
Artículos

Caos normativo: ¿Se puede hablar de un derecho nazi?

Martín D. Farrell

*Mis medidas no estarán limitadas por
ningún tipo de traba jurídica. Aquí
no tengo que ejercer ninguna justicia,
aquí solo tengo que aniquilar y extirpar,
nada más que eso.
Hermann Göering*

Resumen

En este trabajo se profundiza en la clásica polémica acerca de si las normas nazis eran derecho. Al respecto, frente a las conocidas posiciones que le niegan tal estatus por defectos de contenido o de forma, el texto plantea un enfoque distinto que remite a un defecto de contexto. Así, luego de recorrer los rasgos característicos del contexto nazi, se concluye que su ordenamiento no era derecho sino un “caos normativo”.

Palabras claves: Derecho – moral – positivismo jurídico – derecho natural – nazismo

Abstract

This article delves into the classic controversy about whether Nazi rules were law. In contrast to the well-known positions that deny such condition due to substantive or formal defects, this paper proposes a different approach that refers to a contextual defect. Thus, after reviewing the characteristic features of the Nazi context, it can be concluded that the Nazi order was not law but a “normative chaos”.

Keywords: Law - morality - legal positivism - natural law - Nazism

I. Introducción

El título de este trabajo menciona un ejemplo clásico, y la elección fue deliberada, puesto que era necesario encontrar un caso de horror moral, supongo que universalmente compartido ahora (digo “ahora” deliberadamente, porque en un comienzo hubo opiniones favorables al nazismo incluso fuera de Alemania) y ese caso es el nazismo. Pero creo que se trata tal vez de un ejemplo único, que difícilmente pueda repetirse con todas sus características, de donde no me parece que mis conclusiones puedan generalizarse respecto de otros sistemas normativos, puesto que —repito— el nazismo parece un caso único.

La polémica respecto de si las normas nazis eran derecho asumió siempre el mismo carácter: su contenido era tan gruesamente inmoral que no merecía dignificarse con la palabra “derecho”. Esta fue la larga —y hoy, espero, completamente superada— discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico, y es la discusión que no me interesa tratar aquí. La consideraré sólo de manera sumaria, para concentrarme luego en algo que sí considero importante.

Creo que el *contenido* del derecho nazi no ofrece un problema serio (sin duda no lo ofrece para un positivista jurídico), y tampoco lo ofrece —en general— la *forma* que adoptaban las normas, pero sí lo ofrecen ciertos rasgos de *contexto* de ese ordenamiento normativo. Lo que inquieta en especial es saber si el monopolio de la fuerza legal es un rasgo distintivo del Estado, si ese monopolio existía en el nazismo, si el Estado mismo existía durante el nazismo, y si la eventual carencia de él afecta el carácter jurídico de las normas. Aunque las dudas acerca del monopolio de la fuerza legal y el carácter del Estado no son los únicos rasgos que arrojan dudas sobre el carácter jurídico de las normas nazis, como veremos.

Voy a comenzar por la parte poco importante, por la parte formal. Seguiré luego con parte del contenido del sistema, la que tampoco consideraré un problema insoluble, y concluiré con lo verdaderamente importante, la parte del contexto.

II. Una polémica ya superada

La discusión acerca del carácter jurídico de la normativa nazi aparece en su presentación clásica en el debate entre Hart y Fuller¹. En el año 1958 Hart publica su artículo “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”², cuya tesis central consiste en sostener que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Hart estaba pensando

¹ Tema que voy a considerar de manera concisa, puesto que ya lo examiné en “Volviendo a lo básico: el debate Hart-Fuller”, en *Enseñando Ética*, Buenos Aires, UP, 2015.

² *Harvard Law Review*, vol. 71, págs. 593-629.

centralmente en el problema del contenido de las normas, pero la réplica de Fuller cambia de tema³, y sostiene que en el derecho tiene que existir una moralidad interna, necesaria incluso para crear un mal derecho. Fuller menciona como defectos jurídicos el castigo al inocente, las normas inaudibles o confusas, la retroactividad de las leyes y las leyes secretas y, en un libro posterior⁴, Fuller insiste en la necesidad de contar con leyes claras y coherentes. Más que el contenido moral de las normas, la crítica de Fuller se centra entonces en cuestiones formales, en cuestiones de eficiencia (aunque el castigo al inocente podría ser inmoral, al par de ineficiente).

Hart nunca objetó que un buen sistema jurídico debía ajustarse en ciertos puntos a los requerimientos de la moral, pero también recordó que existían desacuerdos respecto de los criterios morales adecuados. ¿Se trataba de la moral positiva del grupo, tal vez basada en la superstición, o de la moral basada en criterios iluminados, por ejemplo⁵? Él sugería eliminar la incertidumbre alejando al análisis del derecho de todo tipo de moral, y Fuller —desde luego— no estaba de acuerdo con esta propuesta.

Como era inevitable, el nazismo se introduce ahora en el debate. Hart cita entonces un caso ocurrido en 1944⁶: una mujer, con el propósito de librarse de su marido, lo denunció ante las autoridades por haber realizado comentarios despectivos sobre Hitler, por lo cual el marido fue arrestado y condenado. La propia esposa fue luego juzgada en el año 1949, después de la guerra, y condenada por la privación de libertad de su marido. Aquí aparece la controversia entre ambos polemistas: mientras Hart creía que la mujer debía ser condenada aplicándole una ley retroactiva, Fuller pensaba que el tribunal había obrado acertadamente al considerar que la ley nazi no era derecho. Desde luego que Hart dice claramente en *The Concept of Law*⁷ que tanto los ciudadanos como los funcionarios deben rehusarse a aplicar leyes inmorales, pero no porque no sean derecho, sino por ser —precisamente— inmorales. Porque, ¿cuál era el motivo de Fuller para considerar que esa ley nazi no era derecho? Él no objetaba el procedimiento de aprobación ni de promulgación, sino el *contenido* de la ley, contenido que consideraba injusto.

Consideremos entonces por un momento uno de los casos paradigmáticos de ley injusta durante el nazismo: las leyes de Nuremberg. El 15 de septiembre de 1935, en Nuremberg, Hitler emitió la Ley para la Protección de la Sangre y el Honor Germano, motivada “por la comprensión de que la pureza de la sangre Germana es la condición esencial para la existencia continuada del pueblo Germano”. El artículo 1 de esa ley prohibía los matrimonios entre judíos y no judíos, y el artículo 2 las relaciones extramaritales entre judíos y no judíos. El artículo 3 prohibía a los

³ LON L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review*, vol. 71.

⁴ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pág.63.

⁵ HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 205.

⁶ Aunque no lo hace con exactitud, las diferencias carecen de importancia teórica.

⁷ HART, *The Concept of Law*, cit., págs. 207-208.

judíos emplear como personal domésticos mujeres no judías menores de 45 años, y el violar cualquiera de estos artículos era castigado con pena de cárcel.

¿Injusta? ¡Obviamente sí!, pero esto no es lo que está en disputa aquí. Independientemente de su contenido, la ley parece cumplir con todos los recaudos exigidos por Fuller. La persona que desobedece a sabiendas una ley, no puede ser considerada un inocente, la ley no era confusa, distaba de ser secreta, y sólo puede entenderse retroactiva la segunda parte del inciso 1 del artículo 1, que invalidaba los matrimonios ya concluidos. Hitler respetó todas las condiciones impuestas por Fuller respecto de la moral interna del derecho. (Esto no significa, sin embargo, que las normas nazis, consideradas como un todo, respetaran las exigencias de Fuller, como luego veremos. En ese caso, Fuller habría tal vez coincidido en apoyar la tesis que aquí defiende).

Pero esto no concluye la polémica entre los positivistas y el derecho natural con la victoria del positivismo jurídico sobre el derecho natural, desde luego, porque Fuller está invocando un derecho natural de tipo formal, mientras que la concepción clásica del derecho natural es —por supuesto— de tipo sustantivo. En este caso, el ejemplo adecuado respecto del nazismo no es Fuller sino Radbruch.

III. La postura de Radbruch

10

Ya vimos que Fuller fracasa en negar al nazismo el carácter de derecho porque se concentra en aspectos formales que son sin embargo respetados por el ejemplo clásico del derecho nazi: las leyes de Nuremberg. Pero el caso de Radbruch es muy distinto, porque él se concentra específicamente en el contenido del derecho nazi. Él defendió la tesis positivista hasta la Segunda Guerra Mundial, luego de lo cual se convirtió al iusnaturalismo, horrorizado por los crímenes nazis. Dijo entonces que el derecho positivo tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en beneficiar a la gente,

a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, en tanto “ley defectuosa”, deba rendirse a la justicia... Cuando ni siquiera existe un intento de justicia, cuando la igualdad, que es la esencia de la justicia, es traicionada en el caso por el derecho positivo, entonces la ley no es simplemente “ley defectuosa”, sino que carece completamente de la naturaleza misma del derecho⁸.

En este tipo de teoría los nazis cualifican, sin duda alguna: si coincidimos en que la injusticia extrema no es derecho, sin duda coincidiremos en que el nazismo no es

⁸ GUSTAV RADBRUCH, “Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, pág. 7.

derecho, y en realidad, el caso es más claro aún, puesto que el régimen nazi parece ser el único caso de injusticia extrema al que se refiere Radbruch. Por eso dice que el estado de derecho y la seguridad jurídica exigen la vinculación fundamental a la ley, *y solo en casos realmente excepcionales extremos esta debe retirarse, solo en casos como los que vivimos durante la era nazi y que ojalá nunca vivamos de nuevo*⁹.

En el único caso en el cual una normativa aparecería como extremadamente injusta, lo que acontecía en el caso del nazismo, podríamos sostener que ella no era derecho, y este es —precisamente— el caso que estamos examinando. (En realidad, hay otro caso concreto en Occidente de injusticia extrema que examinaré enseguida: la ley de esclavos fugitivos, en los Estados Unidos antes de la Guerra Civil) ¿Ha triunfado entonces al final la posición iusnaturalista, al recurrir a los rasgos negativos de las leyes nazis? No es tan sencilla la respuesta, y hay dos aspectos más que deben ser considerados. El primero consiste en que seguir afirmando el carácter de derecho de las normas nazis no conduce necesariamente a absolver a quienes las obedecieron. Ya vimos que Hart favorecía los castigos a los nazis basados en leyes retroactivas, y Kelsen adoptaba la misma actitud. Por eso decía que los actos de los nazis

*fueron también muy ciertamente actos moralmente muy cuestionables, y que las personas que los cometieron ciertamente conocían su carácter inmoral, (de donde) la retroactividad de la ley que se les aplica difícilmente pueda ser interpretada como absolutamente incompatible con la justicia. La justicia requería el castigo de esos hombres*¹⁰.

11

Los positivistas, como puede verse, no favorecían la impunidad de los funcionarios nazis. De modo que si estamos tentados de negar el carácter de derecho a las normas nazis para poder castigar a los nazis, podemos rechazar esa tentación: no es inconsistente decir que los nazis obedecían normas jurídicas y que sin embargo debían ser castigados aplicándoles normas jurídicas retroactivas, por el carácter extremadamente inmoral de su proceder. El segundo aspecto a considerar es este: si las normas nazis no son derecho, si carecen completamente de la naturaleza misma del derecho, si —en otras palabras— Radbruch tiene razón, entonces ¿qué eran las normas nazis? Porque no basta, por supuesto, decir que *no* eran: necesitamos una caracterización positiva de ellas, y Radbruch no nos

⁹ GUSTAV RADBRUCH, "Ley y derecho", en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pág. 232.

