

DERECHO INJUSTO
Y
DERECHO NULO

INICIACION JURIDICA

DERECHO INJUSTO
Y
DERECHO NULO

INICIACION JURIDICA

1.^a EDICION EN ESTA BIBLIOTECA

INTRODUCCION

DEPÓSITO LEGAL. M. 13412.—1971.

© AGUILAR, S. A. DE EDICIONES, Juan Bravo, 38,
Madrid (España), 1971.

Printed in Spain. Impreso en España por Gráficas EMA,
Miguel Yuste, 31. Madrid, 1971.

**LEYES QUE NO SON DERECHO
Y DERECHO POR ENCIMA DE LAS LEYES**

GUSTAV RADBRUCH

esto es jurídica-
y ningún deber
por convicción
pos de Hitler
es si el acu-
tración de la
tribunales
a Dere-
En el campo
el mismo
el mismo
clones y justicia, la
una adm-
victoria. En
iones se
Es por
Nord
Fund
voluntaria
no

II

El otro, se
son órdenes.
"Ante todo
se refería a la
de "las órdenes
limitaciones. El de-
do se trataba de ór-
lización de fines delict.
litar, art. 47). En camb.
"ante todo se han de cump.
puso ninguna limitación. Sin-
ción del positivismo jurídico, qu-
se impuso, casi sin ninguna contr-
los juristas alemanes. Hablar de le-
constituyeran Derecho era una con-
igual que hablar de un Derecho que estuv-
encima de las leyes. Pero hoy en día la pra-
jurídica se ve, una y otra vez, ante ambos p-
blemas. Así, por ejemplo, se publicó y coment-
en la *Süddeutsche Juristenzeitung* una sentencia
de la Sala de lo Contencioso de Wiesbaden, se-
gún la cual "las leyes que establecían que las
propiedades de los judíos pasaran al Estado se
hallaban en contradicción con el Derecho natu-

El nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios "Las órdenes son órdenes", que se aplicaba a los primeros, y "Ante todo se han de cumplir las leyes", que se refería a los segundos. Sin embargo, el lema de "las órdenes son órdenes" no rigió nunca sin limitaciones. El deber de obediencia cesaba cuando se trataba de órdenes encaminadas a la realización de fines delictivos (Cód. de Justicia Militar, art. 47). En cambio, al principio de que "ante todo se han de cumplir las leyes" no se le puso ninguna limitación. Sino que era la expresión del positivismo jurídico, que, durante siglos, se impuso, casi sin ninguna contradicción, entre los juristas alemanes. Hablar de leyes que no constituyeran Derecho era una contradicción igual que hablar de un Derecho que estuviera por encima de las leyes. Pero hoy en día la práctica jurídica se ve, una y otra vez, ante ambos problemas. Así, por ejemplo, se publicó y comentó en la *Süddeutsche Juristenzeitung* una sentencia de la Sala de lo Contencioso de Wiesbaden, según la cual "las leyes que establecían que las propiedades de los judíos pasaran al Estado se hallaban en contradicción con el Derecho natu-

ral y, por consiguiente, eran ya nulas en el momento de su promulgación”.

II

En el campo del Derecho penal se ha suscitado el mismo problema, en especial por las declaraciones y sentencias dadas dentro de la zona soviética.

1. En un proceso ante jurados de Turingia, en Nordhausen, se condenó a cadena perpetua al funcionario judicial Puttfarken, que había promovado por medio de una denuncia la condena y ejecución de un hombre de negocios llamado Göttig¹. Puttfarken denunció a Göttig por una inscripción que este puso en un retrete: “Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra.” La condena se había basado, no solo en este hecho, sino también en que oía emisoras extranjeras. El informe del fiscal de Turingia, doctor Kuschnitzki, ha sido reproducido ampliamente por la prensa (en el *Thüringer Volk*, de Sonnenberg, del 10 de mayo de 1946). El fiscal esclarezca primero la cuestión de si se trata de una acción antijurídica.

