

MIKUNDA FRANCO, Emilio, *Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a G. Radbruch*, pról. de Antonio Pérez Luño, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.

I. G. Oestreich es un historiador e historiógrafo alemán que jugó un papel relevante en la “desnazificación” de las estructuras administrativas y universitarias, especializado a partir de 1945 en la historiografía de los derechos humanos, y con diversas e importantes publicaciones en ese campo. Este libro del profesor Mikunda recoge parte de su tesis doctoral,<sup>1</sup> realizada con brillante resultado académico en Fráncfort del Meno (Alemania) —originalmente publicada en alemán<sup>2</sup> en el país teutón en 2002 y luego en España en 2005—, para ser incluida en un trabajo más extenso de investigación, ahora nuevamente ampliado en esta temprana segunda edición, reveladora por sí misma del interés y originalidad de la obra.

Como destaca Pérez Luño, en su ponderado prólogo a esta segunda edición, este trabajo de investigación consiste en una reconstrucción historiográfica del perfil intelectual de Oestreich, siendo su punto nuclear subrayar la actitud decididamente humanista del autor alemán, pues a su juicio, “no sería lícito omitir el mérito intelectual y cívico que correspondió a Oestreich” por haber planteado “en sus claros y precisos libros sobre la historiografía de los derechos humanos una temática que en la Alemania de la posguerra implicaba adoptar una postura inequívocamente comprometida con la afirmación de las libertades”.

<sup>1</sup> La Concepción de los Derechos Humanos en Gerhard Oestreich, UNED, 1988, tesis (original inédito, publicado parcialmente en *Los derechos humanos como historiografía y filosofía de la experiencia jurídica en G. Oestreich: simetrías y distorsiones frente a Gustav Radbruch*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005).

<sup>2</sup> Mikunda Franco, E., *Gerhard Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich zu G. Radbruch. Ein rechtsphilosophischer Zugang*, Dokumente und Schriften der Europäischen Akademie Otzenhausen, Münster-Hamburgo-Londres, Verlag für Wissenschaftliche Literatur, t. 103, 2002, 208 pp. (reseña en Fahlbusch, M., *Neue Politische Literatur*, núm. 49, 2004, pp. 456 y ss.

Destaca Pérez Luño que Oestreich fue “un claro exponente de la concepción iusnaturalista de los derechos humanos, en los que ve la consagración de unas exigencias previas al derecho positivo que corresponden al hombre por su propia naturaleza, ajeno a la postulación dogmática de un orden de valores absolutos, eternos e inmutables, como atinadamente destaca Mikunda”. Pero la clave de la actitud histórica de Oestreich, dice Pérez Luño, se halla “constituida por su fidelidad a los valores del humanismo universalista y cosmopolita que informa la idea de los derechos humanos”, con el que choca el “nacionalismo particularista que Oestreich vivió y asumió en su juventud”.

II. Y es que, aunque Pérez Luño lo plantee con tanta delicadeza y elegancia, la tesis esencial de este libro, y su gran aportación a la historiografía y filosofía del derecho, es demostrar que Oestreich tiene un “pasado oscuro”, pues hasta 1945 simpatizó abiertamente con el régimen nazi, dato mayormente desconocido en la propia Alemania hasta que apareció la publicación de Mikunda hace algunos años.

Para Mikunda ello fue también un descubrimiento sobrevenido. Inicialmente, al tratar de reconstruir la vida de Oestreich, que había fallecido en 1978, el autor se topó con que había una cierta laguna en la historia de Oestreich, años de los que no había prácticamente datos. Por ello, contactó con la viuda de este autor, también historiadora e historiadora, quien le remitió a ciertas cartas de las que se deduciría que Oestreich había sido un autor liberal y poco simpático para los nazis. Dada la postura desnazificadora activa y de promoción de los derechos de Oestreich, tras la Segunda Guerra Mundial, lo anterior encajaba perfectamente, y por ello Mikunda aceptó inicialmente ese planteamiento, bien que no sin reservas a falta de una verificación más objetiva. Pero pronto, nuestro sagaz autor se topó con ciertos escritos en los que creyó descubrir pinceladas de nazismo y racismo, antijudaísmo y antibolchevismo (en fin, dice él mismo, todos los ingredientes del discurso oficial nazi de la época), lo que le llevó a pedir permiso a la viuda citada para tener acceso a los documentos personales del soldado Oestreich, guardados en el archivo militar alemán de Koblenza y otros archivos en poder de los EUA durante la ocupación de Alemania; la viuda, sin embargo, amparándose en la privacidad de terceros, le negó el acceso. Posteriormente, en-

contró más pasajes de compromiso de Oestreich con el nazismo; reiteró la solicitud de acceso a aquellos documentos personales de Oestreich, pero la viuda de éste persistió en su negativa.

