



## USOS DEL DERECHO Y GENOCIDIO SEGÚN LEMKIN

Ramon ALCOBERRO

**El genocidio no se ejecuta solo mediante la violencia física; existen multitud de formas (supuestamente) indoloras de violencia institucional y de coacción, con apariencia de actos jurídicos, formalmente legales, y cuyo resultado efectivo es la muerte civil de un grupo, de una cultura y de una lengua.**

Una de las aportaciones más interesantes de Raphaël Lemkin (1900-1959) a la reflexión sobre el genocidio es su estudio sobre las formas jurídicas mediante las cuales bajo el nazismo se instauró una nueva legislación para dar cobertura a esta forma de crimen. Tal como lo piensa Lemkin, el genocidio es un crimen de múltiples facetas que no solo incluye la destrucción física de un grupo sino todo un conjunto de medidas encaminadas a destruirlo. Fueron los nazis quienes elaboraron el concepto de movilización total, para designar aquella situación en que el conjunto de la actividad económica, social y cultural se organiza y se piensa alrededor de la guerra, entendida como destrucción total del enemigo. Cuando se trata de hacer la vida imposible de raíz a un grupo enemigo, la ley se moviliza también hasta convertirse en un auxiliar muy valioso porque se beneficia de una apariencia neutra. Para los usos neo-post totalitarios del derecho que, por lo demás, han tenido y tienen una posteridad significativa, Auschwitz es demasiado estentóreo, demasiado primitivo. Hay numerosas formas de genocidio menos llamativas y sin sangre, pero perfectamente equivalentes a Auschwitz y usar la ley como venganza contra un grupo específico es una tentación recurrente de muchos Estados en su relación con las minorías étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas, etc.

En su obra *Axis Rule in Occupied Europe* (1944), Raphaël Lemkin dedica un capítulo al derecho y otro a la justicia alemana en su aplicación tanto a los judíos como a los países ocupados –o mejor dicho a la manipulación nazi del derecho y la justicia para lograr un objetivo genocida. En la medida en que en una sociedad de la información como la actual, la violencia física es desagradable y fácilmente crea un entorno de solidaridad, las formas

posmodernas de genocidio tienden a evitar las imágenes de sangre y hambre que pueden provocar un rechazo internacional. La represión de las minorías se ha vuelto mucho más sofisticada y eficaz. Bajo el nazismo, el derecho construido *ad hoc*, los tribunales que obvian cualquier principio de imparcialidad y el silencio de las burocracias, estaban al servicio de la asimilación territorial lo más rápida posible al Reich alemán y del asesinato en masa. Pero es innegable que ese uso espurio de la legalidad no terminó con el hundimiento del régimen nazi.

En un derecho al servicio del genocidio, como el derecho alemán, lo fundamental es saber quién manda – y no lo que es justo. El derecho solo es una herramienta en favor del poder y del Estado, de manera que coadyuba no al establecimiento de la justicia sino al del Reich. No es un derecho de ocupación (provisional, excepcional dada la situación bélica). Para Lemkin está claro que: *“En la medida en que los objetivos de la ocupación alemana no están limitados a consideraciones militares, sino a la integración de los territorios ocupados en el ‘nuevo orden europeo’, bajo la hegemonía de Alemania, se hace evidente que la mayoría de las leyes del país ocupado son incompatibles con los objetivos de la ocupación alemana. Así el ocupante efectúa numerosos e importantes cambios en la legislación. Dichos cambios no tienen, como en el curso de ocupaciones precedentes, un carácter excepcional, sino masivo. Usar el derecho procesal alemán para juzgar a ciudadanos que disponían de sus propias leyes es incluso el menor de los desafueros. Los juristas nazis introdujeron en el código penal alemán el 28 de junio de 1935 “una de las innovaciones más revolucionarias”, como ironiza Lemkin:*

*Hasta entonces el principio nulla poena sine lege era un principio predominante, es decir, que nadie podía ser castigado por un acto por el cual la ley no prevé sanción. Desde entonces una persona puede ser castigada si el acto parece simplemente análogo a un acto proscrito por la ley. Los jueces pueden también ampliar, gracias a la analogía, el campo del derecho penal. A fin de determinar lo que es un caso análogo, el juez alemán debe dejarse guiar por ‘el sentido común popular’ y más aún por la literatura nazi, en particular Mein Kampf y los discursos del Führer. Esta concepción del derecho corresponde a una usurpación del derecho de las personas, porque somete el individuo a la opinión arbitraria del juez sobre lo que constituye un delito o un crimen. Destruye el sentimiento de seguridad legal y crea una atmósfera de miedo y de terror constantes.*

Usando sin rebozo el principio de retroactividad e introduciendo el código penal alemán sin contemplaciones se daba apariencia legal a lo que no era sino justificación conceptual del genocidio. En la justificación jurídica del genocidio resulta imprescindible dar una fachada legal a la arbitrariedad. El régimen nazi hizo esto sin ningún problema. En palabras de Lemkin:

*Además de la retroactividad, se instauró la presunción de culpabilidad futura mencionada anteriormente. En virtud de la orden del comisario del Reich en los Países Bajos de 4 de julio de 1940, las penas de confiscación podían pronunciarse en el caso ‘que sea verosímil suponer’ que una*