“Aun cuando el acusado declara—dice el informe—que él presentó la denuncia por sus con-

* Véanse las notas al final de este trabajo, pág. 22.

vicciones nacionalsocialistas, esto es jurídicamente irrelevante. Porque no hay ningún deber jurídico de denunciar, ni siquiera por convicciones políticas. Ni aun en los tiempos de Hitler existía esa obligación. Lo decisivo es si el acusado actuó al servicio de la administración de la justicia. Pero esto presupone que los tribunales estén dispuestos a sentenciar conforme a Derecho. *La legalidad, la aspiración a la justicia, la seguridad jurídica, son requisitos de una administración de justicia.* Y las tres condiciones se echan de menos en los tribunales penales por delitos políticos en la época de Hitler.

“El que en esos años denunciaba a otro tenía que contar—y de hecho contaba—con que no entregaba a aquel que acusaba a un procedimiento judicial de acuerdo con la ley y con las garantías del Derecho, para lograr el esclarecimiento de la verdad y un juicio justo, sino que lo entregaba a la arbitrariedad.

“Me adhiero, por tanto, plenamente a un informe redactado sobre esta cuestión por el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Jena, el catedrático doctor Lange. Las condiciones del tercer Reich eran de sobra conocidas como para darse cuenta de que si en el tercer año de la guerra se exigía responsabilidad a alguien por un letrado como el de que «Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra», ese alguien no iba a lograr salir con vida.

Un hombre como Puttfarken no podría prever con certeza el *modo* como los tribunales falsearían el Derecho, pero podía estar seguro de *que* de algún modo lo harían.

"No había tampoco ninguna obligación de denunciar con arreglo al artículo 139 del Código Penal. Es cierto que este castiga a quien, teniendo conocimiento fidedigno de un acto de alta traición, deja de dar cuenta a su debido tiempo a las autoridades, y es cierto así mismo que el tribunal de apelación de Kassel condenó a muerte a Göttig por tentativa de alta traición; pero en términos de auténtico Derecho no había habido ninguna tentativa de alta traición. Por lo demás, la frase que Göttig tuvo el valor de formular, de que Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra, no era más que la pura verdad. El que la divulgara o la formulara no ponía en peligro al Reich ni su seguridad. No hacía más que intentar contribuir a la eliminación de la peste del Reich, queriendo de este modo salvarlo, es decir, todo lo contrario de un acto de alta traición. Hay que tener cuidado de no alterar ni confundir, por medio de consideraciones formalistas, este claro supuesto de hecho. Por otro lado, puede ser dudoso si el sedicente Führer y canciller del Reich tuvo alguna vez la consideración de verdadero jefe de Estado legal y si, por tanto, se referían a él los artículos que tratan del delito de alta traición. El acusado no hizo mención en su denuncia de la cuestión acerca de la subsunción legal del hecho a que se

refería y, de acuerdo con el grado de sus conocimientos, ni siquiera la podía hacer. Así mismo nunca ha declarado que hubiera denunciado a Göttig porque hubiera visto en la acción de este una conducta correspondiente al tipo de la alta traición y por eso se hubiera considerado obligado a denunciarla."

El fiscal se plantea en consonancia la cuestión de si se trata de una acción culpable.

"Puttfarken reconoce en lo esencial que se proponía llevar a Göttig al patíbulo. Una serie de testigos lo ha confirmado. Ahora bien: *esta es la intención de un asesino en el sentido del artículo 211 del Código Penal*. El hecho de que a Göttig lo condenara a muerte un tribunal del tercer Reich no excluye la autoría de Puttfarken. *Se trata de un autor mediato*. No cabe duda de que el concepto desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich, de la autoría mediata, tiene en general presentes otros supuestos, principalmente aquellos en que el autor mediato se vale como instrumentos de seres sin voluntad o incapaces de imputación. Nadie había podido pensar en el caso de que fuera un tribunal alemán el instrumento de un crimen. Pero hoy en día nos encontramos ante tales hechos. Y el caso Puttfarken *no será el único*. No obsta a la autoría mediata el que el tribunal actuara *formalmente* de acuerdo a Derecho cuando dio la sentencia en realidad nula. Por lo demás, las dudas que pudieran quedar han sido