Todo esto llevó a Mikunda a la conclusión siguiente, basada en una inversión de la carga de la prueba: salvo que un día se pudiera demostrar algún tipo de chantaje, extorsión o peligro grave para con dicho autor, Oestreich habría sido presumiblemente un ideólogo del nazismo alemán, antes de su reconversión a la democracia y los derechos humanos, conversión verificada tras 1945, pero jamás antes de dicho año. Tras la caída del muro berlinés en 1989, pudo Mikunda por fin acceder a dichos datos, que confirmaron a la postre la implicación de Oestreich con el nazismo alemán, a quien nuestro autor vincula documentalmente a las SA (dependientes de las SS) hitlerianas, a la Federación de docentes nacionalsocialistas alemanes, y a otras asociaciones civiles pronazis, e incluso posteriormente averigua que Oestreich también publicaba en periódicos de propaganda nazi supervisados por las SS.

Mikunda analiza en concreto y en detalle diversos textos del autor en los que, durante 1933-1945, hace afirmaciones racistas en trabajos por él firmados y publicados, “afirmaciones que casi literalmente coinciden con tesis hitlerianas extraídas de *Mi lucha*”. A ello se suma el descubrimiento de un nuevo texto como prueba de cargo contra Oestreich, de muy difícil acceso, entre la primera y la segunda edición. Concluye Mikunda que Oestreich no fue siquiera un “consumado oportunista” con respecto al nazismo, sino el arquetipo de ciudadano “perfectamente adaptado” a las presiones y exigencias del régimen nazi.

III. Más allá de este particular caso, de singular relevancia indudablemente, nuestro autor lo que denuncia también es la “manipulación de la historia por parte de los propios historiadores e historiógrafos alemanes”. Así lo hace en su trabajo “Deutsche Geschichte Schreiben: Interdisziplinärer Wert deutscher Historiker und Verfassungshistoriker in Spanien für die Forschung bei den Geisteswissenschaften der Gegenwart”, que personalmente presentó en el Congreso Mundial de Historiógrafos sobre Alemania (Weimar, noviembre de 2005), y que se incluye en su versión española, ahora en la segunda edición como *addenda*.

En realidad, aunque descubrir y conocer este tipo de casos es siempre algo sangrante, hasta sin ser en absoluto expertos en el tema, creo que puede decirse que si hurgáramos un poco en el pasado de muchos de los juristas que vivieron como adultos durante el nazismo, averiguaríamos que la mayoría de ellos tuvieron, como mínimo, algún coqueteo con el nazismo, pues en realidad este fue aceptado por una abrumadora mayoría social. Por eso, yo mismo cuando, estudiando la vida de Smend, comprobé que, al no querer colaborar con el nazismo, a dicho autor le obligaron a dejar la cátedra en Berlín e irse a “provincias” en 1935, aceptando una cátedra en Gottinga y que, además, entre 1933 y 1945, sólo había publicado estudios sobre temas de historia del derecho (típico refugio para no abordar cuestiones políticas), y que en definitiva, como mínimo, no había contribuido en absoluto, ni activa ni pasivamente, a la aceptación del nazismo, consideré que esto ya era “mucho en aquella época”.

En el otro extremo de la actitud smendiana, no sólo están autores como Schmitt, sino también otros muchos profesores colaboradores del nazismo que luego retornaron a sus cátedras, haciendo borrón y cuenta nueva de su pasado, y sin que nadie hasta hoy se lo reprochara ni recordara siquiera, pues sólo se excluyó en la posguerra realmente a quienes se habían significado *mucho* con el nazismo, como el citado Schmitt. Así, por ejemplo, hay algún constitucionalista alemán, discípulo de Smend, que ha elaborado trabajos de relevancia que han tenido considerable eco en Alemania y España, pero que sucumbió al nazismo, y en 1933-1934 publicó un deleznable trabajo legitimando aquel régimen de terror totalitario, dato prácticamente desconocido que nosotros descubrimos con sorpresa al ahondar en la vida de Smend.<sup>3</sup> Y eso por no hablar de la muy tardía confesión del octogenario Günter Grass —que había fustigado moralmente a los que trataban de ocultar su pasado nazi— de que había colaborado en su juventud con las SS nazis.