¹⁰ HANS KELSEN, "Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *The International Law Quarterly*, vol. 1, n° 2, págs. 162 y 165.

proporciona ninguna, por lo que, hasta el momento el positivismo jurídico puede seguir conservando sus posiciones.

La situación no cambia si aumentamos el número de ejemplos de injusticias nazis, sin confinarnos solamente a las leyes de Nuremberg. El decreto del 28 de febrero de 1933 suspendió la protección a las libertades personales, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, al par de imponer la pena de muerte. La ley de imposición de la pena de muerte del 29 de marzo de 1933 la estableció en forma retroactiva, entre el 31 de enero y el 28 de febrero de ese año. La ley del 14 de julio de 1933 estableció al Nacional Socialismo como el único partido político de Alemania. La ley del 7 de abril de 1933 prohibió el acceso de los judíos a la profesión legal, la del 21 de mayo de 1935 los expulsó del ejército, y la del 15 de octubre de 1936 les prohibió trabajar de maestros en las escuelas públicas, de las cuales fueron expulsados los alumnos judíos mediante la orden del Ministerio de Educación del 5 de octubre de 1938. Por otra parte, todas las personas liberadas del arresto preventivo eran colocadas bajo vigilancia policial sistemática. Era más, mucho más que las leyes de Nuremberg, por supuesto, y esto no era todo. El 17 de noviembre de 1933 la Corte Superior de Berlín decidió que era legal dejar de cumplir un contrato para dirigir una película de cine porque el director era judío, mientras que el 6 de abril de 1937 el tribunal de Karlsruhe privó a un padre del derecho de custodia sobre su hijo por ser el padre Testigo de Jehová. La repugnancia aumenta, pero la solución no cambia: en lo que se refiere al primer aspecto que acabo de mencionar, el castigo a los nazis, diez jueces nazis fueron condenados al concluir la guerra, cuatro de ellos a prisión perpetua y seis a penas de prisión entre cinco y diez años. En lo que se refiere al segundo aspecto, el carácter de las normas nazis, Radbruch sigue en deuda con nosotros: si esto no era derecho, ¿entonces qué era?

Asimismo, quiero recordar que los juicios morales acerca de las normas nazis que acabo de mencionar son juicios emitidos al final de la era nacional socialista, con el panorama completo de sus horrores, pero durante el nazismo, las normas nazis no merecieron una condena moral unánime en el mundo anglosajón. Como dice Fraser, *después de las leyes de Nuremberg, después de las crisis de los refugiados de los años anteriores, y después del comienzo de la guerra en Europa, no había una idea de que las leyes de nacionalidad alemanas, con la exclusión legal de los judíos alemanes, eran otra cosa que una expresión válida de la historia política y del carácter alemán*¹¹.

¹¹ DAVID FRASER, "Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940", en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003, págs. 92-93.

Por asombroso que nos parezca ahora, las purgas de los judíos en la burocracia alemana y la prohibición de que los judíos poseyeran tierras, eran descriptas sin reproches en ámbitos académicos anglosajones. Veamos algunos ejemplos, donde incluso las detenciones preventivas en el ámbito penal y el abandono del principio *nullum poena sine lege*, por caso, son mencionados sin mayor cuestionamiento¹². El 7 de abril de 1933 se dictó la Ley para la Restauración del Servicio Civil Profesional, cuyo artículo 1 establecía que “los funcionarios de ascendencia no aria deben pasar a retiro”: esa era la clave de la reforma y la que debía concentrar la crítica principal supongo. No para Fritz Marx, sin embargo: él sostenía que la burocracia era la columna vertebral del estado, de donde “la burocracia alemana no podía sino reflejar la nueva ideología, y esta nueva ideología demandaba una identificación sin reservas con las metas del movimiento nacional socialista”. La exclusión de los judíos no merece ningún comentario, salvo la reflexión de que “la confiabilidad política ha reemplazado definitivamente a la neutralidad”, y que el retiro por falta de confiabilidad “abría una senda bienvenida para asegurar la homogeneidad racial”, a lo que seguía la reflexión final:

*La desaparición de partidos políticos que compiten significa, además, la salvación respecto del conflicto de lealtades compartidas. La permanencia del partido único ciertamente facilitará las dificultades de la transición en el servicio civil alemán*¹³.

13

Esta es la opinión, obviamente antisemita, que le merece a un politólogo que publica un artículo en una prestigiosa revista norteamericana en junio de 1934, artículo en el cual —además— compara al nazismo con el New Deal.

Vayamos ahora al área del derecho penal, en la cual —como acabo de decir— el nazismo había reemplazado el principio *nulla poena sine lege* por el principio *nullum crimen sine poena*. Recordemos que las leyes de Nuremberg, que no permitían disfrazar más la ideología nacional socialista, fueron dictadas en septiembre de 1935. Catorce meses después, nos encontramos en otra revista de habla inglesa con la opinión de que debíamos apreciar el punto de vista nazi para liberarlo de su “aspecto siniestro”, ya que para el nazismo era más importante asegurar la justicia sustancial que la claridad de los preceptos de la ley penal: el juez debía adherir a la ley, pero, sobre todo, adherir a lo que era justo. Los ciudadanos eran alentados a identificar al delito con las deshonestidad, lo cual —con el transcurso del tiempo— conformaría una sólida conciencia nacional. El autor afirmaba que los líderes alemanes *estaban convencidos de que el nacional socialismo ha presentado a la nación*

¹² FRASER, cit., págs. 95, 99 y 105-107.

¹³ FRITZ MORSTEIN MARX, “German Bureaucracy in Transition”, *The American Political Science Review*, vol. 28, n° 3, págs. 474, 476-477 y 479.

*una visión uniforme de la vida, que surge de la conciencia nacional, y en la cual puede basarse el juez*¹⁴.

Tampoco en este caso hay reproche alguno a los excesos del nazismo en materia penal, sino un obvio intento de empatizar con sus reformas.

Agrego un ejemplo final, en este caso la Ley de Granjas Hereditarias, del 29 de septiembre de 1933. Un rasgo que debería ser central visto desde países democráticos, me imagino, es que solamente los alemanes arios podían ser propietarios de estas granjas. Veamos ahora un artículo publicado en una prestigiosa revista norteamericana, editada por la universidad de un estado agrícola en 1935. De un modo impecable, el autor analiza todos los rasgos jurídicos de la ley y sus consecuencias económicas: comienza con el derecho imperial y pasa luego a ley nacional socialista, estudiando temas tales como la extensión de las granjas y la elección del heredero, con especial énfasis en el orden sucesorio, y sus diferencias con la legislación civil. Con la misma indiferencia con la que se refiere al tipo de tierra alcanzado por la ley, el autor nos informa que el propietario debe poseer sangre alemana, y que cualquiera que tenga sangre judía de sus ancestros no posee sangre alemana, y concluye entonces diciéndonos que la ley contiene graves problemas, pero que también muestra

*en qué medida el legislador estaba preocupado por dominar esos problemas y en resolverlos de una manera inteligible y justa*¹⁵.

14

En el año en que se dictaron las leyes de Nuremberg, un artículo publicado por la revista de Universidad de Iowa celebraba así la justicia de la ley que impedía a los judíos ser propietarios de tierra. Lejos, como se aprecia, de la injusticia extrema que postulaba Radbruch. Y Henry Channon, un conocido parlamentario inglés, podía escribir con tranquilidad en su Diario el día 10 de agosto de 1936:

*Inglaterra podría aprender muchas lecciones de la Alemania Nazi. No puedo comprender la sospecha y el disgusto inglés respecto del régimen nazi*¹⁶.

Todo esto dicho sin preocupaciones a esta altura del Tercer Reich. De modo que nuestros juicios morales respecto del contenido de las normas nazis no alcanzan para privarlas de su carácter de derecho y comparto entonces aquí la posición de un iusnaturalista tan insospechable como Finnis, quien pide que nos imaginemos un sistema normativo que carezca de conexión con la moral y con la justicia, y concluye que no advierte

¹⁴ ERNEST A. M. WEDDERBURN, "Criminal Law in the Third Reich", *The Juridical Review*, vol. 48, n° 4, Diciembre 1936, págs. 373, 376 y 379-380.

¹⁵ ERIC HANS KADEN, "The Peasant Inheritance Law in Germany", *Iowa Law Review*, vol. 20, 1935, pág. 388.

¹⁶ HENRY CHANNON, *The Diaries 1918-1938*, London, Hutchinson, 2021, pág. 563.

*ninguna razón decisiva por la cual esto no debería ser un orden jurídico (y todavía menos por qué esto sería conceptualmente imposible)*¹⁷.

Resumiendo, pues: algunos autores sostuvieron que la ideología nazi pervirtió las nociones del bien y del mal, de justicia e injusticia, de un modo tan grande, que no era derecho en virtud de su contenido, aunque podía ser derecho por su forma. Esta postura conduce a veces a dividir al nazismo en períodos, con un derecho nazi aceptable como tal a comienzos del régimen, por ejemplo de 1933 a 1940, y otro período inaceptable, por ejemplo de 1940 a 1945¹⁸. Otros autores, en cambio, encontraron defectos formales en el régimen nazi. Yo encuentro un defecto diferente, más allá de la forma y del contenido, que es un defecto de contexto, el cual aparece desde el comienzo del régimen, de donde la periodización no resulta necesaria, mientras que algunos defectos formales pierden importancia frente al contexto, o no aparecen como tales en las normas nazis. Creo que esta idea enriquece la polémica, y la voy a vincular con la aparición de un argumento formulado por Dworkin.

IV. El argumento de Dworkin

Hasta ahora he considerado dos objeciones para atribuir a las normas nazis el carácter de derecho: la objeción basada en la forma y la objeción basada en el contenido, y he concluido que ninguna de ellas permite privar a las normas nazis del carácter de derecho. Ahora llegó el momento de ocuparme de la objeción más complicada, la objeción del contexto, la que constituye de alguna manera el aporte de Dworkin a la disputa. No se trata sin embargo de un aporte directo, sino de una sugerencia oblicua que podría conducir al argumento que voy a desarrollar.

Hay dos casos semejantes que Dworkin prefiere tratar de manera diferente, y su argumento para hacerlo es el que nos interesa aquí: las leyes nazis y la ley de esclavos fugitivos. Ya he explicado el alcance de la ley nazi. La ley de esclavos fugitivos, a su vez, fue dictada el 18 de septiembre de 1850, como parte de un compromiso entre el Norte y el Sur de Estados Unidos, y permitía arrestar a sospechosos de haber escapado de la esclavitud, sospechosos que carecían de derechos frente al tribunal que los juzgaba. Incluso si se encontraban en un estado libre de esclavitud, ellos debían ser restituidos a sus dueños. La ley fue declarada constitucional por la Corte Suprema en 1859, pero fue derogada en 1864. No hace falta que enfatice —supongo— el destino que esperaba a los esclavos que eran devueltos a sus dueños.

¹⁷ JOHN FINNIS, "Reflections and Responses", en John Keown y Robert George (eds.), *Reason, Morality and the Law*, Oxford University Press, 2013, pág. 538.

¹⁸ FRASER, cit., págs. 88-89.

