que la Ley Internacional vaya tan retrasada con respecto al sentido moral de la humanidad que considere que lo que es un crimen en el sentido moral ha de ser considerado algo inocente según la ley.”*; está implícitamente reconociendo que ciertos crímenes de extrema gravedad que son considerados tales desde un punto de vista moral, nunca pueden ser considerados inocentes según la ley positiva; y si lo son, pues entonces aquella no es Derecho plenamente válido, y por no tanto, no habrá de ser cumplida. Los jueces, por primera vez desde el siglo XIX, dejan de ser “la boca de la ley” y admiten la existencia de ciertos valores objetivos con algún núcleo de universalidad.

Este párrafo del alegato, junto al ya citado *“...No hay ninguna norma de derecho internacional que proporcione inmunidad para quienes obedecen ordenes que, sean legales o no en el país donde se emiten, sean manifiestamente contrarias a la ley natural de la que ha nacido el derecho internacional...”*, entiendo conforman los antecedentes más palpables de lo que años después fue la regla de Radbruch (a quien me refiriera al tratar la cuestión ontológica) 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. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la

justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica."¹³⁸. Ello por cuanto se sostiene que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una medida insoportable¹³⁹ o “*sean manifiestamente contrarias a la ley natural*”.

Es decir, en Nuremberg, como se desprende de las alegaciones de los Fiscales, se expresa por primera vez en los últimos dos siglos que no cualquier contenido es compatible con el Derecho. Luego Radbruch sintetiza dicha idea filosófica: "la injusticia extrema no es derecho".

Con esta posición, se abandona la visión irracionalista del derecho, y como admite el mismo Kelsen, vuelve a tener influencia el tipo racionalista de filosofía jurídica¹⁴⁰. Expresamente se posicionan en la vereda contraria del subjetivismo los acusadores de Nuremberg cuando en el reproche a lo acontecido en el régimen nazi señalan que “*...Como la ley era lo que los nazis decían que era..., toda forma de oposición era rechazada y cualquier voz que disentía era acallada. Alemania estaba atenazada por un Estado policial que usaba el miedo de los campos de concentración para impedir que la sociedad se resistiese...*”

Asimismo, cuando se afirma “*la perversión moral del régimen nazi podría no haber sido del interés de la ley internacional*”, también se introduce la idea de aceptación de un derecho injusto (luego profundizada por Radbruch) pues en absoluto se exige una orientación de la totalidad del Derecho hacia la moral. Como señalaría luego Alexy: “...En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las

¹³⁸ G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, 89. El artículo de Radbruch fue publicado por primera vez en 1946, en el primer volumen del Süddeutschen Juristen-Zeitung, 105-108. Citado por Alexy, Robert, Una defensa de la fórmula de Radbruch, Traducción del alemán de José Antonio Seoane, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>

139

¹⁴⁰ Conf. Kelsen, Hans, *Qué es la justicia?*, cit. 71

normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica...”¹⁴¹

Otras frases reveladoras de lo fundamental de este fallo en torno al problema axiológico, son: *“La justicia natural que demanda que esos crímenes no queden impunes al mismo tiempo insiste en que ninguna persona debe ser castigada si no hay un examen cuidadoso y paciente de los hechos que muestren que ésta compartió la culpa por lo que se había hecho”* y *“No hay ninguna norma de derecho internacional que proporcione inmunidad para quienes obedecen ordenes que, sea legal o no en el país donde se emite, sean manifiestamente contrarias a la ley natural de la que ha nacido el derecho internacional.”*

Éstas sintetizan mucho de lo que he venido diciendo en este trabajo, y patentiza la postura axiológica que constituye el legado de Nuremberg.

En primer lugar, esta reflexión, al hablar de “justicia natural”, alude a ese objetivismo supuesto desde alguna posición axiológica. A eso “jurídico” que vale como tal aunque ninguna autoridad lo haya reconocido hasta entonces. Habla de alguna juridicidad dada, indisponible.

En segundo lugar, con esta expresión remite la juridicidad indisponible a la naturaleza humana o a la experiencia humana, lo que es propio de la tesis “iusnaturalista” en la que entiendo podría enrolarse al equipo acusador de Nuremberg a partir de todo lo dicho.

