

LOS JUICIOS DE DESNAZIFICACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL PARA SU JUZGAMIENTO*

DENAZIFICATION TRIALS AND CRIMINAL LAW ENFORCEMENT FOR JUDGING

*Carlos Julio Lascano***

Resumen: El trabajo resume las vicisitudes de la persecución penal de los criminales nazis de la segunda guerra mundial, sus distintas fases y las debilidades y fortalezas de las mismas.

Palabras-clave: Derecho penal internacional - Juzgamientos - Crímenes del nazismo.

Abstract: This paper summarizes the vicissitudes of criminal prosecution of Nazi criminals of World War II, its various phases and the weaknesses and strengths of them.

Keywords: International criminal law - Judgments - Crimes of Nazism.

Sumario: I. Introducción.- II. Breve análisis de los mecanismos de elaboración del pasado.- III. La desnazificación.- IV. Los procesos ante los tribunales militares de los aliados.- V. Los tribunales alemanes.- VI. Dificultades en el proceso de elaboración jurídica del pasado.- VII. El proceso de Ulm.- VIII. Los procesos de Auschwitz.

I. Introducción

La aplicación del derecho sustantivo a través de reglas propias de la garantía del debido proceso a funcionarios del más alto rango del régimen nacionalsocialista, en el juicio que se llevó a cabo en Núremberg ante jueces y fiscales de las potencias extranjeras, según Held (1), implicó un cambio fundamental en la dirección del Estado Moderno.

*Trabajo recibido el 2 de marzo de 2016 y aprobado para su publicación el 26 de marzo del mismo año.

**Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad Nacional del Litoral. Catedrático de Derecho Penal I en las Universidades Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) HELD, David. *La democracia y el orden global - Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 112.

Ese proceso emblemático -al igual que el llevado a cabo posteriormente en Tokio para juzgar los crímenes de guerra en el Este de Asia- fue validado en numerosos juicios penales ante tribunales militares nacionales.

Entre tales procesos Werle (2) destaca los doce realizados -después del juicio de Núremberg hasta mediados de 1949- ante tribunales militares estadounidenses. Cada uno de ellos se concentraba en un grupo de autores, tales como representantes de la profesión médica, de la administración de Justicia, de las fuerzas armadas, de la economía y de la industria, así como dirigentes del Estado y del Partido Nacionalsocialista. Entre ellos resaltamos el proceso contra las tropas de asalto, denominado “Einsatzgruppen Trial” (Ohlendorfy otros).

Abordaremos los mecanismos de elaboración jurídico-penal del pasado nacionalsocialista, y en forma particular, centraremos nuestra atención en las “medidas de desnazificación”, con especial referencia a los procesos de Ulm y de Auschwitz.

Respecto de estos importantes juicios, trataremos de explicar por qué razón, habiendo quedado probado que los hechos fueron cometidos materialmente por los acusados, éstos solo fueron condenados como cómplices, con penas privativas de libertad que en ningún caso podían ser superiores a quince años y que -en la mayoría de los casos- fueron de poco más de tres o cinco años.

II. Breve análisis de los mecanismos de elaboración del pasado

Siguiendo la exposición de Kai Ambos (3) se advierte que la confrontación con el totalitarismo nacionalsocialista se logró con *medios tanto penales como extrapenales*. En los primeros años posteriores a la finalización de la guerra fueron principalmente los *aliados* (Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética), quienes a través diferentes medidas se encargaron del pasado nacionalsocialista y de la construcción en Alemania de un orden democrático regido por los principios del Estado de Derecho.

Al mismo tiempo, ya en 1945 tuvieron lugar procesos penales por actos violentos nacionalsocialistas también *ante tribunales alemanes*, antes que en 1952 el poder jurisdiccional fuera adscripto completamente a la justicia alemana.

Según la sistematización en la recopilación de sentencias de los tribunales alemanes occidentales de Rüter (4) los delitos cometidos durante el nazismo se categorizaron del siguiente modo: eutanasia, crímenes de escritorio, crímenes de guerra, crímenes judiciales, crímenes de exterminio masivo por parte de grupos de intervención, crimen

(2) WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 54 y 55.

