

INTERNACIONAL

La cuestión de la continuidad de las normas nacionalsocialistas en la Alemania de postguerra (1945-1949) ¹

Michaela DLUGOSCH

Las consideraciones siguientes deben formar una idea del problema de la vigencia de las normas nacionalsocialistas en las zonas alemanas ocupadas durante el periodo inmediatamente posterior a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. A tal fin, se tratará en primer lugar de las estrategias puestas en marcha por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Unión Soviética en orden a la desnazificación del conjunto de las normas nacionalsocialistas existentes. Seguirá una serie de consideraciones sobre la actitud de la jurisprudencia alemana al respecto, que también afectarán a la estructura del personal judicial, así como a la actitud ante la ya existente jurisprudencia del Tercer Reich. Por último, se hará una breve referencia a las disposiciones constitucionales que se pronuncian sobre el tema que nos ocupa.

Puesto que no existe una discusión suficiente que afecte directamente a este tema en la historiografía jurídica alemana, siendo escasas y parciales las contribuciones con las que hasta el momento se cuenta, el presente trabajo ha debido servirse en primerísimo lugar de juicios y sentencias publicados en esos años. Materiales concernientes a la situación en la Zona de Ocupación Soviética son todavía disponibles en escasa medida; de un lado, porque se

conservan sólo parcialmente, y, de otro, porque antes de la reunificación alemana la mayoría de los libros publicados en la antigua República Democrática eran muy difíciles de conseguir en Alemania occidental; aún actualmente las existencias de literatura jurídica producida en el Este son muy restringidas. Por ello, las páginas siguientes se refieren principalmente a la situación en las zonas occidentales.

1. ACTITUD ALIADA ANTE EL ORDENAMIENTO NACIONALSOCIALISTA

Después de la capitulación incondicional alemana el 8 de Mayo de 1945, se legó como herencia del Régimen nacionalsocialista un orden jurídico politizado y pervertido, del que se había abusado, como instrumento de poder, tanto por la legislación como por la ideologizada interpretación y aplicación de las leyes ². Por ello, liberar al ordenamiento en su conjunto del ideario nacionalsocialista y llevar a cabo una constitución nueva del Derecho encaminada a la reeducación del pensamiento jurídico, eran para los Aliados, al asumir el poder del Estado, consecuencias sobreentendidas y necesarias. Base de es-

¹ Este trabajo fue originalmente concebido como contribución al Seminario "Desarrollo del Derecho y de la Constitución en las Zonas de Ocupación occidentales y en la Zona de Ocupación Soviética en la Alemania de postguerra (1945-1949)", durante el curso 1990/91. El Seminario fue dirigido por el Prof. Dr. Bernhard Diestelkamp, catedrático de Historia de Derecho y Derecho Civil en la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de Frankfurt am Main (Alemania). Se presenta aquí en traducción de la autora, que agradece la colaboración prestada en esta labor por Jesús Vallejo.

Las abreviaturas que se utilizarán en las notas son las siguientes: AG (= *Amtsgericht*); BB (= *Der Betriebsberater*); BGH (= *Bundesgerichtshof*); BGHZ (= *Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*); DJ (= *Deutsche Justiz*); DRZ (= *Deutsche Rechts-Zeitschrift*); DuR (= *Demokratie und Recht*); JR (= *Juristische Rundschau*); JuS (= *Juristische Schulung*); KG (= *Kammergericht*); KJ (= *Kritische Justiz*); KRAmtsBl. (= *Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland*); LG (= *Landgericht*); MDR (= *Monatsschrift für Deutsches Recht*); MilRegAmtsBl. (= *Amtsblatt der Militärregierung in Deutschland*); NJ (= *Neue Justiz*); NJW (= *Neue Juristische Wochenschrift*); OGH (= *Oberster Gerichtshof*

der Britischen Zone); OGHZ (= *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Zivilsachen*); OLG (= *Oberlandesgericht*); RGBL (= *Reichsgesetzblatt*); RJ (= *Rechtshistorisches Journal*); SJZ (= *Süddeutsche Juristenzeitschrift*); VerwG (= *Verwaltungsgericht*); ZNR (= *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*)

² Para una introducción general a la situación de la justicia bajo el régimen nacionalsocialista, véase Dreier, Ralf Sellert, Wolfgang (eds.), *Recht und Justiz im Dritten Reich*, Frankfurt am Main 1989; Salje, Peter (ed.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster 1985; Laufs, Adolf, "Die Berliner Justiz in der Zeit des NS-Regimes", en Ebel, Friedrich Randelzhofer, Albrecht (eds.), *Rechtswissenschaften in Berlin*, Berlin 1988, pp. 193 ss.; Preuss, Ulrich Klaus, "Die Perversion des Rechtsgedanken", en Troger, Jörg (ed.), *Hochschule und Wissenschaft im Dritten Reich*, 1986; Rütters, Bernd, "Die unbegrenzte Auslegung", en Davy, Ulrike Fuchs, H. (eds.) *Nationalsozialismus und Recht*, Wien 1990; Schier, Wolfgang, *Rechtsschein und Rechtswirklichkeit unter der nationalsozialistischen Herrschaft*, Würzburg 1961.

tas consideraciones, concebidas principalmente por los Estados Unidos, era la idea de destruir totalmente el fundamento personal y el ideario nacionalsocialista, así como su sistema estatal, con la finalidad de establecer las premisas para una democratización de Alemania, tal y como ya se declarara en la Conferencia de Yalta en febrero de 1945, dos meses antes de la terminación de la guerra ³.

Teóricamente se ofrecían a los Aliados diversas posibilidades con miras a la renovación del orden jurídico. En primer lugar, anular *ex tunc* todos los Derechos de Soberanía del Estado nacionalsocialista. Una actuación de este tipo tal vez hubiera sido la forma de proceder más evidente, pero llevarla a la práctica sería tanto como constatar que el Estado alemán nacionalsocialista existió sin legitimación jurídica alguna desde el acceso de Hitler al poder. La misma fuerza de los hechos hacía indefendible tal consideración: desde el punto de vista de la política interior alemana, el régimen había llegado efectivamente a imponerse, habiendo de añadirse a ello, desde el punto de vista de la política internacional, la aceptación como legítimo del Gobierno del Reich ⁴. Los actos de Soberanía del Gobierno nacionalsocialista, por supuesto considerados formalmente, eran en este momento Derecho vigente, aceptados no sólo en el extranjero, sino también por la mayoría de la población alemana no obstante su abyección moral ⁵. Además se hubiera producido como consecuencia una extensión imprevisible de la inseguridad jurídica, lo que desaconsejaba notablemente tal solución. Todas estas razones pudieron contribuir a que en realidad los Aliados no se planteasen seriamente jamás llevar a la práctica una política basada en presupuestos tan extremos ⁶. Un método menos radical hubiera sido la anulación del conjunto de los actos de Soberanía del legislador na-

cional socialista entre los años 1933 y 1945. Pero el resultado hubiera sido igualmente catastrófico en lo que respecta al principio de seguridad jurídica ⁷. La solución definitiva había de resultar de un difícil compromiso entre, por un lado, el mantenimiento de tal principio, y, por otro, la finalidad de la liquidación del ideario nacionalsocialista ⁸.

La manera de actuar de los Aliados permite reconocer la combinación de tres estrategias principales para garantizar un comienzo nuevo del orden jurídico: en primer lugar, la derogación del derecho esencialmente nacionalsocialista; en segundo lugar, el establecimiento de reglas para la interpretación y aplicación de las normas nacionalsocialistas subsistentes; y en tercer lugar, la aplicación de tales reglas por un personal judicial desnazificado ⁹. Dichas estrategias muestran que las potencias ocupantes no pensaban en una derogación global de las normas, sino en la desnazificación del orden jurídico ¹⁰.

Estaba previsto, ante todo, purificar el ordenamiento mediante la derogación de las leyes más profundamente ideologizadas, y por eso llamadas leyes nacionalsocialistas típicas ¹¹. Ya el 14 de julio de 1945, es decir, el mismo día de la toma de posesión de los Gobiernos Militares de Ocupación en sus respectivas zonas ¹², se llevó a efecto la anulación de las 25 Leyes nacionalsocialistas más importantes por su significación política, y ello mediante los artículos 1 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar ¹³, y 1 de la Ley No. 1 del Consejo de Control para Alemania ¹⁴, órgano este último establecido desde el 30 de julio de 1945 en Berlín ¹⁵.

El programa de derogación de los Aliados tenía por finalidad primera la eliminación de las llamadas leyes fundamentales nacionalsocialistas (*nationalsozialistische Grundgesetze*), en las cuales se basaban el poder y el funcionamiento del Estado nacionalsocialista; entre otras, la Ley para el remedio de

³ Cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Entnazifizierung", en Zentner, Christian, Bedürftig, Friedemann (eds.), *Das große Lexikon des Dritten Reichs*, München 1985, pp. 154 s. (154); cfr. además la proclamación No. 1 del Gobierno Militar, cifra 1, en *Mil Reg Amts Bl.*, Nr. 1 (1945), p. 1; Stolleis, Michael, "Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949", en Horn, Norbert (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Band I, München 1982, pp. 383 ss. (386); Kimminich, Otto, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Auflage, Regensburg 1987, p. 603; Wassermann, Rudolf, "Justiz- und politische Kultur in der Bundesrepublik Deutschland", en Schoeps, Julius H., Hillermann, Horst (eds.), *Justiz und Nationalsozialismus*, Stuttgart/Bonn 1987, pp. 156 ss. (159 ss.); Wrobel, Hans, *Verurteilt zur Demokratie*, Heidelberg 1989, pp. 1 ss. y 101; Paech, Norman, "Recht und Antifaschismus nach 1945", en Bennhold, Martin (ed.), *Spuren des Unrechts*, Köln 1989, pp. 131 ss.