Y en tercer lugar, al remitir a los hechos, como el objeto a examinar cuidadosa y pacientemente a fin de aplicar el Derecho, aparece el plano fáctico, el conocer y fijar los hechos como esencial en el análisis del caso, como un mundo cargado de problemas y de posibilidades, lo que es propio de la mirada filosófica sobre los problemas del Derecho. Mas aún si se tiene en cuenta que hasta entonces la importancia de los hechos del caso era minimizada, y el Juez únicamente tenía como función fijarlos para construir la “premisa menor” del silogismo.

También se vislumbra la dimensión axiológica cuando se afirma *“y también que el mundo sepa en definitiva que la predominancia del poder va a hacer que la ley y la justicia gobiernen las relaciones entre los estados...”* pues se lo reconoce en el Derecho un saber orientado al valor “justicia”.

¹⁴¹ Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, 76

Finalmente, observo se identifican expresamente en el fallo los principios de vida, igualdad de los hombres, libertad y hasta propiedad aunque no hubiese existido al momento del Juicio, un acto de autoridad por parte del gobierno alemán que los hubiere hecho nacer. Ellos operaron –y operan- estén o no positivizados en una norma.

CONCLUSIONES

Poco a poco se va desvelando la secreta afinidad que convierte al jurista en oportuno aliado de una rehabilitación de la filosofía práctica.

RODOLFO VIGO¹⁴²

Como fuera expuesto al inicio de este trabajo, su objeto de estudio consistió en analizar el contenido del Juicio Principal de Nuremberg a partir de fuentes primarias, para intentar identificar cuál fue la posición de las partes intervinientes en el mismo frente a los grandes problemas filosóficos del Derecho; y así desentrañar el motivo de su trascendencia para juristas y filósofos.-

Con dicho norte se analizaron las argumentaciones de las partes y del Tribunal intentando desentrañar su posición frente a la cuestión ontológica, gnoseológica, lógica y axiológica del derecho. Ello, ha permitido reconocer, mediante los conceptos concretos contenidos en los alegatos, cómo se posicionó cada uno de los actores del histórico juicio frente a los grandes problemas filosóficos planteados, de modo de conocer de qué modo arribaron a conclusiones que marcarían el quiebre de la cultura jurídica de raigambre netamente legalista imperante hasta el mismo.

Considero que el análisis de las distintas posturas a partir de las fuentes directas enriquece su comprensión pues permite acceder al núcleo mismo de lo acontecido en dicho proceso en el que se juzgaron las conductas mas aberrantes cometidas en la historia de la humanidad; y ello hace mas visible y patente la conclusión a que el jurista arribará frente los ejemplos mas extremos, según la posición filosófica que tenga respecto del Derecho.

Algunas ideas centrales pudieron ser esbozadas a partir de las líneas trazadas por acusadores y jueces en sus palabras de apertura y cierre del debate, y configuran, a mi modo de ver, una parte trascendente del legado del mismo, a saber:

- Se reconoce la existencia de alguna juridicidad dada en el Derecho, alguna juridicidad indisponible; existente aún cuando el Derecho positivo del Estado, no la recepte.

¹⁴² Cfr., Vigo, Rodolfo Luis, “*Razonamiento justificatorio judicial*”, Doxa N. 21, vol II, (2010), pag. 483

- El saber jurídico interesa en la medida en que es directivo del obrar humano; no es una realidad solo para describir, para contemplar; sino para valorar y prescribir.

- El método silogístico de la lógica formal no alcanza para resolver un caso, pues, como habrá de buscarse la solución justa, se deberá poner en práctica la razón y formular un juicio sobre el valor de la conclusión.

- Existen ciertos valores objetivos que cuentan con algún núcleo de universalidad, que son los hoy llamados Derecho Humanos.

Como puede observarse, el significado del proceso de Nuremberg no queda tanto en su función de cierre de una época, como en la apertura de una nueva época.