(3) AMBOS, Kai. “La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania”, en *Revista Penal*, nº 24 - julio 2009, Marcial Pons, Madrid, pp. 4 y 5.

(4) RÜTER, Ch. F. - RÜTER-EHLERMANN, A. L. *Justiz und NS-Verbrechen: Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, University Press Amsterdam, Amsterdam, 1968.

de exterminio masivo en campos de concentración, crímenes violentos del nacionalsocialismo en campos de concentración y denunciaciones. Freudiger (5) distingue cuatro categorías: exterminio de judíos, eutanasia, guerra de exterminio y crímenes judiciales.

Paralelamente hubo numerosas *acciones de reparación e indemnización*, así como *medidas de rehabilitación*. Ya en 1946 fueron comprometidos pagos de reparación a 19 países y a partir de 1947 fueron sancionadas leyes de reintegro en las correspondientes zonas ocupadas. Más medidas de reparación e indemnización comenzaron en 1952 con un acuerdo con el Estado israelí, así como con organizaciones judías por el que se paudaba el pago de 3.500 millones DM. En los años cincuenta además fueron sancionadas numerosas leyes de reparación que preveían desembolsos en favor de personas perseguidas por el régimen nacionalsocialista por motivos raciales, religiosos y políticos, así como de familias judías que bajo el dominio nacionalsocialista habían sido víctimas de expropiaciones. Hasta principios de 1998 tuvieron lugar *pagos reparatorios* por un valor total de aproximadamente 102.000 millones DM.

La rehabilitación de los condenados por tribunales nacionalsocialistas comenzó en los años cuarenta y fue completada por regulaciones de los distintos Estados Federados en las décadas subsiguientes. Recién en 1998 se llegó a sancionar una ley federal por la cual numerosas sentencias fueron anuladas en forma general.

III. La desnazificación

Según Kai Ambos (6), dentro de las primeras medidas que se adoptaron al empezarse a trabajar la cuestión de los delitos cometidos en el marco de la dominación nacionalsocialista, se encuentra la *asunción del poder ejecutivo* por parte de los aliados y su *Consejo de Control*.

Mediante las *medidas de desnazificación* -decididas en 1945 en las Conferencias de Yalta y de Postdam- debía ser reducida la influencia de la ideología nacionalsocialista sobre la sociedad alemana y se debía posibilitar la construcción de un orden social organizado democráticamente y con bases de Derecho.

Para ello fueron derogadas las leyes nacionalsocialistas más importantes y suprimidas organizaciones e instituciones nacionalsocialistas, como el Tribunal del Pueblo y los tribunales especiales.

Asimismo se desvinculó de cargos públicos a personas inculpas y algunas de ellas fueron encarceladas.

Por otra parte, se redujeron las competencias de las autoridades y tribunales alemanes en la tramitación de asuntos nacionalsocialistas. Al mismo tiempo, numerosas personas recorrían los campos de internación y, mediante encuestas, la población fue dividida en

(5) FREUDIGER, K. *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 5.

(6) Ob. cit., pp. 5 y 6.

diferentes categorías de recriminación y sometida a dictámenes cuasi-penales (especialmente en la zona norteamericana). Las comisiones de desnazificación designadas como Cámaras de Sentencia, podían dictar distintas sanciones en forma de multa y confiscación de la propiedad, inhabilitación profesional y penas privativas de libertad, dependiendo de la clasificación en una de las posibles cinco categorías previstas (culpable principal, inculpatado, inculpatado leve, simpatizante, desinculpatado).

También se llevaron adelante medidas educativas, como por ejemplo, la proyección de material filmico sobre los crímenes del nacionalsocialismo.

IV. Los procesos ante los tribunales militares de los aliados (7)

El proceso ante el *Tribunal Militar Internacional* realizado en Núremberg contra criminales de guerra principales y organizaciones catalogadas de criminales terminó el 1/10/1945 con la imposición de la pena de muerte en doce casos, tres prisiones perpetuas, cuatro penas de prisión temporal y tres absoluciones. La SS, la SD, la Gestapo y el cuerpo dirigente del Partido Laboral Nacionalsocialista Alemán fueron calificados de criminales.