⁴ Stolleis (n. 3), p. 386; Stolleis, Michael, "Die Weiße Rose und ihre Richter", en *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), pp. 211 ss. (216 s.).

⁵ Stolleis (n. 4), p. 217.

⁶ Stolleis (n. 3), p. 386; Stolleis (n. 4), p. 217; Zimmermann, Reinhard, "Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (1948-1950) und die Fortbildung des Bürgerlichen Rechts", en *ZNR* 3 (1981), pp. 163 s.; Dilcher, Herrmann, "Bürgerliches Recht in den Westzonen 1945-1949", en Schwab, Dieter, Giesen, Dieter, Listl, Joseph, Strätz, Hans-Wolfgang (eds.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin 1989, pp. 221 ss. (223).

⁷ Stolleis (n. 3), p. 386; Wenzlau, Joachim, Reinhold, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945-1949*, Königstein im Taunus 1979, nota 2 en p. 9; cfr. también Pappé, H. O.,

"On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", en *Modern Law Review*, 23 (1960), pp. 260 ss. (274); Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*, München 1987, p. 204.

⁸ Stolleis (n. 3), p. 386.

⁹ Wenzlau (n. 7), p. 9; Laage, Clea, "Die Auseinandersetzung mit dem Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945", en *KJ*, 22 (1989), pp. 409 ss. (413); Wassermann (n. 3), p. 164.

¹⁰ Dilcher (n. 6), pp. 223 s.

¹¹ Müller (n. 7), p. 227; Laufs, Adolf, *Rechtswentwicklungen in Deutschland*, 3. Auflage, Heidelberg 1984, p. 351

¹² Dilcher (n. 6), p. 222

¹³ En *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 11. Las Leyes del Gobierno Militar fueron originalmente formuladas por el SHAEF (*Supreme Headquarter of the Allied Expeditionary Force*), el Cuartel General de las Fuerzas Expedicionarias Aliadas, que mantuvo el poder, y por ello también la competencia legislativa, hasta la toma de posesión de los Gobiernos Militares en sus zonas respectivas (Dilcher (n. 6), pp. 221 s.). Fueron éstos, tras su toma de posesión, los que las llevaron a efecto en cada circunscripción. A partir de este momento cada potencia ocupante pudo decidir sobre la legislación concerniente a su zona (Dilcher (n. 6), pp. 221 s.); para la eliminación en el ordenamiento jurídico del ideario nacionalsocialista. (Cfr. Stolleis (n. 3), p. 389). En cuanto a las normas del Consejo de Control Aliado, establecido en Berlín como órgano central, su vigencia se extendía a todas las Zonas de ocupación, estableciendo un marco para la legislación de éstas (Wrobel (n. 3), p. 105), pero sin que hubiera relación de subsidiariedad alguna entre los dos citados niveles de producción normativa. Cfr. Dilcher (n. 6), p. 222; Jaenicke, Günther, *Der Abbau der Kontrollratsgesetzgebung*, 1952, p. 26.

¹⁴ De 20 de septiembre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 1*, de 29 de octubre de 1945, p. 6.

¹⁵ Dilcher (n. 6), p. 222.

la miseria del Pueblo y del Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*)¹⁶, la legislación contra otras razas distintas a la raza aria, las leyes concernientes a la protección del Estado nacionalsocialista, así como varias leyes en las que se basaban los privilegios del Partido Nacionalsocialista y sus organizaciones. La abrogación, pues, de la parte fundamental de las normas del sistema habría de constituir la componente primera para fundamentar la constitución nueva del orden jurídico.

Siendo el de las leyes a derogar un catálogo abierto¹⁷, pasos sucesivos se dieron el 30 de enero de 1946 a través de la Ley No. 1 del Consejo de Control Aliado¹⁸, que se dirigió principalmente contra la legislación penal extraordinaria¹⁹. Afectado por esta norma se vio, por ejemplo, el artículo 2 del Código Penal (§ 2 *Strafgesetzbuch*)²⁰, que había permitido durante la época nacionalsocialista el uso de la analogía penal contra el reo, así como la pena por contravenir la "conciencia popular sana" (*gesundes Volksempfinden*), un término de contenido impreciso del que se podía abusar por parte de la justicia nacionalsocialista como medio e instrumento arbitrario de eliminar a cualquiera a quien pudiera considerarse enemigo del régimen o un estorbo para llevar a cabo las finalidades del sistema²¹. Se derogaron además los artículos del Código Penal concernientes a delitos de alta traición y traición a la Patria (§§80-94 *Strafgesetzbuch*), el Decreto Penal Extraordinario de Guerra (*Kriegssonder-strafrechtsverordnung*)²², y el Decreto Antiparasitario Popular (*Volksschädlingsverordnung*)²³, así como decretos que preveían contra polacos y judíos penas desproporcionadas (*Polen- und Judenstrafrechtsverordnungen*)²⁴. Una nueva reducción normativa se operó el 20 de junio de 1947 a través de la Ley No. 55 del Consejo de Control Aliado. A partir de ese momento, pues, todas las normas penales posteriores a 1933 habían ya desaparecido²⁵.

Las alteraciones que se introdujeron en otros cam-

pos jurídicos se situaron dentro de unos márgenes comparativamente estrechos. Así, las efectuadas en el ámbito del Derecho matrimonial supusieron una modificación insignificante con respecto al estado de tal ordenamiento en 1938²⁶. Y ello porque, a pesar de la finalidad explícitamente racista de la parte suprimida de la regulación, los Aliados no consideraron el Derecho matrimonial en su conjunto como expresión de la ideología nacionalsocialista²⁷. Un procedimiento similar puede observarse en el terreno del Derecho sucesorio²⁸. Sucesivas derogaciones se verificaron en el campo de la jurisdicción administrativa²⁹, del Derecho laboral³⁰, del Derecho inmobiliario³¹, del Derecho cinematográfico³², y de las normas que regían las relaciones Iglesia-Estado³³.

A pesar del aumento permanente del catálogo de normas suprimidas, la legislación de los Aliados sólo fue capaz, por razones prácticas, de lograr la eliminación de una pequeña parte del conjunto del ordenamiento nacionalsocialista³⁴. La consecuencia evidente fue la continuidad en la vigencia de las leyes no derogadas.

El modo de actuar ante el Derecho nacionalsocialista no afectado por el catálogo de derogaciones se determinó a través de los artículos II a IV de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, y II de la Ley No. 1 del Consejo de Control Aliado³⁵. Tales normas sirvieron especialmente a la finalidad de evitar todas aquellas discriminaciones procedentes de la ideología nacionalsocialista que infringieran el principio general de igualdad ante la ley.

El primero de los citados artículos prohibía cualquier discriminación por razón de nacionalidad, raza, confesión o actitud contraria al Partido Nacionalsocialista; el segundo (art. III) declaraba la interdicción de interpretar y aplicar las leyes vigentes según la ideología derrotada, y de utilizar la jurisprudencia alemana del Tercer Reich imbuida de tal ideología³⁶. La norma alcanzaba también a la literatura ju-

¹⁶ Dicha ley de 24 de marzo de 1933 (*RGBl.* I, p. 141), más conocida como Ley de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*), creaba el fundamento para la instalación de la dictadura nacionalsocialista; habiéndose aprobado por mayoría de 2/3 de los miembros presentes en el *Reichstag*, tal respaldo hubiera sido inalcanzable de no haberse impedido, mediante detenciones o coacciones diversas, la asistencia de los 81 miembros del Partido Comunista y 26 de los 120 miembros del Partido Socialista (cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Ermächtigungsgesetz", en Zentner Bedürftig (n. 3), pp. 157 s.). Sus previsiones incluían la asunción efectiva de la potestad legislativa por parte del NSDAP y se extendían hasta la supresión de la condición de conformidad de las leyes a la Constitución; véase también Salje (n. 2), p. 141; Mejer, Diemut, "Der allgemeine Gleichheitssatz und seine Umwandlung zum Sonderrecht im nationalsozialistischen Staat", en Davy Fuchs (n. 2), pp. 55 ss. (63 ss.).

¹⁷ Así explícitamente el art. I cifra 2 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl.* Nr. 1 (1945), p. 11.

¹⁸ Ley No. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 3, de 31 de enero de 1946, p. 55.

¹⁹ Stolleis (n. 3), p. 388.

²⁰ De 28 de junio de 1935, *RGBl.* I, p. 839.

²¹ Cfr. von Brünneck, Alexander, s.v. "Gesetze", y "Justiz" en Zentner Bedürftig (n. 3), respectivamente pp. 212 y 298.