Y es que si el simple coqueteo con el nazismo es de forma indudable algo moralmente reprochable, no puede tampoco dejar de valo-

<sup>3</sup> Sobre todo ello, véase nuestro trabajo “Estudio introductorio. Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn”, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, México, UNAM, 2005, pp. XI-LX.

rarse el contexto, las circunstancias tan extraordinarias, en que vivieron aquellos profesores de una materia tan sensible a lo político como el derecho público. Esos hombres estaban instalados en un sistema de terror de Estado, regido por un “si no estás conmigo, estás contra mí” llevado al extremo más absoluto, y si bien es verdad que en muchos casos era posible no “mojarse” a favor del régimen nazi sin consecuencias negativas, no cabe duda que la experiencia humana más elemental, en situaciones mucho menos duras, enseña que el hombre, aun con altos principios morales, tiende a contentar al poder, sobre todo cuando dicho poder inspira un temor más o menos fuerte (por él mismo y/o por su familia o allegados), y más cuando el sujeto en cuestión puede ser objeto, o así lo teme él, de persecución por sus ideas, rasgos raciales, familia, etcétera, que es algo que ocurre en muchos casos, aunque también a veces se hace lo propio simplemente por ambición.

Si sigue sorprendiendo que uno de los pueblos de mayor estatura intelectual, como era el alemán de 1933, adoptara de manera absolutamente generalizada una actitud tan complaciente, servil y de aves-truz ante las progresivas barbaridades nazis (Bertolt Brecht ha popularizado una expresión plásticamente insuperable de lo anterior: “y yo no hacía nada”),<sup>4</sup> que esto también lo hicieran los intelectuales más destacados en muchos casos no puede dejar de asombrarnos tampoco, pero en realidad el intelectual es un hombre con tantos o más temores que el ciudadano de a pie, seguramente por su posición más destacada, siquiera en el ámbito público y cultural. Es expresión de la bajeza que fácilmente alcanza la condición humana en situaciones de presión, quizás de forma muy comprensible en muchos casos con relación al nazismo, pues ni jurídicamente ni moralmente se puede exigir como comportamiento ordinario a nadie que sea un héroe o un mártir. Esto lo comparte también Mikunda, pero insiste en que su tarea es “reflejar los hechos y los datos de la forma más objetiva y

<sup>4</sup> “Primero vinieron por los comunistas y no dije nada porque yo no era comunista/ Luego vinieron por los judíos y no dije nada porque yo no era judío/ Luego vinieron por los sindicalistas y no dije nada porque yo no era sindicalista/ Luego vinieron por los católicos y no dije nada porque yo era protestante/ Luego vinieron por mí, pero para entonces ya no quedaba nadie que dijera nada”. Parece ser que el autor de estas expresiones fue un pastor protestante, Niemöller, pero quien las popularizó fue Bertolt Brecht.

fiel posible”, y esto es lo que hace en su estudio, sin ánimo de zaherir a nadie, pero sí de contar todo tal y como fue en la realidad, por dura que sea.

IV. Mikunda destaca que Oestreich podría ser una especie de san Pablo, que primero persiguió a los cristianos y luego fue el más fervoroso de ellos: Oestreich habría sido un nazi hasta la caída del régimen, y se habría “convertido a la democracia” a partir de 1945, y no antes. Subyace, pese a todo, un fuerte reproche (indirecto, si se quiere) a esa conducta, máxime cuando sus amigos y su viuda hasta la actualidad lo han ocultado y ello resulta evidente. No obstante, el autor no llega a profundizar, seguramente por no disponer de datos hasta ahora, en si la actitud de Oestreich pudo venir motivada más por un temor por su esposa u otros familiares o allegados que por él mismo (lo que explicaría mejor la actitud de su viuda), o en si su activismo doctrinal nazi fue inducido o *motu proprio*, ni tampoco en si su “conversión” fue más o menos oportunista o realmente sincera, como parece pensar Pérez Luño (no consta si como *wishful thinking*) cuando destaca su “mérito intelectual y cívico” por su actitud en la posguerra y cuando considera que “su propia experiencia vital e intelectual hicieron comprender a Oestreich que dicho nacionalismo entraña un desvalor moral frente a la valoración ética positiva que merecen otras actitudes para las que la comprobación de diferencias fácticas no legitima la discriminación, sino que las lleva a postular, en el plano del ‘deber ser’, la paridad de trato en función del dato común de la racionalidad, la dignidad o las necesidades de todos los hombres” o cuando destaca Luño que la obra pretende explicar la evolución de las “actitudes doctrinales” de Oestreich “en las coordenadas del difícil y convulso tiempo que le tocó vivir”.

V. Sea como fuere, para abordar toda esta temática, el libro se estructura formalmente en cinco capítulos, unas conclusiones y unos *addendae*.