El fundamento jurídico para el mencionado proceso fue el *Acuerdo Londinense de las Cuatro Potencias* (“Estatuto de Londres”) del 8 de agosto de 1945, que -junto a reglas jurídicas procesales y organizacionales de los tribunales- preveía en su art. 6 los tipos penales del crimen contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Estos tres tipos penales -junto con el delito de pertenencia a organizaciones nacionalsocialistas declaradas criminales por el *Tribunal Militar Internacional*- también se encuentran previstos en la *Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado* (“Kontrollgesetz Nr. 10”, KRG 10), del 20 de diciembre de 1945, que recogió el modelo sancionador del juicio de Núremberg contra los principales criminales de guerra y le introdujo una mejora que tuvo efectos permanentes en el Derecho Penal Internacional: respecto de los crímenes contra la humanidad dejó de exigir una conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz, como requería el Estatuto de Londres.

Esta ley conformó la base jurídica para los procesos llevados a cabo ante los tribunales militares de los aliados en sus respectivas zonas de ocupación, entre los que se destacan los doce *Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg* ante los Tribunales militares estadounidenses, entre diciembre de 1946 y abril de 1949, contra las elites funcionales del Tercer Reich. Asimismo hubo muchos otros procesos ante los tribunales militares de los aliados.

Lo más conflictivo desde el punto de vista jurídico fue la supuesta lesión al *principio de irretroactividad de la ley*, ya que ni el Estatuto de Londres ni la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado, y por tanto tampoco los tipos penales contenidos en ellos, existían al momento de la comisión de los hechos. Los Tribunales negaron, sin embargo, una violación a dicho principio con el fundamento *iusnaturalista* y de derechos humanos de que los acusados habrían violado principios jurídicos fundamentales reconocidos

(7) AMBOS. Ob. cit., pp. 6 y 7.

por todos los pueblos civilizados de la tierra y que estos principios ya habrían existido al momento de la comisión de los hechos. El *Tribunal Militar Internacional* entendió el principio de irretroactividad de la ley como un *principio de justicia* en el sentido de un hecho de confianza subjetivo, y en sentido objetivo como expresión de un orden jurídico dinámico, que no tendría su fuente en el Derecho positivo, sino en el derecho consuetudinario y natural, y que se debe adaptar “mediante permanente ajuste a las necesidades de un mundo cambiante”.

Esta argumentación, trasladable a todos los tipos penales del Estatuto de Londres, también fue seguida por los tribunales de los Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg.

V. Los tribunales alemanes (8)

Luego del reinicio de sus actividades, a partir de 1945 los tribunales alemanes comenzaron la elaboración jurídico-penal de los delitos nacionalsocialistas.

En un principio estaban excluidas de su jurisdicción las acciones “que se dirigían contra miembros de las naciones aliadas o contra su propiedad, así como intentos de reconstrucción del régimen nazi o de reinicio de la actividad de las organizaciones nazis”.

Con la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado, ya mencionada, se completó esta norma: con excepción de los asuntos penales que según el Estatuto de Londres estaban encargados a los tribunales aliados, los tribunales alemanes podían tratar “crímenes cometidos por ciudadanos alemanes o por aquéllos pertenecientes al Estado alemán contra otros ciudadanos alemanes o pertenecientes al estado alemán, o contra apátridas”.

Así vino a aplicarse junto al Derecho Penal alemán también la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado, de la cual se hizo sin embargo un uso muy mesurado. En estos casos (por ejemplo en el caso de las denunciaciones, que a causa de sus consecuencias generalmente gravísimas fueron vistas como delito contra la humanidad y por lo tanto subsumidas bajo el art. II de la referida ley 10) se apelaba a la *Fórmula de Radbruch* como fundamento, a fin de evitar la violación del *principio de irretroactividad de la ley* y justificar la aplicación de dicha ley.