²² De 17 de agosto de 1938, *RGBl.* I, p. 1455.

²³ De 5 de septiembre de 1939, *RGBl.* I, p. 1679.

²⁴ De 4 de diciembre de 1941, *RGBl.* I, p. 759

²⁵ Stolleis (n. 3), pp. 388 ss.

²⁶ Dilcher (n. 6), p. 225; la desnazificación se actuó a través

de la Ley No. 16 del Consejo de Control de 20 de febrero de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 4, de 31 de marzo de 1946, p. 77.

²⁷ Nehlert, Gerhard, "Das Ehegesetz des Kontrollrats für Deutschland", en *JR* 1947, p. 69; Zimmermann (n. 6), p. 163 nota 43.

²⁸ Ley No. 37 del Consejo de Control de 30 de octubre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 11, de 31 de octubre de 1946, p. 220

²⁹ Art. V de la Ley No. 36 del Consejo de Control de 10 de octubre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 11 (n. 26), p. 183

³⁰ Ley No. 22 del Consejo de Control de 10 de abril de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 6, de 30 de abril de 1946, p. 133; Ley No. 35 del Consejo de Control de 20 de agosto de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 10, de 31 de agosto de 1946, p. 174; Ley No. 40 del Consejo de Control de 30 de noviembre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 12, de 30 de noviembre de 1946, p. 229; Ley No. 56 del Consejo de Control de 30 de junio de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 16 de 31 de julio de 1947, p. 287

³¹ Ley No. 44 del Consejo de Control de 10 de enero de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14 de 31 de marzo de 1947, p. 256; Ley No. 45 del Consejo de Control de 20 de febrero de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14, p. 256

³² Ley No. 60 del Consejo de Control de 19 de diciembre de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 18, de 31 de enero de 1948, p. 298

³³ Ley No. 49 del Consejo de Control de 20 de marzo de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14 (n. 31), p. 265

³⁴ Stolleis (n. 3), p. 388.

³⁵ Lewald, Walter, *Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands*, Marburg 1948, p. 37.

³⁶ Art. III cifra 6 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl.* Nr. 1 (1945), p. 12

ridica influenciada por el ideario nacionalsocialista³⁷. Además se decretó en el mismo artículo III la aplicación e interpretación de las normas nacionalsocialistas según el "sentido literal de sus términos" (*klarer Sinn des Wortlauts*); se pretendía con ello que los jueces hiciesen caso omiso de interpretaciones ya establecidas, evitándose así posibles desviaciones en la aplicación de las leyes que podían también derivarse de la toma en consideración de la voluntad o fin del legislador. El artículo IV vedaba explícitamente la aplicación analógica en materia penal, así como la punición por presunta contravención de la "conciencia popular sana"³⁸, prohibiendo también la imposición de castigos crueles o excesivos³⁹. A esto último vino a añadirse la Directiva General No.1 para Jueces, en su cifra 8b (*Allgemeinen Anweisung an Richter Nr.1 Ziffer 8b*), anulando todas las agravaciones de la pena dictadas con posterioridad al 30 de enero de 1933⁴⁰. Condenas firmadas por tribunales alemanes, no ejecutadas y en contradicción con las reglas establecidas por el Gobierno Militar de Ocupación, tuvieron que ser revisadas o, en su caso, modificadas o anuladas en virtud del artículo IV de la Ley No. 1 del Gobierno Militar⁴¹.

Se pensaba que el aseguramiento de las reglas de interpretación y aplicación de las leyes mencionadas sólo se podía conseguir confiando en la aplicación legítima de las normas subsistentes por un personal judicial desnazificado y democrático⁴². En tal sentido, ordenó el artículo 2 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar la clausura de los órganos de la jurisdicción ordinaria, así como el cierre del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) y del Tribunal Administrativo Supremo del Reich (*Reichsverwaltungsgericht*), hasta que se publicasen órdenes suplementarias por escrito⁴³. Al mismo tiempo se suprimieron el Tribunal Popular (*Volksgeschichtshof*), la jurisdicción del Partido (*Parteiengerichtbarkeit*)⁴⁴ y las jurisdicciones extraordinarias (*Sondergerichtbarkeit*)⁴⁵.

El artículo IV de la Ley No. 4 del Consejo de Con-

trol Aliado⁴⁶ suspendió en el ejercicio de sus funciones a todos los jueces, magistrados y fiscales que habían pertenecido al Partido Nacionalsocialista⁴⁷. La Proclamación No. 3 del citado Consejo declaraba los principios a los que debía responder la nueva autoridad judicial, habiendo de constituirse en virtud de ellos una justicia democrática basada en la equidad, en la igualdad ante la ley y en las máximas de un proceso justo⁴⁸.

2. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA Y LAS NORMAS NACIONALSOCIALISTAS SUBSISTENTES

Los Aliados, en razón de la falta de tiempo y de la envergadura excesiva de la tarea a realizar, pudieron someter al orden jurídico nacionalsocialista solamente a una revisión muy incompleta.⁴⁹ Se suscitó entonces en los tribunales y juzgados ordinarios, después de su reapertura progresiva a partir de mayo de 1945⁵⁰, la cuestión de si la efectiva derogación de las normas nacionalsocialistas tenía carácter cerrado, o si por el contrario existía un derecho adicional de revisión del juez en cuanto a la aplicabilidad de las normas subsistentes⁵¹.

En principio, la jurisprudencia en su conjunto se decantó por esta última solución, basándose en la existencia de un derecho de revisión reconocido en el artículo III cifra 7 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar (prohibición de la aplicación e interpretación según la ideología nacionalsocialista). La argumentación era la siguiente: si al juez le está prohibido aplicar e interpretar las leyes según el ideario nacionalsocialista, sería absurdo que no tuviese también la competencia de revisar en aquellos supuestos en los que de los términos literales de una ley determinada pudiera desprenderse su espíritu nacionalsocialista, de manera que su subsistencia fuese insoponible para el nuevo orden jurídico. Por ello, la magistratura interpretó dicho artículo de la Ley del Go-

³⁷ Arts. II y III de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr.1* (1945), pp. 11 y 12; Art. II de la Ley del Consejo de Control Nr. 1, en *KRA mts Bl. Nr.1* (n. 14), p. 6.

³⁸ Art. IV, cifra 7 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1*, p. 12.

³⁹ Art. IV cifra 8 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, *MilReg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12.

⁴⁰ *Schleswig-Holsteiner Anzeiger* (1946), p. 4.

⁴¹ Art. IV c.ífra 10 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12; Proclamación No. 3 del Consejo de Control de 20 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 1* (14), p. 22.

⁴² Cfr. Ley No. 4 del Consejo de Control de 30 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 2*, de 30 de noviembre de 1945; véase también arts. V cifra 9 y VII cifra 12 a de la Ley No. 2 del Gobierno Militar; Müller (n. 7), p. 204; Wenzlau (n. 7), p. 9; Perels, Joachim, "Die Restaurator der Rechtslehre nach 1945", en *KJ*, 17 (1984), pp. 359 ss. (360).

⁴³ Art. IV cifra 7 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 13.

⁴⁴ Es decir, un traslado de competencias jurisdiccionales sobre delitos políticos a los departamentos y organizaciones del Partido, especialmente a órganos de policía como la *GESTAPO* o la *SS*, con facultades tanto para impedir la celebración del juicio legalmente previsto, como para intervenir en un proceso pendiente, e incluso para actuar posteriormente con independencia de la decisión judicial; cfr. VonBrünneck, s.v. "Justiz" y "Recht", pp.

297 s., respectivamente p. 490, en Zentner Bedürftig (n. 3); Mejer (n.16), p. 169, Schimmier, Bernd, *Recht ohne Gerechtigkeit*, Berlin 1984, pp. 9 ss.

⁴⁵ A través del art. II cifra 4 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 13. Se trataba de instancias especialmente concebidas para el enjuiciamiento de delitos políticos, dedicándose preferentemente al Derecho penal extraordinario. Ya el Decreto de 21 de marzo de 1933 (*RGBl. I*, p. 136) había previsto la creación de un Tribunal extraordinario (*Sondergericht*) en cada partido judicial. En 1934 se instauró el Tribunal Popular (*Volksgeschichtshof*), que asumió las competencias del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) en materia de delitos políticos. Contra sus sentencias no había posibilidad de recurso. Cfr. VonBrünneck, s.v. "Justiz", en Zentner Bedürftig (n. 3), p. 296.

⁴⁶ De 10 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 2*, de 30 de noviembre de 1945, p. 26.

⁴⁷ Cfr. también, Directiva No. 24 de 12 de enero de 1946, cifras 1 y 2, en *KRA mts Bl. Nr. 5* de 31 de marzo de 1946, p. 98.

⁴⁸ En *KRA mts Bl. Nr. 1* (n. 14), p. 22.

⁴⁹ Stolleis (n. 3), p. 388, Wenzlau (n. 7), pp. 145 ss.; Wengler, Wilhelm, "Die Nichtverwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre", en *JR* 1949, p. 77.

⁵⁰ Wrobel (n. 3), p. 106; Stolleis (n. 3), p. 402; Zimmermann (n. 6), p. 159.