Respecto de la ley de esclavos fugitivos, Dworkin cree que existen dos alternativas: a) la ley era derecho válido, pero demasiado injusto como para ser aplicado, y b) la ley era demasiado injusta como para ser derecho. Dworkin prefiere la alternativa a), porque ella muestra que los jueces, en esos casos, enfrentaban un dilema moral, y no solamente prudencial. En cambio las leyes nazis —dice Dworkin— no creaban derechos ni siquiera *prima facie*, porque el gobierno era completamente ilegítimo, de donde los jueces nazis enfrentaban sólo un dilema prudencial¹⁹.

De modo que para Dworkin no había derecho en la Alemania nazi, y este es el resultado al cual quiero arribar, pero sin compartir la esencia el argumento dworkiniano. Dworkin resulta útil en este caso porque llama la atención sobre la falta de carácter jurídico de las normas nazis, pero su argumento parece ser de carácter moral, parece ser un argumento de contenido, una variante del argumento de Radbruch. El gobierno nazi no era completamente ilegítimo, y —en realidad— su origen fue legítimo, puesto que fue el presidente de la república quien nombró canciller a Hitler. Es discutible la legalidad del proceso que condujo a la ley del 24 de marzo de 1933 permitiendo al Ejecutivo dictar leyes, incluso leyes que se apartaban de la constitución, pero aunque sea formalmente la Constitución de Weimar fue respetada. Aunque es interesante la mención de la ilegitimidad, en realidad el reproche que formula Dworkin, me parece, es un reproche moral, reproche que ya he rechazado, como vimos, y que no le puede resultar muy útil, porque la ley de esclavos fugitivos contiene una injusticia tan extrema como las leyes de Nuremberg.

El motivo del rechazo a la idea de Dworkin es —simplemente— que el argumento no funciona, puesto que desde el punto de vista del contenido, la ley de esclavos fugitivos y las leyes de Nuremberg eran igualmente injustas, de donde, o ambas eran derecho, o ninguna lo era. Pero Dworkin podría tal vez estar diciendo implícitamente otra cosa, más interesante: podría estar diciendo que ambos sistemas, el norteamericano de la preguerra civil y el nazi, se inscribían en *contextos* diferentes, lo cual le atribuía carácter jurídico a uno de ellos y se lo privaba al otro. Por cierto que no lo dijo claramente, y por eso yo voy a decirlo claramente aquí: el problema del eventual derecho nazi es el problema del contexto. Pero lo que importa del contexto nazi no es el aspecto moral, como parece sostener Dworkin; si lo fuera, Dworkin estaría tan sólo repitiendo el argumento de Radbruch. En mi opinión, son los rasgos administrativos, los rasgos de funcionamiento, los que vician el contexto nacional socialista, y esos vicios impiden que consideremos al sistema como derecho.

¿Cuáles son, entonces, los rasgos característicos del contexto nazi, que tornan problemático que las normas de ese sistema se denominen derecho? Un rasgo que debe tomarse seriamente en cuenta, para comenzar, es el juramento de lealtad. Desde el 14

¹⁹ RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, págs. 411-412.

de agosto de 1919, el juramento de los funcionarios públicos alemanes se refería a “la lealtad a la constitución, la obediencia a la ley, y el cumplimiento consciente de los deberes de mi función”. A partir del 20 de agosto de 1934, en cambio, el juramento se modificó y pasó a decir: “Juro que seré verdadero y obediente al Führer de la República y el pueblo alemán, Adolfo Hitler, que observaré el derecho, y cumpliré conscientemente los deberes de mi función”. La diferencia no es menor, ni es sólo verbal: en el nuevo juramento, la Constitución, que es una norma jurídica, es reemplazada por Hitler, que es un ser humano, ser humano cuya voluntad se identificaba con el estado y con el pueblo. El contexto cambia, como vemos, y la voluntad de la norma es desplazada en favor de la voluntad del Führer. El valor simbólico del juramento no pasó desapercibido para los nazis, y Rudolf Hess dijo, por ejemplo: “Mediante vuestro juramento, se han ligado ustedes mismos a un hombre que —ustedes creen firmemente— ha sido enviado a nosotros por poderes superiores... Adolf Hitler es Alemania, y Alemania es Adolf Hitler. ¡El que jura por Hitler jura por Alemania!”²⁰.

Hitler había sido claro en su discurso ante el parlamento del 30 de enero de 1937: *Hay un solo detentador del poder supremo entre el pueblo alemán, y ese detentador es el pueblo mismo. La voluntad del pueblo encuentra su expresión en el Partido, que es la organización política del pueblo. En consecuencia, hay un solo cuerpo legislativo. Hay una sola autoridad ejecutiva.*

El Poder Judicial contribuía también al cambio de contexto. El 9 de diciembre de 1936 —por caso— el presidente de la Corte Suprema se pronunció por una interpretación amplia de las leyes de Nuremberg, permitiendo a los tribunales inferiores decidir sobre el alcance del término “relaciones sexuales”. El Tribunal Laboral del Reich, en una sentencia del 7 de febrero de 1940, consideró como principios constitucionales los puntos 4 y 5 del programa del partido nazi. Por su parte, el Decreto contra los Enemigos Públicos, del 5 de septiembre de 1939, que imponía la pena de muerte, la aceptaba en casos de que fuera requerida por “el sólido juicio popular” o “por la necesidad de repudiar especialmente el acto delictivo” (artículo 4). A la inmoralidad del contenido, de la que me ocupé en la sección anterior, se añade ahora la indeterminación de ese contenido, en casos tan graves como la pena capital. ¿Se convierte entonces en derecho cualquier sentencia basada en un difuso “juicio popular”? Claramente, la guía suprema de los tribunales ya no era la ley, sino la voluntad incondicionada del Führer²¹.

Más grave aún es el caso de la orden secreta a los jueces, emitida por el Ministro de Justicia el 1 de octubre de 1942. En ella el Ministro recordaba que la prevención

²⁰ RUDOLF HESS, “The Oath to Adolf Hitler”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013, pág. 76.

²¹ BERND RUTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pág. 128.

es mejor que la reparación, y que si el criminal encuadraba en la categoría de “peste”, ello debía ser expresado en la severidad del veredicto: cuando la gente arriesga su vida en el frente, no hay espacio para que los criminales destruyan la voluntad de la comunidad, dijo el Ministro. La orden citaba directamente al Führer: “No quiero que una mujer alemana regrese asustada de su trabajo, preguntándose si no habría algún daño causado por inútiles y criminales. Un soldado debería esperar que su familia, su esposa y sus parientes estén seguros en casa”. Sin conocimiento público, el Ministerio de Justicia establecía un método especialmente severo de interpretar una ley especialmente severa. (Este caso, desde luego, cae dentro de las prohibiciones establecidas por Fuller, dado su carácter secreto).

Por otra parte, los jueces ya no tenían dudas acerca de su papel después del discurso de Hitler ante el *Reichstag* pronunciado el 26 de abril de 1942:

Pido a todo el Parlamento Alemán la seguridad definitiva de que poseo toda la autoridad legal para hacer que cada individuo cumpla con su deber, y que pueda condenar a aquellos que en mi opinión no cumplen con su deber a penas de prisión, o a ser privados de sus cargos y posiciones, no importa quienes sean o que derechos puedan haber adquirido.... También espero que la jurisprudencia alemana entienda que la nación no está allí para ellos, sino ellos para la nación. Que no está permitido que el mundo entero perezca, Alemania incluida, para que exista un derecho formal, sino que Alemania tiene que vivir, sin que importe la interpretación formal de la justicia.... Me ocuparé de estos casos de ahora en más, y daré la orden a los jueces de que reconozcan como derecho lo que ordeno.

18

La actitud sumisa de los jueces data de los comienzos del régimen nazi. La Corte Laboral del distrito de Berlín debía decidir acerca de la validez de una orden de Hitler que nunca había sido publicada, de donde se dudaba si la había emitido como jefe del movimiento o del estado. El tribunal, en su decisión del 17 de noviembre de 1934, entendió que sólo dependía de Hitler decidir en qué carácter actuaba, y que era suficiente para los jueces que el nombre de Hitler apareciera en la orden. En rigor, los jueces tenían prohibido adoptar decisiones que condujeran a resultados opuestos al programa del nazismo²².

Y por si faltara algo, en la carta del 1 de abril de 1943, el Ministro de Justicia ordenó a los fiscales que los judíos liberados de una institución penal, debían ser capturados nuevamente por la policía y detenidos de por vida en los campos de concentración de Auschwitz y Lublin; esto es, después de ser liberados conforme a derecho, ¡recibían la pena de prisión perpetua!, de donde la sentencia judicial era revocada por una decisión administrativa, la cual no se fundaba en ninguna

²² ERNST FRAENKEL, *The Dual State*, Clarck, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2010, pág. 83.

norma. Las órdenes secretas, por otra parte, eran numerosas. Secreta fue, por caso, la orden del 21 de septiembre de 1939 emitida por Reinhard Heydrich que concernía a la política respecto de los judíos en los territorios ocupados, y la orden del 6 de junio de 1941, que prohibía “mostrar misericordia o actuar de acuerdo a las leyes internacionales “en relación a los comisarios políticos rusos en el frente oriental, los cuales, si eran encontrados en batalla o en la resistencia, debían “ser liquidados inmediatamente con un arma”. Y secreto era también —desde luego— el Protocolo de Wansee del 20 de enero de 1942, el cual estableció los lineamientos de la “solución final”.

En la decisión del Tribunal que juzgó a los jueces nazis, dictada el 4 de diciembre de 1947, se dijo que los juicios en la época nazi claramente “carecían del elemento esencial de legalidad”, y que formaban parte de “un programa nacional de persecución racial”. Las persecuciones judiciales, fueran políticas, raciales o religiosas estaban sistemáticamente organizadas, y eran conducidas por, o con la aprobación de, el gobierno²³. Los jueces, por otra parte, estaban autorizados a ignorar cualquier artículo de la constitución que resultara inconsistente con los valores jurídicos del Nacional Socialismo. Esto es: los principios nazis, que podían modificarse en cualquier momento y de cualquier forma, primaban sobre lo que debía ser considerada como la norma jurídica suprema²⁴.

Como Ministro de Justicia de Hitler, Hans Frank tenía una opinión muy clara sobre el papel de los jueces: su tarea no consistía en ayudar a aplicar un orden jurídico superior a la comunidad racial, sino en salvaguardar el orden concreto de la comunidad racial. La base para interpretar todas las fuentes jurídicas era la ideología Nacional Socialista, expresada en el programa partidario y en las declaraciones del Führer. Un juez no tenía derecho a examinar una decisión del Führer, concretada en una ley o decreto: en realidad, el juez estaba también obligado por otras decisiones del Führer, que expresaban claramente su deseo de establecer derecho. En cuando a las resoluciones jurídicas emitidas antes de la revolución Nacional Socialista, ellas podían no ser aplicadas si su aplicación “violaría hoy los sentimientos saludables del pueblo”²⁵. Todas las normas, entonces, debían pasar por el tamiz de la plataforma política nazi, y todos los deseos de Hitler eran de aplicación obligatoria para los jueces. A su vez, los actos políticos del partido eran considerados actos de soberanía, por lo que los actos de los funcionarios del partido, dentro de su competencia, estaban fuera de la jurisdicción de los tribunales. Tampoco podían los jueces adoptar decisiones que

19

²³ Cfr. CHARLES M. LA FOLLETTE, “The Case Against Nazi Jurists”, *University of Georgia Law*, 1948.