Radbruch afirmó: “*El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe solucionarse en vistas a que el Derecho positivo asegurado por su promulgación y por poder tenga prioridad aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que la forma en que la ley positiva contradice a la justicia haya alcanzado un grado tan intolerable que la ley, por ser ‘derecho injusto,’ deba ceder ante la justicia*” (9).

En este último caso, por lo tanto, el Derecho positivo no podía tener efecto al momento del hecho y por tanto tampoco podía desarrollar una seguridad jurídica que debiera

(8) AMBOS. Ob. cit., p. 7.

(9) RADBRUCH, Gustav. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,” *Süddeutsche Juristenzeitung* (SJZ), 1946, nº 5, p. 107.

ser protegida, ya que tal Derecho positivo se encontraba en contradicción con el núcleo mismo del Derecho, de base *iusnaturalista*. Por lo tanto, no hay retroactividad en la aplicación posterior del Derecho que es acorde a ese núcleo *iusnaturalista*, ya que ese núcleo ya estaba vigente al momento del hecho, hubiera o no hubiera estado normado positivamente.

Entre 1945 y 1949 se dictaron condenas en la mayoría de los casos por *las modalidades de autoría y coautoría*, y solo en casos excepcionales por participación.

VI. Dificultades en el proceso de elaboración jurídica del pasado (10)

En los años posteriores a 1949 la persecución penal de los crímenes violentos del nacionalsocialismo tuvo que enfrentar numerosas dificultades. Con la agudización de la Guerra Fría entre los aliados occidentales y la Unión Soviética creció por parte de los primeros el interés en contar con un aliado estable, y por lo tanto en una reconstrucción efectiva de la administración, de la justicia y de la economía en la República Federal de Alemania.

Aunque la finalización formal de su vigencia tuvo lugar con la Ley de Derogación del Derecho de Ocupación del 30.5.1956, de facto, la ley n° 10 no se aplicó más a partir de 1951, y por ello, con la devolución de la competencia ilimitada de la persecución penal a los tribunales alemanes las condenas por hechos violentos nacionalsocialistas fueron fuertemente regresivas y a partir de allí se aplicaba exclusivamente el Derecho Penal alemán. A partir de entonces se instaló en forma mayoritaria en la refundada República Federal un sentimiento de reinicio unido con una *mentalidad de punto final*. Así tuvieron lugar muchas amnistías, por una parte todavía a través de los mismos aliados (en forma de indultos), y por otra, a través del legislador federal alemán mediante las llamadas *leyes de impunidad* de 1949 y 1954.

Por otra parte la *prescripción de la persecución penal* ya había llevado en 1950 a que sólo pudieran seguir siendo perseguidos los delitos de asesinato, homicidio y lesiones graves. En este contexto, regresaron a sus cargos en los años cincuenta numerosos ex miembros del Partido Laboral Nacionalsocialista Alemán o de otras organizaciones del régimen nacionalsocialista, así como personas que habían trabajado en la administración o en el sistema judicial del Estado nazi; o fueron de diversas maneras integradas en la construcción administrativa o judicial de la RFA. Esta "*resocialización*" o "*reintegración*" fue asegurada normativamente por la ley reguladora del art. 131 de la Constitución, la cual concedía un derecho a reemplazo y restablecía las pretensiones de abastecimiento de integrantes de la administración pública que por servicio militar, expulsión o desnazificación habían perdido sus cargos.

La jurisprudencia de esta época se caracterizó, por una parte, por el reemplazo del tipo penal del asesinato por el de homicidio y, por otra, por el creciente número de *condenas por participación* en lugar de por (co)autoría. Consecuencia de ello fue no solo

(10) AMBOS. Ob. cit., pp. 8/11.

una reducción del monto de la pena, sino a menudo, prescripción del hecho. Al mismo tiempo fueron cada vez más aceptadas las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad.

Asimismo, la jurisprudencia formuló *strictísimas exigencias* para llegar a condenar a ex jueces nacionalsocialistas por las condenas a muerte dictadas por ellos, quienes alegaban que habían partido de la legalidad de la sentencia al momento de dictarla. La responsabilidad penal fue aceptada sólo cuando el contenido de las sentencias impuestas por aquellos jueces en los casos en cuestión, encuadraran en el tipo penal del prevaricato y éste hubiera sido cometido con dolo directo.