⁵¹ Laage (n. 9), p. 416; Stolleis (n. 3), p. 402.

bierno Militar, no sólo como método de aplicación de las normas nacionalsocialistas subsistentes, sino también como legitimación para la revisión de la aplicabilidad de dichas leyes⁵².

La opinión contraria, que se basaba en que este derecho de revisión sería competencia exclusiva del legislador⁵³, no pudo imponerse antes de fines de 1948 y comienzos de 1949, por ser corolario de la corriente de opinión que defendía la continuidad del Estado alemán existente antes del año 1945: a tal continuidad del Estado, no afectada entonces por la capitulación incondicional, habría de corresponder una continuidad del orden jurídico⁵⁴.

Pero antes de entrar más directamente en el estudio del ejercicio del derecho jurisdiccional de revisión, y por ser factor decisivo en su aplicación, es necesario ofrecer una visión de la estructura del personal judicial alemán a partir del año 1945 en las diferentes Zonas de Ocupación.

El proyecto aliado preveía también una praxis judicial llevada a cabo por un personal no condicionado⁵⁵. Pero había que contar con las consecuencias que resultaban de la suspensión de la mayoría de los jueces, magistrados y fiscales, en virtud de lo decretado por la Ley No. 4 del Consejo de Control Aliado⁵⁶: dado que casi la totalidad del aparato judicial estuvo incorporado al Partido Nacionalsocialista⁵⁷, existía una escasez aguda de personal en los tribunales y juzgados reabiertos, incapaces entonces de dominar el número creciente de procesos. Todavía en una primera fase se intentó dar una respuesta de emergencia a esta situación de penuria de personal mediante la recuperación de quienes habían ejercido sus cargos antes de 1933, y que en razón de ello no podían tener la consideración de funcionarios del Régimen⁵⁸. Pero este intento de compensación del personal judicial a través de la vuelta a la vida activa de los jubilados no podía en absoluto resolver el problema. El número de jueces y fiscales ejercientes antes del año 1933 era exiguo, y la cantidad de los procedimientos pendientes aumentaba de día en

día. En los años de la postguerra, además, el porcentaje de criminalidad era alto. Habían de buscarse otras formas más efectivas de dominar este problema, porque todos los indicios pronosticaban una catástrofe para la administración de justicia.

En poco tiempo, no se vio en las Zonas occidentales otra salida que la consistente en relajar la orden radical de suspensión del personal judicial a la que más arriba se hizo referencia⁵⁹ (art. IV de la Ley No. 4 del Consejo de Control)⁶⁰. La iniciativa la tomaron los responsables de la Zona de Ocupación Británica dictando la famosa "*Huckepack-Klausel*" ("cláusula a cuestas")⁶¹; con ella se posibilitaba que por cada persona libre de sospecha que entrase en el servicio judicial, entrase también un miembro de la justicia inculcado formalmente en función de su pasado nacionalsocialista⁶². En las restantes zonas occidentales se acudió al empleo temporal, como jueces ayudantes, del personal judicial inculcado; en virtud de la tolerancia de los gobernantes, estos jueces normalmente conseguían más tarde cargos ordinarios. De todas formas se encontraron numerosas posibilidades para la reintegración del personal judicial anterior, así que se actuó en los años de la postguerra casi la reconstrucción completa del pretendidamente extinguido aparato de justicia nacionalsocialista⁶³. El efecto fue que el derecho de revisión de la vigencia de las normas nacionalsocialistas quedaba de nuevo en manos de los funcionarios del régimen anterior, casi todos sin excepción miembros del Partido Nacionalsocialista, hecho en modo alguno indiferente para el problema que examinamos. Pero, a pesar de todo, sería injusto decir que todos ellos intentaron abusar maliciosamente de sus competencias poniéndolas al servicio de las finalidades del Partido. Durante el procedimiento de desnazificación se clasificó a la mayoría del personal judicial en las categorías de "concurrente" o de "menos implicado" (respectivamente, "*Mitläufer*" y "*minderbelastet*")⁶⁴, según fueron conocidas tales categorías en Alemania traduciendo su original denominación en lengua inglesa)⁶⁵. Desde luego había un

⁵² Wengler (n. 49), pp. 76 s.; KG Berlin de 27 de febrero de 1946, en *JR* 1947, p. 27; OLG Braunschweig de 6 de febrero de 1946, en *SJZ* 1948, col. 118; OLG Neustadt, de 4 de agosto de 1949, en *MDR* 1949, p. 702; OLG Kiel de 22 de enero de 1947, en *DRZ* 1947, p. 198; OLG Freiburg de 12 de junio de 1946, en *DRZ* 1947, p. 65; OLG Tübingen, de 24 de febrero de 1947, en *DRZ* 1947, p. 164; para la opinión contraria, exclusivamente OLG Hamburg de 26 de marzo de 1947, en *MDR* 1947, p. 137 con el argumento de la inseguridad jurídica dominante.

⁵³ Conrad, Rolf, "Die in der Britischen Besatzungszone gültige Fassung des Strafgesetzbuchs (Stand 1. Mai 1947)", en *JR* 1947, p. 65; Verw G München de 12 de julio de 1947, en *NJW* 1947, p. 78; Beitzke, Günter, anotación a la sentencia del KGB erlin de 1 de agosto de 1947, en *SJZ* 1948, col. 263; OGH de 11 de abril de 1949, en *OGHZ*, tomo 2, p. 35 (36s.).

⁵⁴ Cfr. Wengler (n. 49), p. 67 s.; Laage (n. 9), p. 417.

⁵⁵ Es cuestión ya más arriba tratada.

⁵⁶ Véase nota 42.

⁵⁷ Müller (n. 7), p. 204 s.; Wrobel (n. 3), p. 129 s.; Scholz, Friedrich, *Berlin und seine Justiz*, Berlin/NewYork 1982, p. 68.

⁵⁸ Müller (n. 7), p. 205; Wrobel (n. 3), pp. 108 y 122.

⁵⁹ Diestelkamp, Bernhard, "Kontinuität und Wandel der Rechtsordnung 1945-1955", en Herbst, Ludolf (ed.), *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Sondernummer Westdeutschland 1945-1955; Unterwerfung, Kontrolle, Integration*, München 1986, pp. 85 ss. (94); Stolleis (n. 3), p. 395; Hund, WolfD. Seegert, Christian, "Bürgerliche Hegemonie und konservative Kontinuität der Justiz", en

Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie (= Restauration im Recht), Opladen 1988, pp. 7 ss.

⁶⁰ Véase nota 42.

⁶¹ Distelkamp, Bernhard, "Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme der Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland", en *JuS* 1981, pp. 409 ss. y 488 ss. (482); Eickhoff, Bärbel, "Entnazifizierung und Restauration der Justiz 1945-1949", en *Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie (= Restauration im Recht)*, Opladen 1988, pp. 101 ss. (111).

⁶² Müller (n. 7), p. 205; Stolleis (n. 3), p. 395; Wassermann (n. 3), p. 164; Diestelkamp (n. 61), p. 492; Diestelkamp (n. 59), pp. 93 ss.; Müller (n. 7), pp. 205 ss.; Wenzlau (n. 7), pp. 137 ss.; Wrobel (n. 3), p. 144.

⁶³ Stolleis (n. 3), p. 396; Wrobel (n. 3), pp. 143 ss.

⁶⁴ Distelkamp (n. 59), p. 95.

⁶⁵ El primer procedimiento de la desnazificación, introducido a través de las Leyes No. 1 (de 20 de septiembre de 1945) y No. 2 (de 10 de octubre de 1945) del Consejo del Control Aliado (*KRA mts Bl. Nr. 1*, de 29 de octubre de 1945, pp. 6 ss. respectivamente 19 ss.), tal vez demasiado estricto, se revisó ya a finales de 1945 para evitar las consecuencias negativas que ya se podían advertir en la administración pública. Un segundo paso se dio en la Zona de Ocupación Americana, mediante la llamada ley de liberación del nacionalsocialismo y militarismo (*Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus*) de 5 de marzo de 1946, cuya aplicación se extendió a las otras zonas de ocupación a través de la Directiva No. 38 del Consejo de Control Aliado de 12 de octubre de 1946 (*KRA mts Bl. Nr. 11*, de 31 de oc-

porcentaje no insignificante que estaba convencido del ideario nacionalsocialista, pero puede afirmarse de modo incontestable que la mayor parte eran meros simpatizantes o personas que se plegaron al sistema bien para medrar en su seno, o bien por miedo al ostracismo o a castigos mayores.