²⁴ KARL LOEWENSTEIN, “Law in the Third Reich”, *Yale Law Journal*, vol. 45, pág. 803.

²⁵ HANS FRANK, “On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State”, en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 67.

condujeran a resultados opuestos al programa del partido²⁶.

Si recordamos que la ley del 24 de marzo de 1933 autorizaba al Poder Ejecutivo a dictar leyes, incluso leyes que se desviaran de la constitución, lo cual tornaba ocioso al Poder Legislativo, y le agregamos la situación del Poder Judicial que acabo de relatar, creo que la idea del contexto peligroso resulta clara. ¿Es posible describir a esa situación como “derecho”? A partir de la ley del 24 de marzo, desapareció la diferencia entre leyes y decretos, a lo que se agrega que las normas se dictaban en un lenguaje vago, metafórico e indefinido. Los decretos establecían una política de un modo general, y los detalles quedaban en manos de los poderes delegados. En rigor, el Consejo Ministerial para la Defensa del Reino era el legislador habitual²⁷. Por si no fuera suficiente, la ley del 13 de diciembre de 1934 autorizaba al Ministro del Interior a dar por concluidos todos los reclamos civiles formulados en los tribunales ordinarios, aunque se hubieran convertido en cosa juzgada, y decidirlos en favor del estado, sin apelación posible, lo cual eliminaba todo vestigio posible de justicia civil. Para garantizar aún más el control sobre la Justicia, el nazismo estableció tribunales especiales para los miembros del partido, no sólo respecto de cuestiones disciplinarias sino también sobre cuestiones civiles que involucraran a un miembro del partido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3 de la ley del 1 de diciembre de 1933²⁸. El nazismo se caracterizaba entonces por la multiplicidad de las agencias de coerción: a la Gestapo se agregaban, por ejemplo, los guardianes de manzana y los líderes de La Juventud Hitleriana²⁹, con capacidades para imponer determinados tipos de castigo, lo que permite por cierto dudar de la existencia del monopolio del uso de la fuerza.

Hay un obvio elemento de desorganización en el nazismo que dificulta su caracterización como derecho, lo que se ha denominado “la política sin administración”, o la sustitución de la propaganda por la política. En realidad, la sistematización y la calculabilidad eran percibidas por Hitler como una restricción, como un factor que limitaba su poder, tal como él lo entendía, de modo que prefería deliberadamente optar por la desorganización del poder político, y –especialmente– por la fragmentación del proceso de adoptar decisiones (a lo que se sumaba la conocida aversión de Hitler por la palabra escrita)³⁰.

²⁶ FRAENKEL, cit., págs. 35 y 83.

²⁷ FRANZ NEUMANN. *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009, págs. 56-57.

²⁸ LOEWENSTEIN, cit., págs. 781, 803, 807 y 809.

²⁹ RICHARD J. EVANS, “Coercion and Consent in Nazi Germany”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 151, 2007, págs. 69-70.

³⁰ Cfr. TIM MASON, “Intention and Explanation: A Current Controversy about the Interpretation of National Socialism”, en Herausgegeben von Hirschfeld y Lothar Kettenacker (eds.), *The “Führer State”: Myth and Reality*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1981, págs. 24-25 y 31.

Lepsius es quien describe mejor esta situación:

La jerarquía de las normas fue desplazada. Los decretos del Führer podían suplementar, derogar o sustituir a una ley. Eventualmente, las órdenes del Führer ni siquiera siguieron publicándose. ...Hitler retenía el derecho a la decisión final. Él mismo evitaba toda fijación y decidía sobre la base del caso por caso, de donde no podía haber ningún límite prejudicial en base a las órdenes del Führer.... Era un desarrollo orientado a la destrucción de los valores y categorías jurídicas³¹.

El nazismo era la pesadilla imaginada por Fuller, más la desorganización, más el caos, más el descontrol.

V. Estado y Movimiento

Todavía más grave aún, desde el punto de vista del contexto, era la estrecha, y extraña, relación entre el estado alemán y el movimiento nazi, lo cual arroja dudas sobre la existencia misma del primero de ellos y, en todo caso, nuevas dudas sobre el monopolio del uso de la fuerza bajo el nazismo. El artículo 1 de la ley del 1 de diciembre de 1933, denominada Ley para Salvaguardar la Unidad del Partido y del Estado, establecía que “después de la victoria de la revolución Nacional Socialista, el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes es el portador del concepto del Estado Alemán y es inseparable del Estado. Es una corporación bajo el derecho público. Su organización será determinada por el Führer”. Es cierto que el 8 de noviembre de 1933 Goebbels declaró que el partido nazi siempre había aspirado a un estado totalitario, y que esta era la meta de la revolución, pero, avanzado el nazismo, el partido se posicionó por encima del Estado. En la edición del *Völkischer Beobachter* de Múnich del 8 de septiembre de 1934 Hitler declaró: el estado no es nuestro dueño; nosotros somos los dueños del estado.

Quedaba en claro, entonces, que el partido no estaba sujeto a ningún control³². Me resisto, sin dudar, a tomar en serio las definiciones *ad hoc* con las cuales los juristas nazis pretendían legalizar todas sus decisiones. Estoy pensando, por ejemplo, en la definición de Hans Frank: “El derecho es lo que es expeditivo para el pueblo”; y en las definiciones de Rosenberg: “El derecho es lo que el hombre ario declara que es derecho”, y “El derecho es la forma obligatoria en la cual el pueblo alemán defiende su vida dentro del Estado”³³. Comparto entonces lo que

³¹ OLIVER LEPSIUS, “The Problem of Perceptions of National Socialist Law: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?”, en Joerges y Ghaleigh, cit., págs. 26-28.

³² NEUMANN, cit., págs. 68 y 73.

³³ Citadas por HERMAN KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, págs. 19-20.

Kantorowicz dice de la última ellas, y lo aplico ahora a todas ellas:

Es demasiado original como para ser compatible con el uso de algún lenguaje; demasiado subjetiva como para ser aplicable en la práctica; tan amplia que incluye hasta cañones y manteca, tan estrecha que ni siquiera cubre el derecho inglés.

¿Cuál era la relación entre el Estado, el líder y el partido durante la etapa del nazismo? Para los nazis, la autoridad no era conferida, sino algo de lo que había que apoderarse: es el efecto de un rango que no es otorgado, sino que es reconocido por el pueblo. La responsabilidad por la existencia histórica del pueblo alemán recaía en Hitler, y este proceso no sólo modificó su derecho al liderazgo, sino también al movimiento liderado por él, el cual pasó, de acuerdo a los nazis, a abarcar a todo el pueblo alemán. Es así que las funciones de liderazgo del Estado fueron asumidas por el líder del movimiento, y el orden jerárquico del Nacional Socialismo se convirtió en una parte fundamental del orden del Estado. Los nazis convirtieron a la unidad del Estado y el partido en una relación política-espiritual, en la cual la ideología Nacional Socialista y sus objetivos eran obligatorios para el estado en todos sus modos de existencia: el liderazgo se convirtió en un principio constitucional³⁴.

22

A esta altura, existe la tentación de identificar al Führer con un monarca absoluto, lo cual hubiera simplificado ciertamente mi tarea, pero los nazis no aceptaban esta comparación: el liderazgo, para ellos, no equivalía al derecho del monarca a gobernar. El monarca absoluto requiere de un estado, y concentra en su persona los tres poderes, aunque acepta compromisos entre ellos. En la Alemania nazi, el poder político residía en el líder, que no era un órgano del estado sino que constituía la personificación de la comunidad³⁵. Los nazis consideraban al liderazgo como un hecho político de la vida, un hecho abarcador, que unificaba a una multitud de hombres listos para la acción en la persona del Führer: el Führer y sus seguidores constituían una unidad, que no podía ser lógicamente capturada, sino sólo experimentada. El factor decisivo de la constitución del liderazgo, entonces, lo constituía el desplazamiento de la distinción democrática entre gobernantes y gobernados, reemplazándola por una fusión del líder con sus seguidores. Y para que quedara todavía todo más claro, el orden de liderazgo del estado Nacional Socialista era el orden de liderazgo del movimiento Nacional Socialista³⁶.

La mejor manera de interpretar este pensamiento es reconociendo que el Estado desaparecía: no se marchitaba, como en la etapa superior del comunismo, sino que se licuaba dentro del movimiento. Pero si entendemos al Estado a la manera kelseniana,

³⁴ ERNST FORSTHOFF, "The Total State", en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 59-60.

³⁵ NEUMANN, cit., págs. 468-469.

³⁶ FORSTHOFF, cit., págs. 60-62.

como equivalente al derecho, la desaparición del Estado, ¿no implica también la desaparición del derecho? Porque los propios nazis negaban enfáticamente que el movimiento fuera el estado.

Alfred Rosenberg, el principal ideólogo del nazismo, lo dice todavía más claramente: lo que ha ocurrido no es la totalidad del Estado, sino la totalidad del movimiento Nacional Socialista. El estado ya no es algo que debería existir independientemente del pueblo y del movimiento; es una herramienta del punto de vista Nacional Socialista. El movimiento pretende el derecho a la totalidad, las generaciones futuras se concentrarán en el movimiento, y verán la relación entre el estado y el partido bajo una luz completamente a aquella que le otorga primacía al estado. El estado, piensa Rosenberg, es el instrumento de poder más potente que el movimiento tiene a su disposición, y los Nacional Socialistas deberían abstenerse de hablar en término de estado total, y hablar en cambio de la totalidad del movimiento Nacional Socialista³⁷.

Las consecuencias prácticas de este proceso se advirtieron muy rápido, y esta es una descripción adecuada de lo que ocurrió:

La corriente constante de medidas conflictivas, emitidas por funcionarios del partido y del estado, hicieron difícil saber si una decisión estaba basada en una ley existente, en algún principio de eficiencia política, o —lo que equivalía lo mismo— en las tesis de la ideología Nazi³⁸.

23

Lo que me pregunto entonces, nuevamente, es si existe entonces alguna manera convincente de dar cuenta como derecho lo que acontecía en este contexto. ¿Podría hacerlo Carl Schmitt, por ejemplo? Lo intentó, al menos, y lo intentó varias veces.

VI. La noche de los cuchillos largos

Ernst Röhm era un ex militar alemán que comandaba las milicias nazis. Los militares desconfiaban de él, porque pensaba que quería desplazar al ejército, y Hitler desconfiaba de él porque pensaba que podía ser su reemplazante. Fue acusado de complotar contra el gobierno, arrestado junto con sus colaboradores, y ejecutado sin juicio, esto es, sin que interviniera ningún tribunal. Hitler fue el único responsable de estos actos, ocurridos entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1934, y la purga fue conocida como “la noche de los cuchillos largos”. El 3 de julio, el gobierno dictó una sucinta ley, de un solo artículo: “Las medidas tomadas el 30 de junio, el 1 de julio y el 2, para suprimir ataques traicioneros, son declaradas legales”, y el 13 de julio Hitler defendió los sucesos ocurridos, y la ley posterior, en un discurso ante el parlamento.

³⁷ ALFRED ROSENBERG, “The Total State?”, en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 63.

³⁸ GOPAL BALAKRISHNAN, *The Enemy*, London, Verso, 2000, pág. 191.