A fines de los años cincuenta tuvo lugar un *cambio de paradigma*. El proceso ante el Jurado de Ulm contra integrantes de un grupo de intervención de los denominados "*Einsatzgruppen*" -que había participado en el homicidio de 120.000 judíos- mostró que gran parte de los actos violentos del nacionalsocialismo aun no habían sido registrados, ni mucho menos esclarecidos.

Como consecuencia de ello fue fundada en 1958 en Ludwigsburg la *Oficina Central de las Administraciones Judiciales de los Länder para el esclarecimiento de crímenes del Nacionalsocialismo*. Esta oficina posibilitó por primera vez llevar adelante una persecución penal sistemática, centralizada e independiente de la formulación de denuncia de la población (aunque más de una docena de sus miembros, incluido su primer director, habían pertenecido al Partido Nacionalsocialista Alemán o a otras organizaciones del régimen nazi).

Por los motivos mencionados, tuvo lugar con posterioridad a la creación de esa oficina un claro *aumento de procesos* que posibilitó un *esclarecimiento* sistemático de los delitos violentos del nacionalsocialismo, como el proceso de Auschwitz llevado adelante en Frankfurt entre 1963 y 1965, el proceso sobre eutanasia también realizado en dicha ciudad en los años 1966 y 1967, así como numerosos procesos contra los cuerpos de vigilancia de los campos de concentración y de exterminio.

En total, en los cuatro *debates sobre la prescripción* entre los años 1960 y 1979 fueron extendidos cada vez más los plazos de prescripción para los hechos violentos nacionalsocialistas aun pendientes, hasta que finalmente en 1979 se declaró la *imprescriptibilidad del asesinato*. Se negó la violación del principio de irretroactividad de la ley, ya que éste se referiría al tipo penal, no así a su prescripción.

Desde los años ochenta la elaboración penal ha *perdido importancia* nuevamente pues fueron tramitados muy pocos procesos. En total fueron condenadas por tribunales alemanes occidentales 6.498 personas entre el 8.5.1945 y el 1.1.2004 por delitos nacionalsocialistas y fueron abiertas instrucciones de sumarios contra 106.496 acusados.

En resumen puede decirse que la elaboración del despotismo nacionalsocialista en Alemania occidental se puede ordenar en *cuatro fases*, en las cuales se entrecruzan en diferente medida mecanismos y reacciones jurídico-penales, extra-jurídico-penales y sociales de otras formas.

1. La *primera fase* abarca aproximadamente de 1945 a 1949 y se caracteriza por una “*voluntad de limpieza*” para hacer a un lado estructuras nacionalsocialistas. Para ello se disuelven instituciones, se deciden despidos y se llevan adelante medidas reeducativas. Mientras tienen lugar en Núremberg los procesos contra los nacionalsocialistas de las líneas dirigentes, comienzan también los tribunales alemanes con la elaboración jurídico-penal de los delitos nacionalsocialistas. La prosecución, sin embargo, no se realiza en forma sistemática.

2. La *segunda fase*, entre 1950 y 1960, es el periodo de la *política del pasado*, cuyos destinatarios fueron no las víctimas del nacionalsocialismo, sino los ofensores, quienes fueron amnistiados, integrados y protegidos contra futuras medidas de persecución penal.

3. La *tercera fase*, la de la *superación del pasado*, se extiende aproximadamente entre 1960 y 1980, en la que por primera vez tuvo lugar un procesamiento sistemático y donde la prescripción fue pospuesta una y otra vez.

4. Penalmente irrelevante es, finalmente, la *cuarta fase*, iniciada aproximadamente en 1980, la de la *preservación del pasado*.

Los efectos de las diferentes medidas están estrechamente relacionados con las fases mencionadas. En la *primera fase* el impacto es inmediato, ya que se trató de la supresión de inculpatos políticos, de la disolución y cierre de instituciones y organizaciones, de la prohibición de símbolos nacionalsocialistas, etc. Dado que estas medidas tenían un efecto de muy corto plazo y además muchos involucrados lograron evadirlas, deben ser vistas (no obstante haber sido un importante paso hacia la democratización) como el *intento frustrado de una limpieza política masiva*.