eliminadas por la ley complementaria de Turin-
gía del 8 de febrero de 1946, que en su artículo
2.º, para descartar las dudas, da la siguiente
redacción al artículo 47, párrafo 1, del Código
Penal: "Ha de ser castigado como autor el que
culpablemente ejecuta la acción punible por sí
mismo o por medio de otro, aun cuando el otro
actúe jurídicamente." Con esto no se crea un
nuevo Derecho con efectos retroactivos, sino
que se trata simplemente de una interpretación
del Derecho Penal vigente desde 1871².

"En cuanto a mí, después de una cuidadosa con-
sideración de los motivos en pro y en contra de
la calificación de asesinato de ejecución media-
ta, creo que *no* hay razón para rechazarla. Pero
suponiendo, y es preciso tenerlo en cuenta, que
el tribunal llegue tal vez a otra conclusión, ¿qué
se seguirá de aquí? Pues si se rechaza la opinión
de una autoría mediata, apenas si se podrá evi-
tar el calificar de *asesinos a los jueces que, con-
tra todo Derecho y razón, condenaron a muer-
te a Göttig*. En ese caso el acusado habría *coope-
rado al asesinato* y tendría que ser castigado
por ello. Pero si también contra esta manera de
ver las cosas se encontraran serios reparos—y
no niego esa posibilidad—, quedaría de todos
modos la ley núm. 10 del control aliado, de 30
de enero de 1946, y, de acuerdo con su artículo
2.º, el acusado resultaría reo de un delito
contra la humanidad. Dentro del marco de dicha
ley ya no importa si se ha quebrantado el Dere-
cho nacional del Estado, sino que se castigan to-

das las acciones y procedimientos inhumanos,
tanto por razones políticas como racistas o re-
ligiosas. Según su artículo 2.º, 3, quien se halle
incurso en ese delito ha de ser castigado con la
pena que determine el tribunal, incluida la pena
de muerte.

"Por lo demás, como jurista estoy acostumbrado a limitarme a la valoración meramente jurídica. Pero se hará muy bien en considerar la realidad en sí misma y llegar a una conclusión de acuerdo con una sana razón. El bagaje jurídico no pasa de ser un instrumento de que el jurista responsable se sirve para llegar a una conclusión jurídicamente aceptable."

El jurado dio sentencia condenatoria, no por autoría mediata, sino por cooperación al asesinato. De acuerdo con esto, los jueces que, contra Derecho y razón, condenaron a muerte a Göttig tendrían que ser reos de asesinato.

2. De hecho la prensa (véase *Tägliche Rundschau*, del 14 de marzo de 1946) da cuenta de la intención del fiscal del estado de Sajonia, el doctor J. U. Schroeder, de exigir la responsabilidad penal "por sentencias inhumanas", aun cuando se basaran en las leyes nacionalsocialistas:

"La legislación del Estado nazi, que sirvió de base para condenas a muerte como las alegadas, *carece de toda validez jurídica*.

"Dicha legislación se basa en la llamada ley de plenos poderes, que no se aprobó con la mayoría de dos tercios, imprescindible según la Constitución. Hitler impidió por la fuerza que asistieran a las sesiones los diputados comunistas, encarcelándolos sin tener en cuenta para nada su inmunidad parlamentaria. Los restantes diputados, en concreto los del centro, se vieron forzados por las amenazas de las S. A. a dar su voto de aprobación a los plenos poderes".³

"Ningún juez puede invocar, ni ninguna jurisprudencia puede atenerse a una ley que no solo es injusta, sino que es *delictiva*. Invocamos los *derechos humanos*, que están por encima de todas las leyes escritas, el Derecho inextirpable y eterno, que rehúsa la validez a los mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos.