Y además operaba aquí un factor de importancia: la mayor parte del personal judicial restituido en sus puestos había recibido su formación jurídica fundamental antes de 1933, siendo en ellos más fuerte la impronta del estándar conservador-burgués del Imperio alemán y de la República de Weimar que la influencia ejercida por la ideología del Estado nacionalsocialista⁶⁶. Aunque la posición del positivismo como doctrina verdaderamente dominante en la teoría y en la práctica durante la época de Weimar se haya puesto en duda⁶⁷, es al menos seguro que la formación jurídica durante el Imperio fue fuertemente positivista⁶⁸, basándose por tanto en una obediencia estricta a las leyes y en la sumisión a los dictados de la autoridad, resultando como consecuencia la aplicación e interpretación acriticas de la norma⁶⁹; y cierta influencia de estas concepciones hubieron de mantener su influencia también durante la República de Weimar. Pero si bien es cierto que el positivismo pudo facilitar una continuidad fluida entre Weimar y el Régimen nacionalsocialista, explicar tal efecto sólo con dicha causa sería en exceso reduccionista, porque hay que ver esta continuidad en conexión con otro factor que hunde sus raíces en la abolición del Imperio alemán y en la fundación revolucionaria de la República de Weimar. La justicia alemana sufrió, con el derrumbamiento del Imperio en 1918, un choque del que no pudo recuperarse. El Estado de Weimar fue siempre débil e inestable⁷⁰, sin poder alcanzar nunca el ideal de un Estado fuerte que conectara con las aspiraciones conservadoras y autoritarias de la judicatura⁷¹. Si bien la justicia nunca acabó de sentirse cómoda en el papel de representante de esta República tan vulnerable, tampoco intentó minar el Estado de Weimar o abolir la República. Mas si los jueces continuaban cumpliendo con sus deberes, seguían también manteniendo su fidelidad tradicional a la monarquía, con respecto a la cual existió siempre una fuerte solidaridad⁷². Otro factor a tener en cuenta, y no de me-

nor importancia, es la gran pérdida que había sufrido su imagen tradicional en la sociedad. Y ello no sólo como consecuencia de un menoscabo del status social de los jueces provocado por el descenso de los sueldos, relativamente bajos si se comparan con los de otros funcionarios del Estado de categoría similar⁷³, sino también por la convicción dominante de ser la justicia culpable de no saber manejar jurídicamente las actividades terroristas a principios de los años veinte; si a ello se añaden las feroces críticas y las presiones continuas, manifestadas sobre todo en los casos en que una sentencia afectase a delitos políticos, resulta como consecuencia una justicia permanentemente sentada en el banquillo de los acusados⁷⁴.

Sea cual fuere la fuerza real de cada uno de los factores que acaban de señalarse, lo que de ellos resulta es que no era ciertamente necesario ser un nacionalsocialista convencido para aceptar sin excesivos problemas el nuevo régimen: desde el punto de vista del aparato judicial, cualquier cambio había de ser para mejor⁷⁵. Más tarde, en los procesos contra los crímenes del nazismo, los jueces se disculparían alegando su vinculación al Derecho vigente, logrando con tal argumento el reconocimiento de su inocencia. Curiosamente, su integración en el aparato de justicia a partir de 1945 se logró mediante la intervención de factores similares a los que habían evitado la solución de continuidad entre la República de Weimar y el Estado nacionalsocialista: el positivismo jugó también aquí su papel. Así, si bien podía apreciarse en las sentencias una cierta influencia del pensamiento de la época anterior, por ejemplo en el modo de expresión, la orientación impuesta por los Aliados de adaptarse estrictamente a los términos literales de la norma, facilitó sin duda su incorporación en el nuevo aparato de justicia.

Una solución completamente diferente se llevó a la práctica en la Zona de Ocupación Soviética. Se decidió una estructuración radicalmente nueva del personal judicial. Según la Orden No. 204 de la Administración Militar Soviética (*Befehl Nr. 204 der Sowjetischen Militäradministration*)⁷⁶ quedaban suspendidos en sus funciones todos los miembros de la judicatura que hubiesen pertenecido al Partido Nacionalsocialista⁷⁷. La compensación de la consi-

tubre de 1946, p. 184). Dicha ley clasificaba a los antiguos miembros del Partido Nacionalsocialista en cinco categorías: 1. *Hauptchuldige*; 2. *Belastete*; 3. *Minderbelastete*; 4. *Mitläufer*; 5. *Entlastete*. La mayoría del personal judicial fue incluida en las categorías inferiores. Cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Entnazifizierung", en *Zentner Bedürftig* (n. 3), pp. 154 s.

⁶⁶ Cfr. Stolleis (n. 3), p. 402

⁶⁷ Cfr. Luf, Gerhard, "Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für "gesetzliches Unrecht"", en Davy Fuchs (n. 2), pp. 18 ss. (27 s.); Walther, M., "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?", en Dreier Sellert (n.2), pp. 323 ss. (334); Kirchheimer, Otto, *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Neuwied/Berlin 1965, pp. 314 ss.

⁶⁸ Luf (n. 67), p. 28

⁶⁹ Southern, David B., "The Impact of the Inflation: Inflation, the Courts and Revaluation", en Bessel, Richard Feuchtwanger, E.J., *Social Change and Political Development in Weimar Germany*, New Jersey 1981, pp. 55 ss. (62); Koch, Hannsjoachim W., *Der Volksgeschichtshof*, München 1988, p. 31.

⁷⁰ Un ejemplo ilustrativo: durante los años 1918 a 1928 los gabinetes de la República de Weimar no duraron en ningún caso

más de siete meses, cfr. Koch (n. 69), p. 30; Bessel, Richard, "Themes in the History of Weimar Germany", en Bessel, Richard Feuchtwanger, E.J., *Social Change and Political Development in Weimar Germany*, New Jersey 1981, pp. 11 ss.; Eschenberg, Theodor, *Die improvisierte Demokratie. Gesammelte Aufsätze zur Weimarer Republik*, München 1963, p. 11.

⁷¹ Walter (n. 67), p. 334; Rottleuthner, Hubert, "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung", en *DuR*, 1987, pp. 373 ss.

⁷² Koch (n. 69), p. 31 y nota 19, y p. 33. Se desarrolló por ejemplo en este tiempo la "tesis de las dos almas" (*Zwei-Seelen-Theorie*), muy típica para esta época. Sus defensores no veían contradictoria la aceptación de la República de Weimar con la oposición a la forma constitucional del Estado al cual sirvieron.

⁷³ Southern (n. 69), pp. 64 s.; cfr. también Bry, Gerhard, *Wages in Germany 1871-1945*, Princeton 1960.

⁷⁴ Koch (n. 69), p. 38.

⁷⁵ Koch (n. 69), p. 45.

⁷⁶ De 23 de agosto de 1947, en *NJ* 1947, p. 198.

⁷⁷ Benz, Wolfgang, "Die Entnazifizierung der Richter", en Diestelkamp, Bernhard/Stolleis, Michael (eds.), *Justizalltag im Dritten Reich*, Frankfurt am Main 1988, p. 121; cfr. también Schöneburg,

guiente escasez de personal judicial se logró, de un lado, a través de "jueces populares" (*Volksrichter*), que recibían en los primeros momentos de aplicación de la citada Orden una a todas luces insuficiente formación de unas seis semanas⁷⁸, y, de otro, por los así llamados "jueces de acción instantánea" (*Richter im Soforteinsatz*), reclutados exclusivamente de entre personas cuyo pasado estuviera libre de vinculaciones indeseables, y sin que se requiriese como condición necesaria formación jurídica alguna⁷⁹; en no pocas ocasiones se obligó a miembros del Partido Comunista a asumir el cargo de jueces de acción instantánea. Como ya se hiciera en las Zonas occidentales, también aquí se llevó a cabo el restablecimiento del personal judicial jubilado antes de 1933, así como la confirmación en sus cargos de aquellos que nunca pertenecieron al Partido Nacional-socialista⁸⁰; por el propio antagonismo de ideologías, un reemplazo en el aparato judicial de antiguos miembros del Partido estaba fuera de cualquier consideración. Por ello, seguramente, este personal judicial no estuvo tan marcado por el ideario de los vencidos, pero tampoco puede decirse que alcanzase las cotas más deseables en lo que se refiere a su independencia: ya su formación estaba dirigida fundamentalmente al cumplimiento de los ideales de los modelos jurídico y estatal conformados por el marxismo-leninismo⁸¹. Más claramente expresado: se sustituyó una determinada politización del aparato de justicia por otra de signo diverso, instrumentalizándose la justicia, como luego pudo claramente mostrar la experiencia de la República Democrática Alemana, de modo similar al que siguiera el Estado nacionalsocialista en su momento⁸². Los únicos que pudieron quedar en principio un tanto al margen de tal instrumentalización fueron los jueces restablecidos —jubilados antes de 1933— o confirmados —no miembros del Partido Nacional-socialista— en sus cargos. Pero esta situación no duró mucho: los primeros, por obvias razones de edad, hubieron de retirarse pronto, y el control sobre los segundos aumentó progresivamente a medida que la situación política de la postguerra dejó de ir teniendo requerimientos más urgentes.

En lo que se refiere ya más estrictamente al ejercicio del derecho de revisión, ha de afirmarse en primer lugar que la cuestión del modo de proceder con las normas nacionalsocialistas subsistentes creó en los tribunales y juzgados problemas graves⁸³. Prescindiendo de complicaciones tales como la escasez de equipo material simple, textos legales o papel⁸⁴, el problema esencial era la incógnita de cuándo tenía que considerarse una ley como norma nacionalsocialista típica y, consiguientemente, cómo podía fundamentarse una decisión a favor o en contra de la vigencia de tal norma⁸⁵. En este caso no había ayuda en el ordenamiento de los Aliados. La ausencia de un tribunal superior de revisión que pudiera orientar de manera homogénea la jurisprudencia dificultaba aún más la labor del juez⁸⁶, pues sólo los responsables de la Zona de Ocupación Británica, y con competencia territorial exclusivamente limitada a ella, implantaron a mediados de 1948 una instancia central: el Tribunal Supremo para la Zona de Ocupación Británica (*Oberster Gerichtshof für die Britischen Zone*)⁸⁷. Acuerdo unánime sólo existía en la consideración de que la derogación de las leyes nacionalsocialistas decretada por los Aliados tenía que efectuarse *ex nunc*⁸⁸, en razón de las graves consecuencias que, en otro caso, se derivarían para la seguridad del tráfico jurídico⁸⁹.