*persona favorecerá en el porvenir actividades hostiles al Reich alemán y a Alemania.*

*En ciertos casos, el ocupante declara que las autoridades no estarán en absoluto vinculadas por el derecho o que determinadas cuestiones de índole esencialmente legal se realizarán sin procedimiento judicial”*

La reflexión de Lemkin conduce a un tema nuclear en el ámbito de la filosofía del derecho: el de la fundamentación jurídica. Un derecho genocida se basa en la sumisión del principio de legalidad al del interés superior del Estado, cuyos intereses favorece por encima de toda otra consideración. Es genocida un derecho que sitúa la discriminación en favor del “amigo” y la represión del “enemigo” por encima de toda consideración de equidad, incluso hasta justificar una legislación “ad hoc”. Lemkin fue perfectamente claro en este ámbito:

*Por lo demás, la esencia ideológica del derecho alemán deberá ser igualmente tomada en consideración. Es posible afirmar que el derecho alemán se halla desprovisto de contenido moral y de límites propios en la medida en que es, sobre todo, utilitario. Para los alemanes, el derecho es lo que les resulta útil.*

*El derecho alemán se funda en el principio de discriminación y no el de igualdad. A tal efecto, niega el principio esencial de la misión del derecho, en la medida en que el individuo, en tanto que parte más débil en su relación con el Estado, necesita más la protección legal que el Estado. El derecho alemán no está concebido en un espíritu de justicia humana. Invoca la técnica legal simplemente como medio de coerción administrativa.*

*El derecho alemán es cruel en su contenido. No tan solo ha vuelto a poner en vigencia el ius talionis –el principio de ojo por ojo y diente por diente– sino que lo ha superado exigiendo penas en la proporción de diez por uno, o castigos sin relación auténtica con la culpabilidad. Ha establecido el divorcio entre el derecho y la moral de una parte, y la piedad por la otra”.*

Como es obvio, un derecho genocida no solo modifica las leyes para hacer imposible la vida al grupo que se pretende exterminar, sino que hace lo mismo con los tribunales que han de aplicar esas leyes. No tan solo los derechos de acusados dejan de estar garantizados, sino que en los casos que se presentan ante tribunales especiales y ante la corte marcial, ni siquiera se efectuaba necesariamente una instrucción previa. DE esta manera, como observó Lemkin, “los límites imprecisos de la jurisdicción aumentan el sentimiento de inseguridad”. Los tribunales locales de los países ocupados fueron abolidos o restringidos en todos los países ocupados y suprimidos los tribunales supremos de Polonia, Austria y Luxemburgo. Incluso afirmando que la justicia era independiente, la orden del comisario del Reich en los Países Bajos estipulaba que “el comisario del Reich determinará los juicios que deben serle sometidos a fin de ser confirmados antes de ser ejecutados”. El derecho de extraterritorialidad que amparaba a los residentes alemanes en los

países ocupados era, de hecho, una garantía de inmunidad e impunidad. Con la abolición de la seguridad jurídica y legal, cualquier principio de imparcialidad quedaba hecho añicos y la base del genocidio se justificaba formalmente.

Cuando se debate la naturaleza del Holocausto es habitual que los historiadores se dividan en dos bandos: los llamados “funcionalistas” para quienes el genocidio nazi fue una consecuencia del desarrollo de la guerra y de su radicalización y los “intencionalistas” para los que el Holocausto había sido, desde incluso mucho antes de la guerra, uno de los objetivos de la política nazi. Al mostrar como el Holocausto no consistió solo en la destrucción física de judíos, gitanos y otras minorías, sino que iba acompañado de un conjunto bien trabado de medidas jurídicas, económicas y culturales, Lemkin argumentó de forma imbatible a favor de la tesis intencionalista. Sin la trabazón jurídica, de eficacia incontestada, de los funcionarios y de los legisladores alemanes (fuesen o no nazis) no hubiese sido posible el genocidio.

En el llamado “Juicio de los jueces” de Nuremberg que se vio de marzo a diciembre de 1947 (y que no se desarrolló ante el Tribunal Militar Internacional, sino ante las autoridades estadounidenses) dieciséis juristas alemanes fueron juzgados y condenados por ese uso genocida del derecho, pero las penas dictadas estuvieron en la mayoría de los casos sobre los diez años de cárcel, por lo que puede considerarse que fueron en general benévolas. En la literatura jurídica ha quedado un caso de uso de los tribunales de justicia con intención genocida, el llamado caso Katzenberger, en que un empresario judío fue sentenciado a muerte y guillotinado en 1942, acusado de mantener relaciones con una joven aria, sobre la base de las leyes municipales de Nuremberg que consideraba crimen las relaciones sexuales entre judíos y no judíos. El juez Oswald Rothaug, que fue quien lo condenó sin pruebas, fue a su vez condenado a cadena perpetua en Nuremberg por los americanos (1947) pero se le liberó en 1956. Obviamente Lemkin no se refiere a este caso que es un clásico para explicar el sistema judicial nazi, pero ese es uno de los ejemplos más obvios de uso genocida del aparato judicial.