"Partiendo de estas consideraciones, mantengo la opinión de que tienen que ser acusados los jueces que hayan dado sentencias incompatibles con los principios de humanidad y hayan condenado a muerte por bagatelas."⁴

3. Según las noticias de Halle, los verdugos Kleine y Rose han sido condenados a muerte por su activa participación en numerosas ejecuciones antijurídicas de pena capital. Kleine participó en 931 ejecuciones entre abril de 1944 y marzo de 1945; por lo que se embolsó la suma de 26.433 marcos. La condena parece haberse fundado en la ley núm. 10 del Consejo de Con-

trol Aliado (delitos contra la humanidad). "Los dos acusados desempeñaron su horripilante profesión por su voluntad, puesto que cualquier verdugo puede retirarse cuando quiera de su actividad por motivos de salud o por otras razones." (*Liberaldemokratische Zeitung*, Halle, 12 de junio de 1946.)

4. Del mismo territorio federal de Sajonia, a que antes nos hemos referido, es conocido también el caso siguiente (Cfr. el artículo del fiscal doctor J. U. Schroeder de 9 de mayo de 1946). En el año 1943 desertó un soldado sajón, encargado del servicio de vigilancia de prisioneros de guerra, "por el asco que le producían los inhumanos tratos de que eran objeto los prisioneros, y tal vez también por estar harto de servir en las filas del ejército de Hitler". Al huir fue incapaz de renunciar a hacer una visita a su mujer en su casa. Aquí fue descubierto e iba a ser conducido por un jefe del servicio de vigilancia. Pero logró apoderarse disimuladamente de su pistola y liquidar de un tiro por la espalda a ese jefe de la vigilancia. El año 1945 regresó de nuevo a Sajonia desde Suiza. Fue encarcelado y el Ministerio público se disponía a proceder contra él por asesinato alevoso. Pero el fiscal general dispuso que se le dejara en libertad y que se sobreesyera el procedimiento, considerando que era de aplicación el artículo 54. Funda la eximente del estado de necesidad en que "lo que entonces era proclamado como Derecho por los encargados de su mantenimiento, hoy en día no

puede ser ya considerado como tal. El desertar de los ejércitos de Hitler y de Keitel no significa para nuestra concepción del Derecho ningún delito que deshonre al prófugo y dé lugar a su penalización: no lo constituye en culpable”.

En todas partes, pues, se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son Derecho y de que hay Derecho por encima de las leyes.

III

El positivismo, en efecto, con su punto de vista de que “ante todo hoy que cumplir las leyes”, dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario e injusto. Con lo cual se quedaba, además, sin posibilidades de fundar la validez jurídica de las leyes. Es cierto que el positivismo piensa haber probado la validez de una ley por el hecho de tener la fuerza suficiente para imponerla. Pero en la fuerza se puede fundar tal vez una necesidad, nunca un deber y una validez. Esta se puede fundar tan solo en un valor inherente a la ley. Claro es que, aun sin consideración de su contenido, toda ley positiva lleva ya consigo un cierto valor: por lo que siempre será mejor que la total ausencia de leyes, al dar lugar al menos a la seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realzar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros dos valores, que son el de la uti-

lidad y el de la justicia. La jerarquía de estos valores señala el último puesto para la utilidad con respecto al bien común. De ningún modo se ha de admitir que es Derecho “todo lo que es útil al pueblo”, sino que al pueblo le es útil, en último término, tan solo lo que es Derecho, lo que trae seguridad y tiende a la justicia. La seguridad jurídica, que corresponde a cualquier ley ya por el hecho de su misma positividad, ocupa un lugar intermedio entre la utilidad y la justicia; la exige, por una parte, el bien común, y por otra, la justicia. El que el Derecho sea seguro, no aquí y ahora así, allá y mañana de otra manera, en su interpretación o en su aplicación, es también una exigencia de la misma justicia. Cuando hay un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un Derecho justo, pero que no ha adquirido la consistencia de una ley, estamos en realidad ante un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera. Este conflicto es el que expresa de una manera admirable el Nuevo Testamento, al mandarnos por una parte: “Estad sumisos a la autoridad que tiene poder sobre vosotros”, mientras que, por otra, sin embargo, ordena “obedecer a Dios antes que a los hombres”. Podría resolverse el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica atribuyendo la preferencia al Derecho positivo, que tiene la firmeza que le confieren su promulgación y la fuerza coactiva, y esto aun en el caso de que fuera injusto o perjudicial, o bien, en el