Ningún jurista nazi quiso defender esta barbaridad moral y jurídica, o —mejor dicho— casi ninguno: Carl Schmitt fue la excepción, y lo hizo con asombrosa rapidez. Un argumento dudoso, pero inocuo, que él podría haber utilizado consistía en señalar que la ley retroactiva del caso no se proponía criminalizar una conducta que antes no era punible sino descriminalizar una conducta antes punible: siempre es mejor, podría sostenerse, la retroactividad para despenalizar que para penalizar. El propio Fuller hubiera aceptado esta forma de analizar el caso, supongo, aunque no puedo garantizar cuál hubiera sido su solución.

Pero lo más grave no era la ley retroactiva, sin embargo. Al defenderla en el Parlamento, Hitler dijo que

en esta hora, yo era responsable por el destino de la nación alemana y en consecuencia, el Juez Supremo del pueblo Alemán.

Hitler estaba anunciando, entonces, que él estaba más allá del estado de derecho, realizando acciones que no tenían su base en el derecho escrito³⁹. Era mucho más difícil defender el discurso de Hitler que defender la ley, y —sin embargo— Schmitt se concentró en el discurso. Comenzó recordando que el Führer tomaba seriamente las advertencias de la historia alemana, y de allí extraía la curiosa conclusión de que esa circunstancia le otorgaba a Hitler el derecho y el poder de fundar un nuevo orden y un nuevo estado. El Führer protegía el derecho cuando directamente creaba derecho en un momento de peligro, en tanto autoridad judicial suprema. El verdadero Führer, decía Schmitt, es siempre un juez, y de su dominio como Führer surge su dominio como juez, de modo que cualquiera que desee separar ambos dominios convierte al juez en un anti-Führer⁴⁰. Schmitt arranca con un *non sequitur*, pasando de la visión histórica del Führer a sus poderes como gobernante y de allí a sus poderes como juez, de los que —además— nadie podría privarlo. Reconstruir todo esto como derecho, como se aprecia, no es tarea fácil, aunque sí parecía fácil para Schmitt, quien dotaba a Hitler de los poderes de Midas, puesto que todo lo que hacía se convertía automáticamente en derecho.

Schmitt consideraba que el acto de Hitler en este caso era un ejercicio de jurisdicción legal, no subordinada a la judicatura, puesto que era en sí mismo un acto de judicatura suprema: el dominio judicial del Führer surgía de la misma fuente de derecho de la que provenía el derecho de todo pueblo. Todo derecho surge del derecho del pueblo a existir; toda ley, y toda decisión judicial, son justas en la medida en que surjan de esta fuente de derecho: el Führer mismo determina el contenido y el alcance de su curso de acción. Lo que está diciendo Schmitt, entonces, es que todo aquello que Hitler ordene, en el ámbito ejecutivo, legislativo

³⁹ LOEWENSTEIN, cit., pág. 811.

⁴⁰ CARL SCHMITT, "The Führer Protects the Law", en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 64.

y judicial, es derecho porque Hitler lo ordena. No es plausible, como supongo que todos coincidirán, pero es inteligible. Schmitt lo refuerza todavía más: el Führer tiene un deber judicial particular cuya justicia intrínseca no puede ser llevada a cabo por nadie más, y debido al tipo especial de delito, el Führer se convirtió aquí en el juez supremo⁴¹. Ahora la inteligibilidad disminuye, sin embargo, porque se nos pide que creamos, no sólo que el Führer estaba autorizado (sin fuente escrita alguna) a realizar funciones judiciales, sino que creamos también que era el único que podía llevarlas a cabo. Si Schmitt consideraba que todo esto era obvio, entonces debería haberse preguntado por qué se había molestado Hitler en dictar una ley retroactiva para protegerse, declarando legal algo que todos sabían que era, no sólo su derecho, sino aparentemente también su obligación.

La tarea de Schmitt era difícil desde el punto de vista moral, y es también difícil leer su artículo sin sentir vergüenza ajena, pero no es una tarea teóricamente imposible. Se trata de identificar como derecho a algo proveniente de un poder omnimodo, y el paralelo con un monarca absoluto surge de inmediato a la mente. Si esto hubiera sido todo, supongo —como dije antes— que sería posible hablar todavía de un derecho nazi, pero esto está lejos de ser todo. Schmitt, como dije más arriba, podría —y debería— haberse concentrado sólo en defender la ley, sin referirse al discurso de Hitler ante el parlamento: eligió el camino opuesto y dificultó su panorama, pero todavía podía pretender que estaba hablando de derecho. Las cosas se le complicaron, sin embargo.

25

VII. Los comienzos del nazismo

Desde el inicio del régimen nazi, esto es, antes de publicar el trabajo que acabo de citar, Schmitt había escrito ya sobre el modelo de Hitler. En 1933 publicó su trabajo *Estado, Movimiento y Pueblo*, el cual —con caridad— podía considerarse como descriptivo, pero —con realismo— debe considerarse como justificatorio del régimen. Él consideraba que la unidad política del estado en ese momento consistía en un agregado tripartito de estado, movimiento y pueblo. La unidad política del pueblo, y con ella el orden completo de la vida pública, presenta esos tres diferentes estratos de orden: no es que los estratos estén coordinados, ni que sean cercanos, puesto que el movimiento pervade y conduce a los otros dos. Cada una de las palabras que los designan podría ser utilizada para la totalidad del orden político, pero al mismo tiempo designa un elemento específico del sistema: el estado es la parte políticamente estática, el movimiento la parte política dinámica, y el pueblo la parte no política. Pero el movimiento es tanto estado cuanto pueblo, y ni

⁴¹ SCHMITT, “The Führer Protects the Law”, cit., págs. 64-65.

el estado ni el pueblo serían imaginables sin el movimiento⁴².

Los tres estratos, entonces, se conciben de esta forma: el estado se refiere a las fuerzas armadas y a la burocracia; el partido, que abarca al estado y al pueblo, es el cuerpo político en el cual el movimiento encuentra su forma particular; el pueblo, finalmente, posee una esfera remanente de auto-administración, en el orden profesional económico y social, así como en la administración comunal⁴³.

Me parece que dos cosas quedan en claro en esta descripción. La primera es que Schmitt desea retener un papel para el estado, lo cual le traería luego dificultades con la jerarquía nazi. La segunda es que el papel del estado en su teoría es de todos modos secundario, y queda claramente subordinado al movimiento; esta es la cuestión que tornará difícil describir las normas del Tercer Reich como derecho, incluso en la descripción de Schmitt.

Adviértase ante todo el papel secundario que desempeña el pueblo en este esquema, reducido a ser un elemento no político, biológico, que depende de la protección del movimiento. El movimiento es el depositario de las decisiones políticas, no es sólo el movimiento del pueblo sino el movimiento que guía al pueblo, decide respecto de él y lo gobierna⁴⁴. Esta posición secundaria del pueblo le generaría a Schmitt muchas críticas de parte de otros juristas nazis.

26

Tal vez la parte más grave del trabajo la constituya la introducción de la idea racista, la identidad de especie adoptada como una presuposición indispensable. La identidad de especie, concebida como la pureza racial, es la que asegura aquí la articulación unificada del estado, el movimiento, el pueblo y el Führer. Schmitt la entiende como una identidad absoluta entre el líder y sus seguidores, y es la que impide que el poder del líder se convierta en arbitrario, o en tiránico: el Führer guía al movimiento en virtud de la identidad de especie⁴⁵.

¿Puede considerarse al trabajo de Schmitt como un intento descriptivo? Si lo es, hay que advertir que se trata de descripción que no formula a la vez reproche alguno. Pero me parece que es otra cosa: es un intento justificatorio. Lo más triste es que, por una parte, detrae de la fama de Schmitt, y por la otra, no ayuda ni al nazismo ni al intento de descifrar si sus normas eran derecho. Para el nazismo el trabajo es inútil, porque Schmitt trata de retener un papel para el estado: subordinado al movimiento, el estado sigue existiendo. El nazismo no quería ningún papel para el estado que pudiera comprometer la libertad de acción del movimiento: no buscaban el estado total sito el movimiento total. Y para mi intento el trabajo también es inútil, porque el estado se subordina al movimiento de una forma tal que descarta que

⁴² CARL SCHMITT, "State, Movement, Folk", en Rabinbach y Gilman, cit., pág. 58.

⁴³ SCHMITT, "State, Movement, Folk", cit., pág. 59.

⁴⁴ Cfr. GIORGIO AGAMBEN, "A Jurist Confronting Himself", en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016, págs. 464-465.

⁴⁵ AGAMBEN, cit., págs. 465-466.

pueda hablarse del monopolio del uso de la fuerza; el derecho mismo, si existiera, estaría subordinado al movimiento, lo cual parece muy difícil de aceptar.

VIII. Continúan los intentos de Schmitt

En 1934 Schmitt hizo nuevos intentos de describir —y/o justificar— al nazismo. El más importante fue su libro *Sobre Tres Tipos del Pensamiento Jurídico*, publicado en 1934, como parte de la colección de la Academia Nazi del Derecho Alemán. Aunque sólo había transcurrido un año desde el trabajo previo, poco en la teoría expuesta en esta última obra recuerda a la teoría anterior, salvo un superficial intento —ya al final de la obra— de mostrar vinculaciones entre el estado, el movimiento y el pueblo. Pero así como en 1933 aparecía una sugerencia racista en la idea de la identidad de especie, en 1934 reaparece la insinuación antisemita cuando Schmitt recuerda que “hay pueblos que, sin territorio, sin un estado, y sin una iglesia, existen solamente en el derecho: Para ellos, el pensamiento normativista es el único pensamiento jurídico razonable”⁴⁶. Las teorías pueden ser distintas, pero la raza sigue contando.

Lo que ya no cuenta, sorprendentemente, es la teoría decisionista como la idea más adecuada para dar cuenta del derecho: el gran decisionista de la época de Weimar considera sólo a esa teoría como una parte del positivismo del siglo XIX. Aparentemente, Schmitt había advertido la diferencia entre las decisiones del presidente Hindenburg, acotado por la Constitución de Weimar, y las decisiones de Hitler, que no aceptaba estar acotado por norma alguna. Pero si el derecho no se explica ya en base a las decisiones del soberano, y tampoco la idea central consiste en las relaciones entre el estado, el movimiento y el pueblo, ¿sobre qué rasgos se basa entonces la descripción de derecho nazi? Sobre el extraño rasgo de los órdenes concretos.

Todo jurista, dice Schmitt, concibe al derecho como una regla, como una decisión o como un orden concreto; el pensamiento aristotélico-tomista del medioevo, por ejemplo, es un pensamiento de orden. El concepto de orden determina así el concepto de derecho, porque el orden no es una regla, o un agregado de reglas, sino que la regla es un componente del orden. El derecho no significa regla, ley o norma, sino —sobre todo— orden. El concepto de “juez”, por ejemplo, es un concepto del orden, el que indica una autoridad competente, la cual es miembro de un orden de autoridades. La norma no produce el orden, sino que tiene una función reguladora en el marco de un orden⁴⁷.

Hay áreas de la vida, entonces, que se forman institucionalmente, y cuya sustancia jurídica deriva sólo de un orden interior, el cual no es la suma de sus regulaciones, y cuyos ejemplos pueden ser los miembros de una familia, o de

⁴⁶ CARL SCHMITT, *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004, pág. 45.