Ello pues de cara al pasado, tras este histórico juicio, aún cuando continúa teniendo un valor fundamental la letra de la norma positiva, pues se reconoce en ella el núcleo del principio de la seguridad jurídica; con la mirada puesta hacia el futuro, la gravedad de lo ocurrido en el Holocausto, coloca la jurista frente a la necesidad de reconocer y revalorar aquellos derechos humanos mas básicos y elementales (vida, dignidad, libertad, igualdad), que, frente al caso concreto, nunca pueden desconocerse, aún cuando –como ocurría con ley alemana- la letra de la norma no los previera. Ello, en aras del valor Justicia.

Se advierte a fuerza de los tremendos hechos acontecidos, que el Juez, aunque aplique el derecho positivo en la mayor parte de sus decisiones, en ciertos casos, si éste resulta manifiestamente contrario a lo “justo”, deberá ser quien, mediante su decisión, confirme la vigencia de los derechos humanos.

Cabe destacar también en esta conclusión que, por todo lo antes dicho, fue a partir de este Juicio que se modificaron las constituciones de muchas naciones, y se constitucionalizaron los derechos individuales. Por ello se sostiene que fue el punto de inflexión para el paso de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho constitucional. Asimismo, a nivel internacional, en el año 1948 las Naciones Unidas produjeron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que incorporó a un texto positivo, escrito, los “derechos naturales” más reconocidos (a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libre expresión, etc.); y tras ésta se sancionaron numerosos tratados de derechos humanos, muchos de los cuales conforman hoy nuestro bloque constitucional. Asimismo, fue y es inspirador de numerosas teorías por parte de dogmáticos y filósofos del Derecho; así como de la creación de Cortes Penales

Internacionales para el juzgamiento de los más graves delitos internacionales por aplicación del principio universal.

Por todo ello es que –aún con sus deficiencias-, todavía hoy se reconoce la importancia de este proceso. El vuelco fundamental que Nuremberg significó para la cultura jurídica, en el sentido de la recuperación de los valores en el ámbito del Derecho; y, consecuentemente, también para la tarea del Jurista quien frente al caso, habrá de operar racionalmente con todo el ordenamiento jurídico, justificando su decisión a partir de valorar, ponderar y comparar las posibles alternativas, a fin de arribar mediante la argumentación jurídica, con su decisión, a una solución justa.

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTOS, ARTÍCULOS y VIDEOS DOCUMENTALES CONSULTADOS

- Robert Alexy, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, Traducción del alemán de José Antonio Seoane, "<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf>"
- Ignacio Ara Pinilla, Ignacio, “Teoría del Derecho”, Taller Ediciones JB, Madrid, 223
- H. Arendt, “Eichmann en Jerusalén”, Editorial Lumen 2000, 3 edición
- Aristóteles, “La Política”, Impreso por Casa Editorial Garnier Hermanos, Traducción de Nicolás Estévanez, Paris, Francia, Primera Edición 1932. Formato PDF. Coordinación de formato PDF: Rosa María Matías Estrada. Elaboración de formato PDF: Lorena Ambriz Barajas, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=766>
- Aristóteles, “Moral a Nicomaco”, Libro 6º, IV, Biblioteca Filosófico, Obras Filosóficas de Aristóteles. Vol. I. Traducción Patricio de Ascarate
- Manuel Atienza, “El derecho como argumentación”, Ariel Derecho, 2006
- Emile Durkheim, “La división del trabajo social”, Carlos G. Posada, 1985, Planeta Agostini, Buenos Aires
- Lilian Bermejo Luque, “La distinción Aristotélica entre lógica, dialéctica y retórica y su lugar en la Teoría de la Argumentación”, Cogency, Vol I nº 2, Summer 2009
- Bueno, Gustavo, “El sentido de la vida”, Pentalfa, Oviedo, 1996
- Martin Farrel, “La metodología del positivismo lógico”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1976
- Juan Manuel Gramajo, “El estatuto de la Corte Penal Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2003
- R. Guastini, “Derecho dúctil. Derecho Incierto”, Buenos Aires, Astrea, 1985
- Guillermo J. Fierro, “La Ley Penal y el Derecho Internacional”, 2ª Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1997