La elaboración jurídico-penal ha sido *percibida de formas muy diversas* y ha desarrollado por lo tanto efectos también diversos. Mientras que los procesos de Núremberg contra los principales criminales de guerra ganaron la atención de la población y contaron ampliamente con su aceptación, los procesos subsiguientes a los procesos de Núremberg fueron apenas percibidos por el público.

Asimismo, los procesos ante los tribunales alemanes volvieron a despertar la atención del público alemán recién en los años setenta. El *efecto preventivo*, que ya en aquella época era esperado junto al represivo, se ha mantenido hasta hoy inquebrantable, fundamentalmente a causa del rol que en especial el proceso de Núremberg contra los principales criminales de guerra tuvo para el desarrollo de un verdadero Derecho Penal Internacional.

Llamativo es también en este contexto que en Alemania (a diferencia, por ejemplo, de Francia o de Italia) no hubo actos de “ajuste de cuentas” por parte de la población, por medio de linchamientos, etc. La explicación reside claramente en que en aquel momento todavía había una *amplia aceptación del nacionalsocialismo* por parte de la población, a causa de la cual asimismo solo tuvo aceptación la condena en Núremberg de unos pocos criminales de guerra principales, pero no fue aceptada la condena del “hombre común” en los procesos posteriores.

La *mentalidad del punto final* de la *segunda fase* provocó diversas interacciones. Así, por ejemplo, a causa de los indultos decididos por parte de los aliados, los fiscales y jueces

alemanes se sintieron animados a no investigar o a paralizar procesos pendientes. También la discusión política dejó sus huellas en la práctica jurídica: la jurisprudencia en los *Länder* prescindió de la elaboración sistemática de las injusticias e ilegalidades propias del nacionalsocialismo, ya que “se habría creído en una moda que estaba presente en el público, de no tener que seguir dando valor a la persecución de aquellos delitos”. También las *leyes de impunidad y los indultos* tuvieron su impacto: sólo hasta el 31.5.1951 fueron indultadas en total 792.176 personas; si bien no se conoce la proporción de criminales nacionalsocialistas, su número alcanza estimativamente las cinco cifras.

La reincorporación en los años cincuenta de personas inculpas, entre las cuales se vieron también beneficiados, por ejemplo, ex-miembros de la Gestapo y de la SS armada, llevó además a que instituciones estatales en muchos casos fueran ocupadas mayoritariamente con ex miembros del Partido Nacionalsocialista alemán. El resultado de esta *continuidad personal* fue muchas veces no sólo la falta de predisposición de persecución por parte de los juristas, sino también un “clima de impertinencia”, en medio del cual ex-nacionalsocialistas pudieron hacerse oír nuevamente.

VII. El proceso de Ulm

Según Muñoz Conde (11) este proceso tuvo lugar en 1958 contra diez miembros de los *Einsatzgruppen* o *Kommandos*, que fueron los encargados de efectuar la “limpieza racial” en los países del Este europeo ocupados por las tropas alemanas, matando centenares de miles de judíos, ya sea fusilándolos directamente o cometiendo todo tipo de brutalidades, como incendiar casas, almacenes o sinagogas mientras estaban dentro personas, o enviando finalmente a los que no habían sido eliminados previamente a los campos de exterminio de Auschwitz, Sobibor o Treblinka, en los que la mayoría pereció, bien en las cámaras de gas, bien por las deficientes condiciones de vida o extenuados por los trabajos forzados a los que fueron sometidos. Hasta entonces los acusados habían estado en libertad, ejerciendo sus respectivas profesiones sin el menor problema.

Todo comenzó cuando uno de ellos solicitó de nuevo el puesto en la Administración pública, que había ocupado antes de enrolarse en los *Einsatzgruppen*, lo que motivó que la Fiscalía investigara las actividades que él y los otros nueve acusados llevaron a cabo en un pueblo de Letonia.