⁴⁷ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 43, 48 y 51. RUTHERS, cit., pág. 199.

un clan, los funcionarios en un estado, o los clérigos en una iglesia. Schmitt es terminante: o el legislador acepta ese orden, o destruye la institución⁴⁸. Las reglas representan, así, el instrumento del orden jurídico. La idea de orden como prerequisite de una decisión, piensa Schmitt, proviene de una antigua tradición cristiana, en la cual el derecho natural aristotélico-tomista es un orden viviente unificado, y el estado sólo aparece cuando colapsan los órdenes medievales, pero —piensa Schmitt— el pensamiento del orden concreto nunca cesó de existir de Alemania. La certeza institucional de la iglesia católica, por caso, siempre determinó la realidad de la vida jurídica, y Lutero defendió por su parte los órdenes internos del matrimonio, de la familia, de la persona y del oficio. Schmitt sostiene que el Código Prusiano de 1794 también legisló en términos de órdenes, en términos de iglesia, familia y matrimonio, por ejemplo e incluso la legislación laboral posterior a la Primera Guerra Mundial demostró la fuerza continuada del pensamiento del orden al distinguir entre “contrato” y “acuerdo”⁴⁹.

El pensamiento jurídico, pues, se expresa sólo en conexión a un orden concreto y total, y la sociedad misma está ajustada a un gran orden total. Hasta aquí, como puede verse, nos estamos moviendo en un terreno histórico y académico, sin referencias políticas. Pero estamos en 1934, los nazis están en poder, y el que escribe es Carl Schmitt, de donde podíamos esperar que las cosas cambien, y lo hacen. El próximo ejemplo de orden que aparece en el libro consiste en el axioma de que la verdad, la disciplina y el honor no se pueden separar del liderazgo, de donde, para hacer justicia a la naturaleza jurídica del juramento de lealtad, este debe interpretarse como lealtad absoluta al Führer⁵⁰. Es curioso que lo que ahora se puede interpretar como un obstáculo para identificar el carácter de derecho de las normas nazis para Schmitt —en cambio— sea una condición necesaria para concebirlas adecuadamente como derecho.

A partir de aquí comienzan en el libro los ejemplos nazis. Schmitt elogia las cláusulas generales en el derecho, que introducen conceptos indeterminados de todo tipo, así como criterios extralegales. Celebra que conceptos como “buena fe” y “decencia usual” no sean ya conceptos individualistas sino ligados a los intereses de toda la nación; con el cambio de significado el piensa que “todo el derecho cambia en la realidad sin que sea necesario cambiar una sola ley positiva”, y elogia incluso la introducción de los “hechos indefinidos de un caso” en el área del derecho penal. En los campos del derecho constitucional y administrativo enfatiza el principio de liderazgo, y afirma que conceptos tales como lealtad, disciplina y honor sólo

⁴⁸ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., pág. 54.

⁴⁹ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 54, 57, 60, 73 75-76 y 81.

⁵⁰ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 73, 78 y 83.

pueden entenderse en términos de un orden concreto⁵¹.

Al final del trabajo, llegan también directamente los elogios partidistas. Schmitt dice que solamente ha presentado una vista sumaria para que “se pueda reconocer el significado profundo y decisivo del nuevo concepto de juristas que el Nacional Socialismo ha introducido en Alemania”, imagen a la cual todos deberían prestar atención, puesto que ha reemplazado al positivismo. Estos, expresa Schmitt, son los conceptos en los que se basa la Liga Nacional Socialista de Juristas Alemanes, así como lo hace la parte del movimiento nazi que se ocupa del derecho alemán, nucleada en la Academia de Derecho Alemán. El líder, según Schmitt, era en este caso el Ministro de Justicia y presidente de la Academia, Hans Frank, el cual sostenía que la tarea de los juristas alemanes, la que se ajustaba al espíritu alemán, debía estar guiada “por las necesidades de la situación concreta”⁵².

Señalaba Schmitt que el cambio en el modo de pensar la teoría del derecho estaba ligado al cambio en la estructura del estado: ya no existía una separación entre el estado y la sociedad, sino un sistema tripartito de estado, movimiento y pueblo. (Esta es la única referencia importante a su teoría anterior) Lo decisivo es que el estado ya no tenía el monopolio de lo político, sino que era solamente un órgano del Führer del movimiento⁵³. Esta descripción de Schmitt es uno de los fundamentos de mi escepticismo sobre la existencia misma del derecho nazi.

Para dar cuenta de esta nueva situación, él sostenía la necesidad de la teoría del orden concreto, para mensurar las nuevas condiciones económicas e ideológicas, así como la nueva forma de la comunidad; esta, pensaba, es una etapa de transición a un nuevo tipo de pensamiento jurisprudencial⁵⁴. (La manera de describir las cosas por parte de Schmitt fuerza a repetir en un mismo párrafo cuatro veces la palabra “nuevo”, para permanecer fiel a su relato). Como puede verse, Schmitt no dota de ninguna precisión a la idea del orden concreto, salvo para destacar que tiene prioridad sobre las normas jurídicas, puesto que el derecho positivo, para ser real y vinculante, tiene que insertarse en el orden concreto vital, cuya función consistía en limitar, e incluso anular, la validez vinculante de la ley positiva. Ruthers entiende que en la concepción de Schmitt la idea que guiaba a cada orden concreto era el espíritu del nacional socialismo, transformando su ideario en derecho válido: era un modo de modificar el derecho vigente sin participación del legislador⁵⁵. Tal vez Schmitt fue más claro cuando escribió sobre derecho internacional. Allí el orden concreto expresa la unidad de la comunidad humana, basada en la decisión política fundamental de quién pertenece a ella, y en la cual la relación entre el orden en la

29

⁵¹ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 90-91 y 94.

⁵² SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 97 y 114.

⁵³ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., pág. 98.

⁵⁴ SCHMITT, *On the Three Types...*, cit., págs. 98-99.

⁵⁵ RUTHERS, cit., págs. 89-91, 94 y 99-101.

comunidad y la tierra que habita es considerada fundamental⁵⁶.

¿Cuál es el balance de este esfuerzo de Schmitt? Bendersky llama la atención sobre el rasgo central de la teoría de Schmitt: es contraria al individualismo. Históricamente, refleja la organización medieval, de acuerdo a grupos sociales, tales como campesinos, burgueses, clero y nobleza, que constituían los órdenes concretos en los cuales las personas vivían y trabajaban. Ellos eran juzgados responsables de acuerdo al orden concreto al que pertenecían, y las reglas derivaban de un orden preexistente. Las reglas, regulaciones y decisiones provenían de un modo de vida intrínseco a esos órdenes, y el derecho debía ser flexible para reflejar una cambiante realidad social. Schmitt quería destacar que había surgido un nuevo tipo de pensamiento jurídico, y apuntar a la dirección general a la cual se encaminaba, pero sin expresar su opinión acerca de los órdenes concretos, y sin aportar ejemplos relevantes contemporáneos, creando así una sensación de incompletitud y vaguedad general⁵⁷. Por otra parte, Schmitt no volvió a referirse al tema en su producción futura.

¿Había algo en el nazismo que recordara a las organizaciones medievales? Hay un ejemplo concreto, por lo menos: la ley que regulaba la herencia de las granjas, dictada el 29 de septiembre de 1933. Todas la granjas de una superficie mayor a 125 hectáreas se convertían en hereditarias, estaban exentas de la legislación civil sobre la herencia, y pasaban hereditariamente al hijo mayor, o pariente varón más cercano. Los hijos menores podían pedir recursos a la granja, pero debían prestar servicios en ella. Bien dice Loewenstein⁵⁸ que esto los convertía en una especie de siervos de la gleba, pero estos ejemplos no abundan, y si no abundan, no veo cómo podría describirse al derecho nazi en base a órdenes concretos.

Es posible que Schmitt intentara acotar los poderes del nazismo, y no es imposible —como sostuvieron sus perseguidores en el año 1936— que quisiera subordinar el régimen a la Iglesia Católica, pero como descripción del régimen nazi el libro no parece haber sido un éxito. Los nazis no pensaban —como Schmitt— en órdenes concretos, sino que pensaban —como Hans Frank— en situaciones concretas, y querían resolverlas a su antojo, no solamente respecto del contenido de la resolución sino respecto de la persona que la emitía. Tampoco estaban interesados en el papel del estado, sino que se concentraban en el papel del movimiento. Nuevamente, advierto, esto es lo que dificulta considerarlas como derecho.

Queda por examinar un último intento relevante de Schmitt para retratar al régimen nazi, y a eso voy ahora. También en 1934, Schmitt publica en un órgano nazi

⁵⁶ Cfr. MARTII KOSKENNIEMI, "Carl Schmitt and International Law", en Meierhenrich y Simons, cit., pág. 603.

⁵⁷ JOSEPH BENDERSKY, "Introduction: The Three Types of Juristic Thought in German Historical and Intellectual Context", en *On the Three Types...*, cit., págs. 20, 23 y 30.

⁵⁸ LOWENSTEIN, cit., pág. 799.

su trabajo “Pensamiento Jurídico Nacional Socialista”, concomitante entonces con *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*. En este artículo hay dos partes perfectamente diferenciables: la tesis que ataca y la tesis que defiende.

La tesis que ataca, sin duda, es la aplicación del derecho romano en Alemania, y en esto Schmitt es fiel a la plataforma del Partido Nazi. El 24 de febrero de 1920, en Múnich, los nazis emitieron un programa de 25 puntos, cuyo punto 19 decía: “Exigimos que el Derecho Romano, que sirve al orden mundial materialista, sea reemplazado por un sistema jurídico para toda Alemania”. En esa línea se inscribe aquí el pensamiento de Schmitt.

El derecho romano —dice— se convierte en un sinsentido, en algo escandaloso, en la cosa más peligrosa del mundo, una vez que se lo separa de una realidad concreta y se lleva al orden del pueblo, una vez que la abstracción de sus máximas se convierten en la única sabiduría puramente jurídica y académica. No es un capricho histórico-jurídico contra el que estamos luchando cuando luchamos contra el derecho romano, agrega: luchamos contra un método de pensamiento que todavía rige en las universidades y en la práctica de los juristas, contra un método de pensamiento que es extraño a nosotros, contra un modo de pensar de los juristas que es extraño a nosotros⁵⁹.

Pero recordemos que estamos en la Alemania nazi, y que el que está escribiendo es Carl Schmitt. El ataque al derecho romano se complementa, como era de esperar, con un ataque a los judíos. El punto de vista que él combate, recuerda

*fue alentado en el siglo XIX por el hecho de que el influjo del pueblo judío condujo este desarrollo todavía más en la dirección de un modo normativista de pensar el derecho... Este extranjero no pertenece a la realidad del pueblo, a la realidad en la cual vive*⁶⁰.

Ya sabemos a quienes ataca Schmitt, entonces: al derecho romano y a los judíos. ¿Y cuál es la tesis que defiende? En este caso, es similar a la que expone en *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*: la tesis del orden concreto. Pasamos, dice Schmitt, de un tipo de normativismo abstracto a un tipo de pensamiento de orden concreto. En todas partes, agrega, el Nacional Socialismo crea un tipo diferente de orden, empezando por el Partido hasta los numerosos nuevos órdenes: los corporativos, los de las fábricas y sindicatos, órdenes del tipo más diferente. Y él piensa que todos estos órdenes llevan con ellos su propia justicia interna, y cuando una buena porción de los juristas alemanes no lo entiende, no les haría bien refugiarse en el normativismo o en el positivismo. El nuevo orden, enuncia Schmitt, no es un andamio extraño y artificial, carente de sentido y de conexión con la situación: es

⁵⁹ CARL SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 135-136.