Por las consecuencias catastróficas a que llevara el positivismo dominante hasta 1945, que identificaba Derecho y ley escrita independientemente del contenido de ésta, y que permitió que numerosas normas, no obstante su incorporación de injusto material grave, fuesen aplicadas como Derecho⁹⁰, la jurisprudencia en las Zonas occidentales buscó en los primeros momentos criterios orientativos, en orden a la aplicabilidad del Derecho subsistente, ante todo en los valores suprapositivos del Derecho natural: normas nacionalsocialistas o sentencias que se basaban en dichas leyes debían encontrar, en su caso, la razón de su falta de legitimidad jurídica al confrontarlas con los principios supratemporales del iusnaturalismo⁹¹. Con tal fundamento podía arrinconarse aquella parte del ordenamiento que no fuese

Karl-Heinz, *Von den Anfängen unseres Staates*, Berlin (Ost) 1975, p. 42; Schöneburg, Karl-Heinz, *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, Berlin (Ost) 1983, p. 247; Hund Seeger (n. 59), p. 27; Eickhoff (n. 59), p. 102.

⁷⁸ Stolleis (n. 3), p. 393; Benz (n. 77), p. 117; Schöneburg (n. 77), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, pp. 252 ss.; Benjamin, Hilde, *Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949*, Berlin (Ost), 1976, pp. 91 ss.

⁷⁹ Wrobel (n. 3), p. 120; Stolleis (n. 3), p. 392; Diestelkamp (n. 59), p. 93.

⁸⁰ Benjamin (n. 78), p. 46; Schöneburg (n. 78), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, p. 249.

⁸¹ Para una introducción a las finalidades políticas de las autoridades soviéticas en su zona, véase Malte Gladis, Christian, *Alliierte Wiedervereinigungsmodelle für das geteilte Deutschland*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1990, pp. 4 ss.; Schöneburg (n. 78), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats in der DDR 1945-1949*, p. 249 ss.

⁸² Cfr. los estudios comparativos de Ottmar Schneider sobre el paralelismo de las técnicas jurídicas concernientes al servicio público en el Tercer Reich y en la República Democrática de Alemania, en Schneider, Ottmar, *Rechtsgedanken und Rechtstechniken totalitärer Herrschaft*, Berlin 1988, pp. 17 ss.

⁸³ Wrobel (n. 3), p. 162.

⁸⁴ Stolleis (n. 3), p. 398; Wrobel (n. 3), p. 128.

⁸⁵ Wengler (n. 49), p. 67.

⁸⁶ Stolleis (n. 3), p. 398.

⁸⁷ Zimmermann (n. 6), p. 160.

⁸⁸ Stolleis (n. 3), p. 402; OLG Kiel de 26 de marzo de 1947, *SJZ* 1947, col. 327; LG Hagen de 1 de marzo de 1947, *MDR* 1947, p. 30; OLG Saarbrücken de 21 de mayo de 1947, *DRZ* 1947, p. 342; cfr. también Coing, Helmut, anotación a la sentencia del mismo juzgado, *DRZ* 1947, p. 342.

⁸⁹ LG Hagen, *MDR* 1947, p. 29; OLG Saarbrücken de 21 de mayo de 1947, *DRZ* 1947, p. 341.

⁹⁰ Majer, Diemut, "Justiz zwischen Anpassung und Konflikt", en Schoeps, Julius Hillermann, Horst, *Justiz und Nationalsozialismus*, Stuttgart/Bonn 1987, pp. 156 ss. (121).

⁹¹ Fundamental en este sentido Coing, Helmut, "Zur Frage strafrechtlicher Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze" en *SJZ* 1947, cols. 61 ss., así como, del mismo autor, *Die oberste Grundsätze des Rechts*, Heidelberg 1947, especialmente pp. 131 ss.; Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1947, p. 35, con explicación de las así llamadas "tesis de lo insoponible" (*Unerträglichkeitsthese*) y "tesis del desmentido" (*Verleugungsthese*), desarrolladas por este autor, del que también ha de verse "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, cols. 105 ss. (107).

compatible con tales principios, y así se actuó en muchas ocasiones a partir de 1946⁹². Así, por ejemplo, las leyes que decretaron la expropiación de los judíos fueron declaradas contrarias al Derecho natural y nulas de pleno derecho⁹³. De la misma manera se actuó con respecto a la cuestión de la legitimidad formal de un decreto de Hitler con el que discrecionalmente se habilitaba a los médicos para la eliminación de la vida despreciable, indigna, o que no merece la pena de ser vivida (*lebensunwertes Leben*): se argumentaba, para declarar su nulidad, que la legitimidad formal de dicho decreto no debía prevalecer sobre los principios del Derecho suprapositivo, *ius cogens* también para el Estado⁹⁴.

Por consiguiente, el Derecho natural sirvió a la jurisprudencia alemana de la postguerra como una especie de filtro que se utilizó para recuperar lo que se consideraba esencia verdadera del Derecho, temporalmente oculta bajo las normas nacionalsocialistas⁹⁵. La vigencia supratemporal del Derecho natural se vio en este tiempo de confusión como garantía de la continuidad de la vigencia del Derecho en general, constituyendo para el orden jurídico su cimiento, no susceptible de alteración. Además el Derecho natural cumplía otra función: aunque conservara la mayoría de los jueces una cierta impronta del nacionalsocialismo, aferrarse al Derecho natural les permitió legitimar sus sentencias como neutrales, situándose al abrigo de las críticas que pudieran venir desde el exterior.

Otra orientación se adoptó también en las Zonas occidentales: la oposición a los principios de legitimidad del nacionalsocialismo, y la determinación favorable al establecimiento de una autoridad civil en el marco de un Estado de Derecho, proceso ya iniciado antes de la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁶.

En un primer momento también en la Zona soviética tuvo una cierta presencia la idea de orientarse al Derecho natural⁹⁷, pero sin posibilidad alguna de imponerse: los responsables de esta zona atajaron esta posibilidad ya al comienzo por causas políticas. Verdaderamente se intentaba, en cualquier caso, liberar al Derecho de sus influencias nacionalsocialistas, pero no con el fin de crear un orden jurídico

neutro, sino como instrumento para la construcción del nuevo Estado socialista. Y justamente por esta razón se desestimó la orientación al Derecho natural, que no hubiera facilitado la politización jurídica y social pretendida a través de la ideología marxista-leninista⁹⁸.

Especialmente a partir del año 1947⁹⁹, la jurisprudencia de las Zonas occidentales se decantó, en lo referente a la determinación de la aplicabilidad de las normas nacionalsocialistas en discusión, y sin dejar de lado todavía al Derecho natural, por acudir cada vez más a criterios que tenían por fin su neutralización, con el fin de lograr de esta manera la legitimación necesaria para su continuidad en el nuevo orden jurídico.

Con base en el artículo III cifra 6 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, que declaraba decisivo para la interpretación de una norma nacionalsocialista el sentido literal de sus términos, la jurisprudencia desarrolló paralelamente el criterio de que también para dictaminar la continuidad de una norma nacionalsocialista sería determinante su contenido objetivo, habiendo de prescindirse de los motivos y de la finalidad del legislador¹⁰⁰. Más debía marcar la pauta la consideración de hasta qué punto podían servir las normas nacionalsocialistas subsistentes, desnudas de todo componente antidemocrático y de política racial, para una evolución jurídica progresiva según las necesidades de la práctica¹⁰¹, en la medida en que en función de las circunstancias temporales fuese su mantenimiento de interés público, o respondiese a necesidades objetivas o a los requerimientos de la práctica judicial¹⁰². El Tribunal Supremo de la Zona Británica llevaba dicha concepción al extremo de considerar inaplicable una ley sólo en el caso de que su contenido condujese necesariamente a una interpretación en sentido nacionalsocialista¹⁰³.

El discutible artículo 1595 a del Código civil (§1595a *Bürgerliches Gesetzbuch*) en su versión de 12 de abril de 1938, que otorgaba autorización al fiscal para la impugnación de la legitimidad del hijo en función del interés público o en el del propio hijo, nos ofrece un buen ejemplo de lo que acaba de expresarse. En virtud de las antedichas consideraciones se declaró la continuidad de su vigencia¹⁰⁴, a

⁹² AG Wiesbaden de 13 de noviembre de 1945, *SJZ* 1946, col. 36; OLG Frankfurt a. M. de 12 de agosto de 1947, *SJZ* 1947, col. 622; OLG Frankfurt a. M. de 9 de junio de 1947, *BB* 1947, p. 208; LG Berlin de 12 de agosto de 1947, *JR* 1948, p. 52; OLG Kassel de 10 de octubre de 1946, *SJZ* 1946, col. 235; OLG Hamburg de 15 de febrero de 1946, *SJZ* 1946, col. 94 (95); OLG Köln de 31 de julio de 1947, *NJW* 1947/48, p. 26, respectivamente de 14 de octubre de 1947, *NJW* 1947/48 p. 70 (70 s.); para más referencias véase Langner, Albrecht, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Köln 1959, pp. 98 ss.