El tribunal de Ulm consideró probado que más de cinco mil judíos, hombres, mujeres y niños, fueron transportados como animales a fuerza de latigazos y culatazos, a los lugares en los que iban a ser ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándolos primero a que abrieran unas zanjias delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo, que previamente tenía que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales, luego acusados en el proceso de Ulm,

(11) MUÑOZ CONDE, Francisco. “La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Director Eugenio Raúl Zaffaroni, año V, N° 02, marzo 2015, La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, pp. 4 y 5.

se fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjas, celebrando tan abominables hechos con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentosamente.

Aunque quedó acreditado que los hechos fueron realizados directamente por los acusados, éstos sólo fueron condenados como “cómplices de asesinatos múltiples”, a penas que oscilaron entre 3, 5, 7 y 15 años de prisión.

Ello se explica porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán mantenía una tesis subjetiva de la participación, según la cual los partícipes en un asesinato que no actuaban con voluntad de autor, sino meramente cumpliendo órdenes de los verdaderos autores, tenían que ser castigados como cómplices con una pena de tres a quince años de prisión, mucho más benigna que la prisión perpetua que era la pena aplicable a los autores de asesinato.

Esas leves penas para sujetos que habían intervenido en los crímenes más graves, incluido el Holocausto, en los campos de concentración y de exterminio, eran insuficientes y escasamente proporcionadas a la gravedad de los delitos en los que había quedado demostrada la intervención directa de los acusados.

En todo caso, por la gravedad de los hechos, el proceso tuvo una enorme repercusión mediática y sirvió como revulsivo para iniciar otros procesos similares contra muchos criminales nazis, que habían intervenido directa o indirectamente en los crímenes masivos, asesinatos, deportaciones, etc., cometidos durante el régimen nacionalsocialista. Los más famosos fueron los procesos de Auschwitz, a los que luego nos referiremos.

Muñoz Conde (12) afirma que tras la finalización del Proceso de Ulm se planteó un problema jurídico que necesariamente iba a repercutir en la continuación de los procesos penales iniciados contra los criminales nazis. Es que, conforme al Código Penal alemán vigente en 1945, la acción penal por el delito de homicidio prescribía a los quince años y por el delito de asesinato a los veinte. Es decir, que ya a partir de 1960 los hechos calificados como homicidio que, por la causa que fuera, no habían sido perseguidos penalmente, quedaban ya prescriptos; lo mismo tendría que suceder a partir de 1965 con los hechos calificados como asesinato.

Ello planteaba la cuestión de cómo distinguir un simple homicidio doloso de un asesinato, tarea no siempre fácil dado que para la calificación de asesinato se necesitaba probar los elementos típicos de este delito, que según el parágrafo 211 del Código Penal alemán son causar la muerte de otra persona para satisfacer un placer asesino, para satisfacer el instinto sexual o por codicia u otros motivos bajos, o con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyan un peligro público o para facilitar otro delito o para encubrirlo.

Teniendo en cuenta dicha tipificación del asesinato muchos de los acusados que habían participado en los pelotones de fusilamiento o que simplemente se encargaban de tareas que no implicaban intervención directa en las ejecuciones o que sólo participaron en tareas burocráticas de organización del transporte a los campos de concen-

(12) Ob. cit., pp. 5 y 6.

tración, alegaron que no concurrían en ellos las características del asesinato, por lo que fácilmente sus abogados podían sostener la tesis de que los hechos que habían realizado los acusados a lo sumo merecerían la calificación de simples homicidios dolosos, que a partir de 1960 ya habían prescrito.

VIII. Los procesos de Auschwitz

Estos procesos, realizados en Frankfurt am Main entre 1963 y 1968, tuvieron más resonancia que el de Ulm porque los sobrevivientes del campo de exterminio de Auschwitz se enfrentaron a sus verdugos y, por primera vez, se habló directamente del Holocausto en Alemania.

Este proceso se inició gracias a la tesonera labor de Fritz Bauer, Fiscal General de Hesse, de origen judío, que había regresado a Alemania en 1949 luego de su exilio en Suecia y pronto se hizo un nombre por su reivindicación del frustrado atentado contra la vida de Hitler, ocurrido en 1944 y conocido como “Operación Walkiria”.