⁶⁰ SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 135.

una expresión viva de la realidad presente⁶¹. Reconozco que en este caso Schmitt menciona más ejemplos que en el libro, pero no logra probar que las normas del sistema alemán funcionaran de la manera que él pretendía que lo hacían.

Esta idea no la limita a Alemania, sino que sostiene que alcanza a todos los buenos pueblos del mundo, y a todos los buenos intelectos: todos los pueblos buscan regresar a su suelo, y liberarse de la superestructura artificial de las ideas generales. El esfuerzo del Nacional Socialismo por la justicia y por la academia jurídica alemana, se entusiasma Schmitt, lidera este magnífico proceso de renovación que concierne al mundo entero. Y concluye con la misma grandilocuencia: “¡estamos del lado del futuro!”⁶².

Poco, muy poco, como se ve. La idea difiere algo de la expuesta en *Tres Tipos de Pensamiento Jurídico*, porque en éste los ejemplos de órdenes concretos eran tradicionales, arrancando en la edad media y concluyendo en la familia, mientras que aquí el nuevo orden nazi parece haber engendrado también nuevos órdenes. Tengo la impresión de que, incluso en 1934, estas ideas no convencían a nadie que no fuera nazi. Pero la pregunta interesante es esta: ¿convencían a los nazis, por lo menos?

IX. Schmitt polemiza con los juristas nazis

32

No, no los convencía. Simplemente, porque Schmitt describía al derecho que él quería que los nazis tuvieran, no al derecho que los nazis tenían, y querían tener. Por una parte, había una desconfianza generalizada respecto de Schmitt por parte de aquellos juristas que habían sido activistas nazis antes de la llegada de Hitler al poder, lo cual no era obviamente el caso de Schmitt, notorio opositor al nazismo por lo menos hasta 1932, y afiliado recién en mayo de 1933, cuando ya Hitler era canciller. Por otra parte, Schmitt insistía en retener un papel para el estado, tal vez el papel preponderante, mientras que los juristas nazis querían un estado subordinado al movimiento, y asignaban más valor a sus ideales revolucionarios que al diseño estatal; esto explica, aunque sólo en parte, la polémica de Schmitt con Koellreutter, como veremos. Y Schmitt era un constitucionalista, mientras algunos nazis eran renuentes a todo intento constitucional, o favorecían intentos oscuros. Schmitt se dio cuenta de sus propias carencias, y en 1936 comenzó a abogar por la preponderancia del principio racial y por la prioridad del partido, y a sostener que el estado era solo un medio para realizar la ideología nacional socialista⁶³, al par de exacerbar su antisemitismo. Entonces aparecen frases tales como “sería totalmente irresponsable citar a un autor judío como experto, o como una suerte

⁶¹ SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 136.

⁶² SCHMITT, “National Socialist Legal Thought”, cit., pág. 137.

⁶³ RUTHERS, cit., pág. 153.

de autoridad en cualquier campo”, porque “el judío no tiene nada que decirnos a nosotros”, ya que “el judío es un parásito, táctico y mercantil”⁶⁴, pero ya era tarde.

Entre los juristas nazis rivales de Schmitt, Freisler, por ejemplo, abogaba por un estado antiformalista, basado en una concepción biológica del pueblo entendido como una entidad orgánica, natural e inmediatamente dada, sin especificar muy claramente —sin embargo— en qué consistía esta idea. Pero no era la idea de Schmitt, por cierto, ya que Freisler criticaba el término “estado total” como inadecuado para el nazismo, puesto que “tendía a elevar al estado a un fin en sí mismo”⁶⁵. Nuevamente, este es el rasgo que dificulta considerar a las normas nazis como derecho.

El principal rival de Schmitt, sin embargo, era Otto Koellreutter, quien creía —como Schmitt— en los principios básicos de nazismo: el principio del Führer y el de la unidad de la raza del pueblo alemán. La comunidad, para Koellreutter, se definía en términos del pueblo, y el pueblo formaba la base para la existencia del estado. La comunidad existía antes que el Führer, pero —a su vez— el Führer creaba a la comunidad al hacerla consciente de sus necesidades raciales. La autoridad era el resultado del liderazgo consciente de su responsabilidad, y de la disciplina de quienes estaban por debajo: era, como se ve, el resultado de unas cualidades que provenían de la mentalidad del soldado⁶⁶.

Koellreutter creía en el estado de derecho, pero también creía que la situación política concreta podía sobrepasar el valor de la seguridad jurídica en casos de emergencia. Si bien el valor primario del derecho consistía en asegurar nuestro orden de vida, el estado de emergencia se convertía en algo normal, conformando la seguridad jurídica nacional. Koellreutter creía, entonces, en el “estado dual”, y criticaba la teoría de Schmitt sobre el poder del estado, la que encontraba empantanada en el liberalismo, con el poder opuesto al individuo y donde la política distinguía entre amigo y enemigo, en lugar de reflejar la integración en una comunidad nacional. Para terminar de diferenciarse de Schmitt, Koellreutter dejó de hablar de “estado nacional de derecho” y pasó a hablar de “estado nacional-socialista de derecho”, en el cual el derecho ya no protegía la posición jurídica aislada de un individuo⁶⁷. Pero se negaba a reemplazar al estado por la comunidad, e insistía en que destruir la idea liberal francesa del estado no implicaba destruir la idea misma del estado⁶⁸.

33

⁶⁴ Cfr. CARL SCHMITT, “German Jurisprudence and the Struggle against the Jewish Spirit”, en Rabinbach y Gilman, cit., págs. 216-217.

⁶⁵ PETER CALDWELL, “National Socialism and Constitutional Law”, *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994, págs. 405 y 424.

⁶⁶ CALDWELL, cit., pág. 409.

⁶⁷ CALDWELL, cit., págs. 412-414, 418 y 425.

⁶⁸ RONALD CAR, “Community of Neighbours vs Society of Merchants: The Genesis of Reinhard Höhn’s Nazi State Theory”, *Politics, Religion & Ideology*, vol. 16, n° 1, 2°14, pág. 8.

Koellreutter no logró convencer a los nazis, es cierto, pero el destino de Schmitt fue todavía peor: no solamente no los convenció sino que fue atacado por ellos. El 3 y el 10 de diciembre de 1936 el órgano oficial de las SS publicó artículos en contra de Schmitt, acusándolo de católico, antinazi y oportunista, y el 18 de diciembre de ese año Reinhard Höhn envió una carta al líder de los estudiantes diciendo que Schmitt “no era más tolerable”. Todo esto lo condujo a perder sus posiciones oficiales, menos su cargo docente. Schmitt quería describir al nazismo como derecho, pero los nazis rechazaban airadamente la versión de Schmitt.

Como ocurre en todo extremismo, la posición que triunfó en la polémica fue una tercera, la cual era —obviamente— la posición más extrema: su autor era precisamente Höhn. A diferencia de Schmitt, caído en desgracia en 1936, aquí tenemos a un hombre exitoso con los nazis, promovido en los rangos de la SS y condecorado con la cruz al mérito en 1942, que sabía interpretar los deseos y las intenciones de los nazis. Fiero opositor a Schmitt, salvo en sus comienzos, Höhn objetaba también la posición de Koellreutter porque ésta seguía presuponiendo la separación entre el estado y el pueblo, separación que consideraba impensable en el régimen nazi. En una unidad de un regimiento, decía, no hay un problema de ajuste de los individuos frente a la sociedad, o de la seguridad jurídica del individuo frente a la sociedad. Cada uno es un miembro de la comunidad y es portador del espíritu de la comunidad⁶⁹. Una vez que se aceptan como principios básicos de la idea global de la vida del estado a la comunidad y al liderazgo, decía Höhn, el estado como persona jurídica pierde su significado⁷⁰.

Höhn se concentraba únicamente en dos cosas, y estas eran la comunidad racial y el Führer; los académicos del derecho tenían el deber de explicar a qué equivalía esta comunidad unificada. Para ello, sugería, había que abandonar todas las viejas categorías: soberanía, derechos públicos subjetivos, persona jurídica y comunidad jurídica. La teoría constitucional nazi debía rechazar completamente la tradición de la investigación constitucional, repensándola desde la base del principio del Führer y de la igualdad racial; la teoría constitucional vigente hasta la época, había concluido⁷¹. Él no rechazaba la teoría de Schmitt de los órdenes concretos, pero abogaba por sustituir la soberanía del estado por la relación entre el líder y sus seguidores, lo cual requería un derecho basado en un “lazo espiritual”, en lugar de basado en procedimientos formales. Creía también que para ser miembro de una comunidad de derecho uno debía ser miembro de la comunidad del pueblo, de modo que el derecho no protegía a los excluidos de esa comunidad, lo cual —desde

⁶⁹ CALDWELL, cit., pág. 426.

⁷⁰ CAR, cit., pág. 18.

⁷¹ CALDWELL, cit., pág. 427.

luego— reflejaba las preferencias y aspiraciones de los nazis⁷².

Reflexionemos un momento acerca del alcance de la propuesta de Höhn. Su idea acerca del estado prescindible implicaba eliminar la totalidad de los conceptos que manejaba el derecho constitucional, y hubiera tenido consecuencias similares en el ámbito del derecho privado. Tanto advertía Höhn estas consecuencias que proponía suspender por un año la enseñanza del derecho⁷³, puesto que ya no había nada para enseñar. Pero después del año, y esto es lo que Höhn se negaba a percibir, tampoco quedaba nada de derecho, sino un conjunto de caprichos coercitivos que provenían de distintas fuentes. Göering, en la cita que aparece en el epígrafe de este trabajo⁷⁴, comprendió bien el nulo papel del derecho bajo el nazismo. Höhn quiso adaptar el derecho constitucional al nazismo, pero no advirtió que en realidad estaba destruyendo el derecho constitucional.

Él rechazaba el interés por el concepto de estado y consideraba reaccionaria cualquier defensa basada en normas jurídicas: la persona jurídica del estado quedaba reemplazada por el concepto de “comunidad”. El pueblo y la comunidad tenían primacía respecto del concepto de estado, de donde no había lugar para normas jurídicas con poder de obligar, o para principios acordes con el estado de derecho. También en el derecho internacional Höhn quiso eliminar todos los elementos vinculados al estado⁷⁵. Me parece que cuando se examina el pensamiento de Höhn queda en claro que no era posible una descripción jurídica del régimen nazi.

35

Otro rival de Schmitt fue Helmut Nicolai, un nazi de la primera hora que trabajaba en las propias oficinas centrales del partido. Poco antes de la toma de poder por parte de los nazis, Nicolai intentó una explicación acerca de la teoría del derecho del movimiento, que él denominaba “teoría jurídica conforme a la ley de la raza”. El derecho debía ajustarse a la ley vital, en la cual el condicionamiento racial constituía el fundamento del derecho: esto implicaba la creación de un derecho para el pueblo alemán, cuyo contenido debía ser alemán y adecuado a la esencia alemana. El enemigo de esta cruzada era el derecho romano, causa de que el pensamiento judío hubiera sometido a su influencia la doctrina jurídica alemana, permitiendo que la judaización se apoderara de la vida cultural y jurídica. Para Nicolai, por ejemplo, un matrimonio sólo podía ser tal si los cónyuges eran de una misma sangre, o raza, pues esto era lo que exigía la conservación de la clase. Las limitaciones matrimoniales evitaban un cruzamiento que importaría el aniquilamiento de la valiosa masa hereditaria del pueblo. El derecho sólo podía ser impuesto por los arios, únicos autorizados a desempeñar la función de jueces,

⁷² CAR, cit., págs. 19-20.