caso de que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance un grado insostenible, cediendo la ley, en cuanto "Derecho defectuoso", ante la justicia. Es imposible establecer una línea más precisa de separación entre los casos en que estamos ante leyes que no son Derecho y los otros en que, a pesar de su contenido injusto, las leyes continúan conservando su validez. Pero se puede establecer con toda precisión otra línea divisoria: cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia, cuando en la formulación del Derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos so' ante una ley que establece un "Derecho defectuoso", sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho. Porque no se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia. Aplicándoles este patrón, hay partes enteras del Derecho nacionasocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido. La propiedad más sobresaliente de la personalidad del Führer, que se contagió como rasgo esencial a todo el "Derecho" nacionalsocialista, era la total falta de sentido de la verdad y del Derecho; precisamente por eso, porque le faltaba el sentido de la verdad, podía dar el acento de esta con todo cinismo a lo que en cada caso resultaba oratoriamente eficaz; y porque le faltaba totalmente el sentido del Derecho no tenía inconveniente en proclamar como ley lo que no

era sino la más crasa arbitrariedad. En los comienzos de su gobierno podemos señalar como muestra el telegrama de simpatía dirigido a los asesinos de Potempa, al final la siniestra infamación de los mártires del 20 de julio de 1944. Ya con ocasión del proceso Potempa formuló Alfredo Rosenberg en el *Völkische Beobachter* la teoría apropiada, de que un hombre no era igual a otro hombre, ni un asesinato es equiparable a cualquier otro asesinato; con razón había sido valorado en Francia de muy distinta manera el asesinato del pacifista Jaurès que el intento de asesinato del nacionalista Clemenceau; no sería concebible aplicar el mismo castigo a quien ha delinquido por motivos patrióticos que a aquel que se mueve por razones contrarias al pueblo (tal como lo entendía el nacionalsocialismo). Con esto quedaba clara de antemano la intención de despojar al "Derecho" nacionalsocialista de la exigencia esencial de la justicia, de tratar a los iguales por igual. Como consecuencia, carece en el mismo grado, hablando en términos generales, de la naturaleza de Derecho: no es solo Derecho defectuoso, sino que, en general, podemos decir que no es Derecho. Esto es de especial aplicación a las determinaciones que pretendían atribuir al partido nacionalsocialista la totalidad del Estado, en contra del carácter de parte que corresponde a todo partido. Carecen así mismo de juridicidad todas esas leyes que aplicaban un trato inhumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres. Tampoco tienen la calidad de Derecho

ninguna de esas disposiciones que imponían castigos sin consideración a la diferente gravedad de los delitos, castigando con igual pena acciones de la más diversa gravedad, incluso aplicando con frecuencia la pena de muerte, todo por atender a las necesidades de intimidación del momento. Estos no son más que algunos ejemplos de leyes que no son Derecho.

No se puede desconocer—y menos después de las experiencias de esos doce años—los tremendos peligros para la seguridad jurídica que entraña esta concepción de las “leyes que no son Derecho”, esta negación del carácter de Derecho a leyes positivas. Confiamos en que esa falta de Derecho haya sido un caso único de extravío y aberración del pueblo alemán; pero hemos de estar preparados para hacer frente a cualquier eventualidad de retorno de ese Estado sin Derecho, superando fundamentalmente el positivismo jurídico, que eliminó todas las defensas para poder combatir el abuso de la legislación nacionalsocialista⁵.