El primer capítulo es una biografía completa del autor, con referencia también a su contexto social, familiar, histórico y formativo, y con su evolución o conversión crucial ya comentada a partir de 1945.

El segundo capítulo analiza de manera sistemática los distintos trabajos elaborados por Oestreich a lo largo de su vida, especialmente

en el campo de los derechos humanos, y la evolución doctrinal, en especial a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial (pasa de un “iusnaturalismo acérrimo” a un iusnaturalismo sui géneris, de cuño sincrético-comparatista a caballo entre la tradición y la modernidad europeo-occidental), que es objeto de un estudio exhaustivo y detallado.

En el tercer capítulo, se ocupa el autor de las aportaciones iusfilosóficas específicas del autor respecto de la literatura historiográfica de los derechos humanos (metodología, concepciones iusfilosóficas, acotación de los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales”).

El capítulo cuarto se hace eco de la ubicación de Oestreich como pensador e historiógrafo en el seno de la actual polémica iusfilosófica española en torno a figuras y corrientes del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, relacionándolo con pensadores e iusfilósofos españoles actuales.

Es también de mucho interés el capítulo quinto, en el que el autor lleva a cabo un complejo contraste entre la vida y la obra de Oestreich y la de Radbruch, ambos creyentes,<sup>5</sup> destacando especialmente cómo el primero asumió el nazismo mientras el segundo lo rechazó de forma activa, aunque finalmente Oestreich concluye también repudiando ese totalitarismo.

VI. Finalmente, el trabajo remata con unas conclusiones debidamente ordenadas y sistematizadas. A ellas se suman cuatro *addenda* y una bibliografía exhaustiva (más de 50 páginas) con todas las obras de Oestreich; las obras complementarias de carácter general; y por

<sup>5</sup> Como destacara Fahlbusch, en la recensión al libro de Mikunda, hay un fuerte contraste entre Radbruch y Oestreich: este último fue protestante, aunque luego se mostró muy crítico con su Iglesia por su actitud frente al nazismo, que contrastaba fuertemente con la que mantuvo la Iglesia católica; en cambio, Radbruch era católico, había sido ministro socialdemócrata de justicia en la República de Weimar, fue privado de su cátedra en la Universidad de Heidelberg, ya en 1933, al haberse pronunciado en varios escritos contra el “terror de Estado” que se estaba instaurando, y había sido un convencido positivista militante hasta el advenimiento del nazismo, pero con posterioridad llegará a consagrar la conocida fórmula de Radbruch, según la cual el derecho manifiestamente injusto no es derecho, que tanta relevancia práctica ha adquirido posteriormente con relación a la *transitional justice* (persecución de delitos cometidos en un régimen dictatorial anterior, una vez instaurada la democracia en un país).

último, una sistematización en 20 áreas temáticas de todos los libros y trabajos citados por Oestreich en sus obras historiográficas.

Las *addenda* contienen lo siguiente: 1) literatura publicada sobre Oestreich y sus temática historiográfica desde su fallecimiento en 1978; 2) un trabajo clásico de Oestreich, “La idea de los derechos humanos en su desarrollo histórico”; 3) un estudio de Mikunda sobre la perversión de los conceptos “derecho natural” e “historia” en el nazismo prebélico de Oestreich (1933-1945), así como la traducción de “Las leyes racistas de Nuremberg”, y de un trabajo de Oestreich, oculto hasta hace poco y ausente de su bibliografía oficial: “Ejército, pueblo y Estado en la historia de Alemania: la historia del soldado alemán como reflejo de la vida alemana en siglos pasados”, que tras un concienzudo examen, el autor no duda en calificar de “prueba irrefutable dimanante de su propia mano respecto de su pertenencia al nazismo activo y proselitista”.

En resumen, este libro, resultado de una larga y procelosa investigación (jurídica, histórica y bibliográfica) de rigor y exhaustividad modélicos, no sólo es indispensable para los iusfilósofos interesados en Oestreich y su obra, sino para todos los juristas e historiadores que deseen conocer los convulsos tiempos del nazismo, y luego de la posguerra y la desnazificación, y cómo los vivieron los iuspublicistas de la época, así como para observar cómo el nazismo sigue siendo en gran medida, también en la historiografía, un tema parcialmente tabú en Alemania, habiéndose corrido un tupido velo comunitario para no descubrir a todos los que, sin juzgarlos individualmente ni dejar de valorar el clima de terror colectivo sin precedentes en que les tocó vivir, objetivamente colaboraron con aquel régimen de perversión del derecho.

Joaquín BRAGE CAMAZANO\*

\* Universidad Complutense de Madrid.