Ese Fiscal y su joven equipo de juristas localizaron a más de 360 testigos de todo el mundo y los convencieron para que declararan ante el tribunal de Frankfurt sobre lo que les hicieron los nazis.

Lo impactante en la opinión pública alemana fue que los procesos de Auschwitz demostraron que la responsabilidad de los crímenes del nacionalsocialismo no se podía atribuir sólo a la clase dirigente, sino que también participaron activamente personas que seguían libres. El gran éxito fue haber impulsado la discusión, pero la persecución de los delitos fracasó.

En contra de la tesis subjetiva de la participación, imperante en el Tribunal Supremo, el Fiscal Bauer insistió durante todo el proceso que la mayoría de los acusados formaban parte de un mismo grupo criminal, actuando con el mismo propósito criminal, dividiéndose por razones operativas las funciones organizativas y de ejecución que a cada uno le correspondía.

Sin embargo, sólo algunos de los acusados fueron condenados a prisión perpetua, recibiendo los demás, considerados como cómplices, penas que oscilaban entre 3 y 15 años de prisión.

No obstante, las condenas a prisión perpetua debieron preocupar a quienes querían borrar para siempre ese pasado de la historia alemana y de sus propias historias, razón por la cual pronto comenzaron maniobras para evitar que se celebraran procesos similares.

Y efectivamente esto es lo que sucedió, a pesar de la alarma social que ello podía provocar tanto a nivel nacional alemán como internacional: la temida impunidad se produjo, en la forma más anómala que podía imaginarse, a través de una refinada construcción jurídica dogmática que sólo los más destacados expertos podrían detectar, introduciendo de una forma indirecta y solapada en el Código Penal alemán por la “puerta falsa”, el apartado 2 del parágrafo 50, a través de una ley que nada tenía que ver con el Derecho Penal -la Ley de Introducción a la Ley Reguladora de Infracciones Administrativas- que

entró en vigencia el 1° de octubre de 1968, el siguiente texto: “2. Si faltan las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa”. Dicha disposición fue reproducida casi literalmente por el apartado 2 del párrafo 28 del Código Penal alemán, a través de la reforma que entró en vigencia poco después de 1969 (13).

Muñoz Conde (14) sostiene que dicha reforma no fue simplemente un error legislativo, sino algo intencionalmente buscado para lograr el efecto que se consiguió, y que todas las miradas se dirigieron hacia Eduard Dreher, secretario de Estado en el Ministerio de Justicia y uno de los más importantes penalistas de la época, porque recordaban su terrible pasado como uno de los “temibles juristas” del régimen nacionalsocialista, por su desempeño en 1944 como Fiscal del Tribunal de Menores de Innsbruck, donde había conseguido la pena de muerte para jóvenes acusados de robos de pequeña cuantía. Por supuesto que Dreher siempre negó cualquier responsabilidad en la aludida reforma, que incluso llegó a deplorar públicamente como un error legislativo, proponiendo alguna interpretación correctora.

Pero el mal (o el bien para algunos, quizá para el propio Dreher, quien en cualquier momento podía ser también acusado por su pasado nazi) estaba ya hecho y no cabía vuelta: la prolongación de los plazos de prescripción del asesinato a treinta años en 1969, e incluso la imprescriptibilidad del asesinato y el genocidio tanto para los autores como para los partícipes en 1975 que, a raíz del escándalo provocado por la reforma del párrafo 50, fueron aprobadas posteriormente por el Parlamento alemán, no afectaba ya a los procesos que habían sido sobreseídos con carácter de cosa juzgada.

En consecuencia, los procesos penales contra los criminales nazis apenas iniciados quedaron paralizados, lo que produjo en muchos sectores de la opinión pública alemana, pero también internacional, una sensación de impunidad que todavía pesa como una losa para la elaboración jurídica, social y política del pasado nacionalsocialista.

(13) MUÑOZ CONDE. Ob. cit., pp. 3 y 9.

(14) Ob. cit., pp. 11 y 12.