IV

Esto por lo que hace al futuro. En cuanto a las leyes sin validez jurídica de esos doce años pasados hemos de procurar realizar la justicia con la menor merma posible de la seguridad. No se debería poner en manos de cualquier juez el poder dejar las leyes sin valor, sino que esta misión se

debería encomendar más bien a un tribunal superior o a la legislación (en este sentido se expresa también Kleine, *SJZ*, pág. 36). En la zona de ocupación americana se ha llegado incluso, sobre la base de un convenio entre los diversos territorios comprendidos en ella, a una ley dada al efecto: la “ley sobre la reparación de las contravenciones jurídicas del nacionalsocialismo en la administración de justicia”. En virtud de que esta ley establece que “no son punibles los actos políticos de resistencia al nacionalsocialismo o al militarismo”, pueden resolverse las dificultades que presenta, por ejemplo, el caso del desertor (a que nos hemos referido más arriba). En cambio, la otra ley paralela, la “ley para el castigo de las acciones delictivas del nacionalsocialismo”, solo se puede aplicar a los otros casos de que aquí hemos tratado cuando tales actos fueran ya punibles, de acuerdo con el Derecho entonces vigente, en el momento de su comisión. Por tanto, hemos de considerar la punibilidad de los otros tres casos independientemente de esta ley, y de acuerdo con el Derecho correspondiente al Código Penal del Reich.

En el caso del denunciante, que hemos comentado, no hay ningún obstáculo para señalar la comisión mediata por parte de ese denunciante de un delito de asesinato, de haber en él el propósito orientado en esa dirección, para cuya realización se hubiera valido como instrumento del tribunal y del automatismo jurídico del proceso penal. Ese tipo de propósito es el que se da espe-

cialmente en los casos "en que el autor tiene algún interés en la eliminación del encausado, bien sea porque se quiera casar con su mujer, o porque quiera hacerse con su vivienda u ocupar su puesto, o bien por ansias de venganza u otro motivo semejante (en este sentido se expresa el aludido informe del catedrático de Jena Richard Lange). Del mismo modo que es autor mediato el que abusa de su autoridad induciendo a los que le están sometidos a cometer actos delictivos, así lo es también el que pone en marcha con intención criminal el aparato de la justicia valiéndose de una denuncia. El empleo del tribunal como simple instrumento es especialmente claro en los casos en que el actor mediato pudo contar, y de hecho ha contado, con un ejercicio tendencioso de la función judicial, bien por fanatismo político, o bien por las presiones de los que entonces detentaban el poder. Si el denunciante no tenía esta intención, sino que más bien lo que quería era simplemente suministrar material al tribunal y dejar el desenlace encomendado a la decisión de este, solo se le podrá condenar como causante de la condena, y, mediatamente, de la ejecución de la pena de muerte, y esto solo en la calidad de coadyuvante, si el tribunal, por su parte, ha incurrido en su sentencia y su ejecución en el delito de asesinato. Esta orientación es la que de hecho ha seguido el tribunal de Nordhausen.

La punibilidad de los jueces por asesinato presupone a su vez que hayan quebrantado el Dere-

cho (arts. 336 y 344 del Código Penal). Porque, en efecto, el juicio de un juez independiente solo puede ser objeto de un castigo cuando no haya cumplido con el principio fundamental a que tiene que acomodarse esa independencia: la sumisión a la ley, es decir, al Derecho. Si, de acuerdo con los principios que hemos desarrollado, se puede afirmar que la ley que se aplicó no consentía Derecho, como, por ejemplo, en el caso de una pena de muerte encomendada a la libre apreciación, sino que más bien hacía escarnio de cualquier intención de acomodarse a la justicia, estamos ante un caso de objetiva violación del Derecho. Pero ¿podían incurrir en el dolo de violación del Derecho al aplicar las leyes positivas unos jueces que estaban tan imbuidos por el positivismo jurídico dominante, que no conocían más Derecho que el establecido en las Leyes? Aun admitiéndolo, les quedaría todavía como último recurso, aun cuando por cierto bien lamentable, invocar el peligro de muerte en que se hubieran metido, dada la concepción del Derecho nacional-socialista, es decir, la ausencia de Derecho a pesar de las leyes: el recurso al estado de necesidad del artículo 54 del Código de Derecho Penal; del que decimos que sería bien lamentable, porque el *ethos* del juez debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida.