⁹³ AG Wiesbaden de 13 de noviembre de 1945, *SJZ* 1946, col. 36.

⁹⁴ OLG Frankfurt a. M. de 12 de agosto de 1947, *SJZ* 1947, col. 622.

⁹⁵ Kirn, Michael, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?*, Schriften zum Öffentlichen Recht Nr. 194, Berlin 1972, p. 85; cfr también la sentencia de 11 de junio de 1952 del BGH, en *BGHZ*, tomo 6, pp. 208 ss.

⁹⁶ Kirn (95), p. 85; Uffelmann, Uwe, *Der Weg zur Bundesrepublik; Wirtschaftliche, gesellschaftliche und staatliche Weichenstellungen 1945-1949*, Düsseldorf 1988, p. 14.

⁹⁷ Stolleis (n. 3), p. 393.

⁹⁸ Stolleis (n. 3), p. 393.

⁹⁹ Laage (n. 9), p. 418.

¹⁰⁰ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 102; OLG Hamburg de 30 de julio de 1947, *MDR* 1948, p. 26; OLG Kassel de 29 de septiembre de 1948, con la anotación de Schrod, *W.*, *NJW* 1949, p. 385.

¹⁰¹ OLG Kassel de 29 de septiembre de 1948, *NJW* 1949, p. 385.

¹⁰² KG Berlin de 22 de octubre de 1947, *JR* 1948, p. 165; OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (39); Beitzke, Günther, anotación a la sentencia del KG de 1 de agosto de 1947, *SJZ* 1948, col. 264; Clemens, "Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt", en *MDR* 1947, pp. 221 s.; Guggemos, anotación a la sentencia del KG de 1 de agosto de 1947, *NJW* 1947/48, p. 388.

¹⁰³ OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37).

¹⁰⁴ OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37); KG Berlin de 1 de agosto de 1947, con anotación afirmativa de Guggemos, *NJW* 1947/48, p. 388; OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 385; Beitzke (n. 102), col. 263; Clemens (n. 102), pp. 221 ss.; Boehmer, Gustav, "Zur Rechtsstellung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbeson-

pesar de su admitida finalidad racista¹⁰⁵, solamente con la restricción de que no podía argumentarse sobre la base de la jurisprudencia anterior¹⁰⁶. La decisión se fundamentaba en la pervivencia de un interés público también en función del hijo, considerándose que la norma podía seguir sirviendo a la sociedad del momento. Su tenor literal hacía posible entonces su aplicabilidad en el orden jurídico nuevo como si fuese el resultado de una evolución jurídica normal¹⁰⁷. Mas frente a ello, y curiosamente, se excluyó la posibilidad de una acción estatal encaminada a la averiguación de la filiación por sangre según establecían los artículos 640 y ss. del Código procesal civil (§§ 640 ff *Zivilprozeßordnung*), actuándose en este caso así en razón de la evidente cercanía de esta regulación a la legislación racista¹⁰⁸.

Aparentemente no había en este supuesto posibilidad alguna de despolitización mediante criterios objetivos.

También en el campo del Derecho penal sirvió el criterio del contenido objetivo como legitimación para el mantenimiento de la vigencia de normas que contuvieran formulaciones típicamente nacionalsocialistas, tales como "por la protección del Pueblo" ("*zum Schutz des Volkes*")¹⁰⁹, o "conciencia popular sana"¹¹⁰. Especiales dudas suscitaba esta última expresión, dada la ya al principio aludida prohibición aliada¹¹¹. Mientras que con anterioridad a 1947 se había negado la vigencia de las leyes que contuviesen dicha fórmula¹¹², a partir de dicho año, y en un proceso paralelo al de reintegración progresiva del antiguo personal judicial, se manifestó un cambio apreciable en el punto de vista jurisprudencial: comenzó a considerarse esa "conciencia popular sana" como un mero tópico que no había necesariamente de indicar que se estaba ante una norma nacionalsocialista típica. Solamente en aquellos casos en los cuales se pudiese reconocer claramente que la fórmula servía como fundamento de la pena (*strafbegründendes Merkmal*), tendría que negarse la continuidad. Cuando, por el contrario, la fórmula aparecía en el texto de la norma como regla de interpretación (*interpretatives Merkmal*) —así en los artículos 240 II y 253 II del Código penal—, no se excluía la aplicabilidad de la misma, estimándose que tales supuestos no contradecían la prohibición de los Aliados¹¹³. Se trata de un ejemplo bien claro

de las consecuencias a las que podía llevar el reestablecimiento de la judicatura antigua: ésta intentaba trasladar al nuevo orden jurídico, en la medida de lo posible, las normas del orden jurídico derrotado. Y tal actitud no ha de entenderse como mero revanchismo político, sino más bien como un conservador intento de autolegitimación, por parte de los jueces, de su trayectoria anterior. Había, además, argumentos en los que basarse, jugando especial papel en esta ocasión la obligada atención al contenido objetivo de la norma, haciendo caso omiso de su finalidad, lo que facilitaba enormemente el mantenimiento de su aplicabilidad bajo las nuevas condiciones jurídico-políticas¹¹⁴. Las modificaciones se limitaron a sustituir la "conciencia popular sana" por otro concepto de abstracción similar, el de las "buenas costumbres" ("*guten Sitten*"), sin duda más adecuado al nuevo contexto; con ello se consiguió el mantenimiento de los artículos 240 II y 253 II del Código penal (§§ 240 II, 253 II *Strafgesetzbuch*)¹¹⁵. De manera similar pudo mantenerse la aplicabilidad del art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*), que permitía el recurso de revisión en razón de "protección del pueblo" ("*Schutz des Volkes*")¹¹⁶.

Así pues, mediante la atención preferente al contenido objetivo de la norma, la reducción de sus términos al nuevo contexto político-jurídico y la orientación hacia la nueva racionalidad jurídica exigida por el Estado de Derecho, podían presentarse como neutrales las normas nacionalsocialistas en discusión, legitimándose así la opción favorable al mantenimiento de su vigencia, y viéndose facilitada su aplicabilidad en las nuevas circunstancias al evitarse la toma en consideración tanto de la finalidad originaria del legislador como de los criterios de interpretación de la jurisprudencia subsiguiente.

Aunque ya en menor medida, otro criterio sirvió también a la jurisprudencia alemana de postguerra para dilucidar la cuestión: la atención al Derecho comparado, siempre por supuesto dentro del ámbito de países democráticos¹¹⁷. En favor del mantenimiento, por ejemplo, de la aplicabilidad del art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*) se utilizó como argumento añadido el hecho de que una norma similar existía también en Suiza¹¹⁸. Lo mismo sucedió con el artículo 211 del Código penal (§ 211 *Strafgesetzbuch*)¹¹⁹, que se ha-

dere zur Anwendung des § 1595a BGB", en *NJW* 1947/48, pp. 52 ss.; Von Habel, Ulrich, "Ehelichkeitsanfechtung durch den Staatsanwalt?", en *JR* 1948, pp. 176 s.; Schwoerer, J., "Ist § 22 der 1. Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz noch anzuwenden?", *DRZ* 1947, p. 121.

¹⁰⁵ Cfr. la argumentación oficial, en *DJ* 1938, pp. 619 ss.; Rexroth, "Die Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938", en *DJ* 1938, pp. 707 ss.

¹⁰⁶ OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 385; Clemens (n. 102), *MDR* 1947, p. 222; Von Habel, *JR* 1948, p. 176; OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37).

¹⁰⁷ Dilcher, p. 224

¹⁰⁸ OLG München de 11 de mayo de 1946, *SJZ* 1947, col. 33 (34); OLG Celle de 28 de mayo de 1946, *SJZ* 1946, col. 154 (155); OGH de 24 de junio de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 123 ss. (127 ss.); OLG Frankfurt a. M. de 18 de noviembre de 1946, en *SJZ* 1947, col. 94; LG Berlín de 16 de octubre de 1946, en *NJW* 1947/48, col. 229

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, el art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*).

¹¹⁰ Por ejemplo los arts. 240 II y 253 II del Código penal (§§ 240 II, 253 II *Strafgesetzbuch*), en su texto modificado por el Decreto de 29 de mayo de 1943, *RGBl.*, p. 339

¹¹¹ Cfr. art. IV de la Ley No 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946, en *KRA mts Bl. Nr. 3* de 31 de enero 1946

¹¹² OLG Stuttgart, *SJZ* 1946, de 26 de junio de 1946, col. 120; OLG Freiburg de 5 de junio de 1946, en *DRZ* 1946, p. 61; OLG Oldenburg de 22 de junio de 1946, *DRZ* 1947, p. 135; LG Dortmund de 16 de abril de 1946, *SJZ* 1946, col. 120

¹¹³ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218; Niethammer, Emil, anotación a la sentencia del OLG Freiburg de 5 de junio de 1946, *DRZ* 1946, p. 62.