- Javier Hervada, “Introducción crítica al Derecho Natural”, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1981
- Juan Pablo II, (Karol Josef Wojtyła), “Discurso en el Memorial del Holocausto de Israel, 23 de marzo de 2000
- Arthur Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del Derecho”, Persona y Derecho, Pamplona, 1994
- Arthur Kaufmann, “La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad”, Monografías Jurídicas, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998
- Christopher Keith, “La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente”, artículo de la Revista Internacional de la Cruz Roja, 31-03-1998
- Hans Kelsen, “¿Qué es la justicia?”, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1966
- Hans Kelsen, “Teoría General del Derecho y del Estado”, Textos Universitarios, Unidad Nacional Autónoma de México, México, 1979
- Hans Kelsen, “Teoría pura del derecho”, Universidad Autónoma de México, 1982, México
- Felix Adolfo Lamas (h), “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica.” En: Lamas, Felix Adolfo; dir., Los Principios y el Derecho Natural en la Metodología de las Ciencias Prácticas, Buenos Aires, EDUCA, 2002, Volumen: 1
- Emmanuel Levinas, “Ética e infinito”, Ed. A Machado Libros S.A., Madrid
- Carlos Ignacio Massini, “La prudencia jurídica”, Abeledo Perrot, Buenos Aires
- Juan Carles, Melich, “La lección de Auschwitz”, Ed. Herder, 2004
- J. Moreau, “Rhétorique, dialectique et exigence première, Théorie de l’argumentation”, Nauwelaerts, Louvain, 1963, p. 207. citado por Perelman, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica, 30; <http://www.sjamichoacan.com/wp-content/uploads/2010/08/Perelman.pdf>
- Andres Ollero Tessara, “Derechos humanos y metodología jurídica”, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989
- James Owen, “Nuremberg. El mayor juicio de la historia”, Crítica, Barcelona

- Ch. Perelman, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, <http://www.sjamichoacan.com/wp-content/uploads/2010/08/Perelman.pdf>
- Jorge Guillermo Portela, “Una Introducción a los valores jurídicos”, Facultad de derecho de Pontificia Universidad Católica Argentina, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008
- Josef Pieper, “El descubrimiento de la realidad”, Madrid Rial, 1974
- Eduardo Martín Quintana, “Habermas”, Prudentia Iuris 62-63, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, octubre de 2007
- G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, 89. El famoso artículo de Radbruch fue publicado por primera vez en 1946, en el primer volumen del Süddeutschen Juristen-Zeitung, 105-108. Citado por Alexy, Robert, Una defensa de la fórmula de Radbruch, Traducción del alemán de José Antonio Seoane, "http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2109/1/AD-5-4.pdf"
- Rodolfo Luis Vigo, “Nuevos vientos de la Filosofía del derecho”, Revista Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n° 13, 1993
- Rodolfo Luis, Vigo, “Ética judicial e interpretación jurídica”, Doxa. N. 29 (2006). ISSN 0214-8876, 273-294
- Rodolfo Luis Vigo, “Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato iusnaturalista), Prudentia Iuris n° 62-63, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, octubre de 2007
- Rodolfo Luis Vigo, “Razonamiento justificatorio judicial”, Doxa N. 21, vol II, (2010)
- Rodolfo Vigo, “Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe
- Rodolfo Luis Vigo, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe

- Alfred Verdross, “La Filosofía del mundo occidental”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983
- Gustavo Zagrebelsky, “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, Madrid, 2005
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>
- Juicio a los Principales Criminales de Guerra Alemanes en Nuremberg, en página de la ONG Nizkor
- "Juicios de crímenes de guerra". Artículo extraído de la Enciclopedia del Holocausto. Derechos reservados -United States Holocaust Memorial Museum, Washington-, en D.C. <http://www.eumed.net/libros/2007c/329/Tribunal%20de%20Nuremberg.htm>
- Video documental “Nuremberg: Tyranny on Trial”, (TV 1995), Director: Don Horan, Escritores: Norman Stahl, Jerome Alden, con la participación de Whitney Harris, William E. Jackson and Joseph E. Persico