La cuestión de la punibilidad de los dos auxiliares de la justicia en la ejecución de las sentencias de muerte es la que se resuelve con más facilidad. No hemos de dejarnos llevar ni por

la impresión que nos producen las personas que hacen una profesión de la ejecución de sus semejantes, ni por esa extraordinaria coyuntura y rendimiento económico de tal profesión. Cuando la profesión de verdugo era todavía una especie de oficio hereditario, los que le ejercían acostumbraban disculparse siempre con la idea de que ellos solo ejecutaban lo que los jueces se encargaban de sentenciar: "Los señores jueces dictan la condena, yo ejecuto su sentencia." Este dicho famoso del año 1698 se repite una y otra vez al caer la espada del verdugo. Así como la condena capital por parte de un juez no puede constituir un homicidio punible más que en el caso de estar montada sobre una violación del Derecho, así también el verdugo solo puede ser castigado por una ejecución en el caso de que corresponda al supuesto del artículo 345: ejecución responsable de una pena que no deba ser ejecutada. A este propósito dice Karl Binding (en su *Tratado de Derecho Penal*, parte especial, tomo II, 1905 pág. 509): en una relación semejante a la que tiene el juez con respecto a la ley está el encargado de la ejecución de las sentencias con respecto al juicio que tiene que ejecutar; toda su obligación consiste únicamente en acomodarse a él con exactitud. El juicio es el que determina toda su actuación: "Esta es justa en cuanto lo cumple, injusta si se aparta de él. Puesto que el núcleo de la culpabilidad radica en esta desviación de la única autoridad que determina la ejecución en cuanto tal, se puede denominar este delito (el del art. 345) como violación del

juicio o de la sentencia." El examinar la juridicidad de la sentencia no corresponde al verdugo. Por eso no puede perjudicarle el supuesto de su antijuridicidad, ni se le puede imputar como omisión violadora del Derecho el hecho de no haber renunciado a su cargo.

V

No nos adherimos a la opinión que se expresó en Nordhausen, de que "las consideraciones jurídicas formales" se prestan a "enturbiar la claridad de los hechos". Somos más bien de la opinión contraria: que, después de doce años de desprestigio de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca apoyarse en consideraciones jurídicas "formales", para protegerse contra las tentaciones que puedan surgir fácilmente en el ánimo de cualquiera que haya sufrido estos doce años de amenaza y opresión. Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener la seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible. La democracia es ciertamente un bien precioso, pero el Estado de Derecho es como el pan de cada día, como el agua potable y el aire que se respira; y lo mejor de la democracia es precisamente eso: que es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho.

NOTAS

¹ Otra causa por denuncia tuvo lugar en Munich contra los delatores de los hermanos Scholl.

² En su edición del Código Penal aplicable en Turin-gia (Weimar, 1946) dice el profesor Richard Lange (pág. 13) que "han surgido muchas dudas sobre el concepto de autoría mediata, en los casos en que el autor se ha servido de la administración de justicia para el logro de sus criminales intentos (con mentiras procesales, denuncias políticas...). El artículo II de la ley complementaria de 8 de febrero de 1946 pone por eso en claro que la autoría mediata es también punible cuando el intermediario obrara en cumplimiento de un deber profesional o simplemente de acuerdo a Derecho".

³ Sería preciso tener en cuenta hasta qué punto es posible que los regímenes establecidos por una revolución lleguen a alcanzar la validez jurídica en virtud de la "fuerza normativa de lo fáctico".

⁴ Sobre la responsabilidad penal por las sentencias antijurídicas, véase también el notable trabajo de BUCHWALD *Gerechtes Recht*, Weimar, 1946, págs. 5 y sgs.

⁵ A la concepción de un Derecho suprallegal se adhieren también BUCHWALD, *ob. cit.*, págs. 8 y sgs. Cfr. así mismo ROEMER en *SJZ*, págs. 5 y sgs.

LA LEY Y LOS JUECES

VALORES POSITIVOS Y NEGATIVOS
DEL POSITIVISMO

EBERHARD SCHMIDT