¹¹⁴ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218; Niethammer (n. 113), p. 62.

¹¹⁵ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218.

¹¹⁶ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 702.

¹¹⁷ Wengler (n. 49), *JR*, 1949 p. 73.

¹¹⁸ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 703

¹¹⁹ De 4 de septiembre de 1941, *RGBl.*, p. ??

bía puesto en duda por el carácter claramente nacionalsocialista que podía apreciarse en la tipificación del delincuente llevada a cabo por la jurisprudencia anterior; también en este caso se argumentó sobre la base de una norma coincidente en el ordenamiento penal helvético ¹²⁰.

En algún caso pudo también acudir al argumento que ofrecía la existencia de proyectos legislativos anteriores a 1933 y sólo aprobados después de esa fecha. El caso de los artículos 218 y 175a cifra 3 del Código penal (§§ 175a Ziffer 3 ¹²¹, 218 *Strafgesetzbuch*) ¹²² es bien significativo: señalando determinadas agravaciones de la pena, se afirmó su mantenimiento sobre la base de una previsión en igual sentido de un proyecto anterior a 1933, estimándose que una evolución del ordenamiento penal sobre bases distintas a las nacionalsocialistas hubiera llevado en todo caso al mismo resultado ¹²³. Y así se hizo, por mucho que en principio se dudara de la posible contradicción que tal actitud supondría con respecto a la Directiva General No.1 para Jueces (*Allgemeine Anweisung an Richter Nr.1*) ¹²⁴, que operaba la derogación genérica de las agravaciones en la pena establecidas a partir del año 1933.

Resumiendo, puede afirmarse que las indicadas técnicas de neutralización sirvieron a la jurisprudencia alemana de la postguerra, en un proceso de despolitización de las normas nacionalsocialistas, para conseguir su apariencia neutral y legitimar su pervivencia y validez en el nuevo orden jurídico democrático. Dichas técnicas constituyeron la base para la continuidad del Derecho en su origen nacionalsocialista más allá del año 1945, llegando en buena parte aún a nuestros días. Fueron así los jueces quienes se encargaron de llevar a la práctica la desnazificación jurídica planeada por los Aliados.

Un modo de proceder más radical se llevó a la práctica en la Zona de Ocupación Soviética: se condenó sin paliativos la vigencia de aquellas normas que, o bien contuviesen términos o expresiones nacionalsocialistas, o bien mostrasen, en cuanto a su finalidad, la ideología del legislador, restableciéndose, en su caso, la redacción anterior a 1933. En lugar, por tanto, de una neutralización jurisprudencial de las normas, que de todos modos no hubiese sido realizable por la falta de personal judicial con formación suficiente, se optó por una solución más realista que, al mismo tiempo, facilitaba la instauración del ya emergente Estado socialista al evitarse cual-

quier influencia del inmediato pasado político alemán. La diferencia de actitud es clara: mientras que en las Zonas occidentales se intentaba un perfeccionamiento de carácter evolutivo de las normas nacionalsocialistas discutibles, en la Zona de Ocupación Soviética solamente mantuvieron su aplicabilidad aquellas normas cuya evolución se hubiese mantenido totalmente al margen del ideario nacionalsocialista ¹²⁵. Puede observarse con claridad que lo que se perseguía, frente a lo ocurrido en las Zonas occidentales, era una fractura radical con el orden jurídico anterior.

También se advierten diferencias de actitud entre las Zonas occidentales y la Soviética en lo que respecta a la jurisprudencia dictada con anterioridad a 1945. En las primeras se rechazaba sólo como precedente interpretativo aquella parte de la producción jurisprudencial que mostrara la impronta del ideario nacionalsocialista ¹²⁶, manteniéndose por tanto la restante, libre de tales influencias ¹²⁷. Hasta tal punto, que se mantuvo en gran parte la tradición jurisprudencial del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgerichts*), aun modificada al aplicarse bajo el criterio de una interpretación adecuada a las nuevas circunstancias ¹²⁸. Asimismo, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) fue entendido desde el comienzo como sucesor del Tribunal Supremo del Reich ¹²⁹. Se evitó también en este ámbito, por todo ello, una ruptura radical con la situación jurídica anterior ¹³⁰. En la Zona de Ocupación Soviética, por el contrario, se declaró con carácter general la inaplicabilidad de la jurisprudencia anterior a 1945 ¹³¹, en razón de su incompatibilidad con el nuevo orden jurídico "antifascista-democrático" ¹³².

3. LA RESPUESTA CONSTITUCIONAL

El artículo 123 de la Ley Fundamental de Bonn declara la vigencia, en tanto no se oponga a la propia Constitución, del derecho anterior a la fundación del *Bundestag*. Con ello no se adoptaba una decisión completamente nueva: por un lado, se daba así respuesta a la pretensión de la República Federal de Alemania de que no hubiese solución de continuidad en el tracto sucesivo del Estado Alemán, aunque por supuesto con una nueva Constitución, y, por otro, se actuaba en conexión con el modo de proceder, con respecto al Derecho no derogado, a par-

¹²⁰ Cfr. Informe sobre la conferencia de 3 a 6 de diciembre de 1946 en Wiesbaden, en *SJZ* 1947, cols. 219 s.; OLG Köln de 2 de abril de 1946, *DRZ* 1946, p. 94.

¹²¹ De 28 de junio de 1935, *RGBL* I, p. 841.

¹²² De 18 de marzo de 1943, *RGBL* I, p. 169.

¹²³ Para § 175a: OLG Hamburg de 20 de marzo de 1947, *MDR* 1947, p. 137; OLG Braunschweig de 7 de junio de 1946, *SJZ* 1946, col. 119; OLG Celle de 22 de diciembre de 1946, *NJW* 1947/48, p. 32.

Para § 218: OLG Hamburg de 22 de enero de 1947, *MDR* 1947, p. 75; OLG Hamburg de 30 de julio de 1947, *MDR* 1948, p. 26.

¹²⁴ Véase nota 40.

¹²⁵ Cfr. *Verordnung der Provinz Sachsen* de 3 de diciembre de 1945, en Wengler (n. 49), en *JR* 1949, p. 76 nota 73; *Verordnung der Provinz Sachsen* de 6 de febrero de 1946, citado en la sentencia del OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 387; véase también Wengler (n. 49), *JR* 1949, p. 77

¹²⁶ Art. III cifra 5 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil-Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12.

¹²⁷ Zimmermann (n. 6), p. 164; Niethammer, Emil, "Fortdauernde Wirksamkeit der Entscheidungen des Reichsgerichts", en *DRZ* 1946, pp. 11 ss.; Kern, Eduard, "Die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Strafgerichtsverfassung und des Starverfahrens", en *MDR* 1950, pp. 582 ss. (586).

¹²⁸ Cfr. Zimmermann (n. 6), pp. 171 ss.

¹²⁹ Zimmermann (n. 6), pp. 162 y 183; Stolleis (n. 3), p. 398; Dilcher (n. 6), pp. 235 s.

¹³⁰ Zimmermann (n. 6), p. 179; Stolleis (n. 3), p. 398; Dilcher (n. 6), p. 235.

¹³¹ Rosenthal, Walter Lange, Richard Blomeyer, Arwed, *Die Gesetzgebung in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*, Bonn/Berlin 1959, p. 11.

¹³² Petzold, Siegfried, *Grundzüge der sozialistischen Gesetzgebung in der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlin (Ost) 1962, p. 50.

tir de 1945 por la doctrina y la jurisprudencia ¹³³.

La primera Constitución de la República Democrática de Alemania, en su artículo 144, establecía que el Derecho subsistente habría de interpretarse de acuerdo con dicha Constitución ¹³⁴. El texto constitucional conectaba así con la decisión ya anteriormente tomada en la Zona de Ocupación Soviética. Al tener dicho artículo consideración de disposición transitoria, una norma similar no puede ya encontrarse en las posteriores constituciones de la República Democrática.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como muestra la precedente exposición, puede registrarse a partir de 1945 la continuidad de la mayor parte de las normas nacionalsocialistas, que siguen, desde luego no sin discusión, vigentes. Hasta tal punto que podría plantearse en qué medida hu-

biese sido adecuado, para lograr la reconstrucción del Estado de Derecho, llevar a cabo en 1945 una ruptura total con el orden jurídico anterior. Lo que con toda seguridad puede decirse es que la continuidad no puede explicarse sólo en virtud de simpatías manifiestas u ocultas con el Estado nacionalsocialista. Más tendrá que buscarse la respuesta, paradójicamente, en la reconstrucción del nuevo ordenamiento del Estado de Derecho. Lo decisivo fue que se considerara que una ruptura radical con el orden jurídico anterior habría significado también una decisión en favor de una ruptura con el orden jurídico en su conjunto, y habría puesto en duda al mismo tiempo el restablecimiento del Estado de Derecho desde el comienzo.

¹³³ Cfr. Diestelkamp (n. 59), p. 86; Stollers(n.3), pp. 389 ss.

¹³⁴ Drath, Martin, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der Sowjetischen Besatzungszone*, Bonn 1954, p. 83.