⁷³ CALDWELL, cit., pág. 427.

⁷⁴ Que aparece en RUTHERS, cit., pág. 131.

⁷⁵ INGO J. HUECK, “Spheres of Influence and Volkisch Legal Thought: Reinard Höhn’s Notion of Europe”, en Jeorges y Ghaleigh, cit., págs. 76 y 82.

legisladores o conductores de la comunidad. También el derecho penal estaba enraizado con la idea básica de la raza, de modo que cuando alguien demostraba con sus hechos ser un degenerado, era separado de la comunidad de valores de la ley vital de la raza, ya que si un pueblo mantenía económicamente a los insanos y los disminuidos físicos y mentales, al par de proteger al criminal, sería cada vez más deficiente y peor: un derecho penal es menos útil cuanto menor sea su acción exterminadora de criminales infames⁷⁶.

Un fanático, ¿verdad? No en la cantidad suficiente, sin embargo. Como escribía antes de que los nazis gobernaran, Nicolai hacía prospectiva jurídica, y explicaba lo que él creía que los nazis iban a hacer cuando gobernaran, pero no acertó en todas sus predicciones. Entendió bien que el “el nacional socialismo no es sólo un partido, sino que es más, muchísimo más que eso, pues se trata de un movimiento”, pero insistió demasiado con la idea del derecho. Así, habló de la tradición alemana según la cual el derecho es simplemente lo correcto, que se generaba en un mundo de sentimientos de la misma naturaleza, que conservaba la conciencia jurídica y servía para la conservación de la vida de una categoría, que era lo más sagrado que un pueblo posee, expresión y vida de una idea ética⁷⁷. Demasiado papel para el derecho, pensaron los nazis una vez que llegaron al poder, y privaron pronto de su influencia a Nicolai.

36

Para reforzar mi explicación acerca de la posición de los nazis, quiero aclarar que no tengo problema alguno en considerar al fascismo como derecho. Desde ya —como liberal que soy— su contenido me parece aborrecible, pero —como positivista que soy— no hago depender el carácter de derecho de su contenido, y a forma del derecho fascista respetaba por lo general las exigencias de Fuller. Pero lo más importante, y lo que deseo destacar aquí, son las diferencias de contexto entre el nazismo y el fascismo. En el nazismo, como vimos, el movimiento desplazaba al estado, lo que no ocurría en el fascismo. En este último, el partido era principalmente un instrumento de propaganda para el régimen, y muchos de sus integrantes revistaban en el estado. Precisamente, lo que le importaba al fascismo era el estado, como lo muestra la conocida frase de Mussolini en el discurso pronunciado en La Scala de Milán en el año 1925: “Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”, quien ya en su discurso ante el Senado del 24 de junio de 1934 había afirmado: “¡Dejemos que el estado de derecho se afirme aún más!”. El fascismo creía en el estado total, y en el estado total no hay inconveniente alguno para identificar al derecho. Por supuesto que no estoy defendiendo la terrible dictadura fascista, demostrada ampliamente en los hechos. Sólo digo que el lenguaje

⁷⁶ HELMUT NICOLAI, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas*, Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2020, págs. 17-18, 20, 23, 28, 30, 33, 42, 50, 66 y 69.

⁷⁷ NICOLAI, cit., págs. 20, 24, 48, 51 y 79.

y la organización de los fascistas permitía identificar a sus normas como derecho, y esta conclusión se aplica tanto al fascismo temprano cuanto al fascismo posterior a 1933. El nazismo era otra cosa, puesto que creía en el movimiento total, y allí no se puede identificar al derecho: su base no estaba en el estado, sino en la unidad racial y biológica del pueblo⁷⁸. Los caprichos justificados por la identidad racial, que incluían actos del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial, tampoco se pueden reconstruir como derecho. Schmitt y Koellreutter eran juristas, y trataron de seguir pensando en términos jurídicos, pero el resultado fue un fracaso. El nazismo pensaba en otros términos, pensaba como lo hacían Frank, Rosenberg, Höhn, y —en alguna medida— Nicolai entre otros, y allí no hay lugar para el derecho. E incluso un fanático como Frank cometió sus errores: en agosto de 1942 Hitler lo privó de alguno de sus cargos, luego de que Frank pronunció una serie de conferencias en universidades alemanas, mostrando preocupación por el estado de derecho en el Tercer Reich, mientras Nicolai —como anticipé— fue perseguido desde 1936⁷⁹.

En realidad, la carrera de Schmitt es paradójica. Él siempre tuvo con la Constitución de Weimar una relación ambigua, que osciló entre la sospecha, la indiferencia y la hostilidad, y —sin embargo— las mejores producciones de su tarea las desarrolló comentando esa Constitución. La gran teoría decisionista (*Political Theory*, 1922), el fino análisis del poder constituyente (*Constitutional Theory*, 1928), y el sutil examen del dictador supremo y el dictador soberano (*Dictatorship*, 1921), son todos estudios de la época de Weimar. Para encontrar otras obras de calidad hay que remontarse al período previo a Weimar (*Statute and Judgement*, 1912, y *The Value of the State and the Significance of the Individual*, 1914), mientras que sus libros del período nazi son trabajos para el olvido (recordemos solo a *State, Movement and Folk*, para no insistir con la defensa de Hitler en relación a la masacre de los SA), que no convencieron a los nazis, destinatarios de ellos, porque su propio autor no estaba convencido de sus tesis. La fama de Schmitt se generó entre 1912 y 1933, y se empañó sin duda a partir de ese año.

37

X. Balance

La polémica que mencioné al comienzo de este trabajo nació mal encarada. Hart quería separar al derecho de la moral, como todo positivista, y Fuller exigía que el derecho tuviera un cierto contenido moral, pero no de la manera que requerían los iusnaturalistas: él pretendía que se respetaran ciertas consideraciones básicamente eficientistas. Cuando surge el ejemplo del derecho nazi, las dificultades de la polémica Hart-Fuller se hacen evidentes: Hart piensa que es derecho, porque el

⁷⁸ RUTHERS, cit., pág. 103.

⁷⁹ PHILLIPPE SANDS, *The Ratline*, London, Weidenfeld and Nicolson, 2020, pág. 94.

contenido inmoral de ese derecho no afecta su clasificación, y Fuller queda reducido en su posición al caso, no muy frecuente, de las leyes retroactivas nazis, porque la mayoría de las normas nacional socialistas cumplen con los otros recaudos de Fuller. (Aunque enseguida veremos que el conjunto de normas nazis no alcanza a satisfacerlos, lo que contribuye a mi tesis de que no había derecho en el nazismo: Fuller solo no es suficiente, pero la idea de Fuller ayuda).

Si Hart hubiera polemizado directamente con Radbruch, entonces la discusión hubiera sido la clásica entre positivistas y iusnaturalistas, la discusión acerca del contenido de las normas. Yo hubiera estado de acuerdo con Hart, y si esto hubiera sido todo, no tendría problema alguno en decir que existió un derecho nazi. Pero esto no era todo.

El nazismo se caracterizó por una suma de grandes confusiones. El estado se confundía con el movimiento, y el segundo era superior al primero. El contenido explícito de las normas se confundía con la voluntad del Führer, y la segunda primaba sobre el primero. Las decisiones de los tribunales de justicia se confundían con las decisiones de los funcionarios públicos, y las segundas eran superiores a las primeras. Las leyes y los decretos se confundían con la plataforma del movimiento nazi, y la segunda era superior a las primeras. Veamos, por ejemplo, la descripción que proporciona Sands del ejercicio del poder en Galizia por parte de los nazis: “El Gobierno General estaba dividido en dos partes: una era conducida por Hans Frank, el gobierno civil; la otra por el gobierno de la SS, bajo el control de Heinrich Himmler y sus secuaces. Dos gobiernos paralelos, con responsabilidades separadas”⁸⁰. Los nazis perseguían, sin duda, el ejercicio ilimitado del poder, lo que explica su falta de interés, e incluso su desconfianza, en el derecho. Todos los guardianes del derecho debían adherir a la ideología nazi, y lo que restaba del estado quedaba liberado de toda atadura frente a sus ciudadanos, mientras el programa del movimiento era elevado a la categoría de programa jurídico⁸¹. Y la desorganización era el rasgo central de la administración nazi, bien descrita por Stolleis:

*Como ya no había ninguna discusión parlamentaria de la nueva legislación, y puesto que las nuevas leyes eran sancionadas por los ministerios, todo el control estaba ahora en las manos de la burocracia ministerial, la que frecuentemente encontraba frustrados sus propios fines por las órdenes provenientes de los distintos centros de poder del Partido Nacional Socialista. La nueva legislación tomó de sorpresa al público y al mundo académico por igual*⁸².

⁸⁰ SANDS, cit., pág. 39.

⁸¹ RUTHERS, cit., págs. 70, 74 y 79.

⁸² MICHAEL STOLLEIS, “Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence After 1933 and Post 1945”, en Jorges y Ghaleigh, cit., pág. 11.

Fue Fraenkel quien entendió con claridad el carácter caótico del nazismo, con un poder absoluto ejercido por su líder, donde la jurisdicción de los funcionarios del partido y del gobierno era flexible, al no estar sujeta a regulaciones generales, con órdenes inaccesibles para la ciudadanía y que podían ser cambiadas en cualquier momento⁸³. Dijo que no había regulación jurídica de los organismos oficiales, que

*la esfera política en el Tercer Reich no es gobernada ni por el derecho objetivo ni por el subjetivo, ni por garantías legales ni por cualificaciones jurisdiccionales. No hay reglas jurídicas que gobiernen la esfera política. Ella está regulada por medidas arbitrarias, en las cuales los funcionarios dominantes ejercen sus prerrogativas discrecionales*⁸⁴.

Fraenkel, de todos modos, pensaba que el Tercer Reich estaba compuesto por dos estados, uno que regía las cuestiones políticas, junto con el sistema de gobierno, y el otro compuesto por un cuerpo administrativo que intentaba preservar el orden jurídico: al primero lo denominaba el Estado de las Prerrogativas y al segundo el Estado Normativo, constituyendo ambos lo que él llamaba el “estado dual”. Si esto fuera correcto, el nazismo hubiera tenido un derecho, al menos en ciertas áreas, aquellas áreas que correspondían al Estado Normativo, pero la situación, incluso en la descripción del propio Fraenkel, es más compleja, porque el llamado Estado Normativo era por completo dependiente del Estado de las Prerrogativas, incluso respecto de los límites de sus funciones. El Estado de las Prerrogativas se rehusaba a aceptar límites jurídicos, y todo el sistema jurídico se había convertido en un instrumento de las autoridades políticas: allí donde el Estado de las Prerrogativas requería el tratamiento político de cuestiones privadas, el derecho quedaba suspendido. El poder de policía quedaba exento de toda restricción legal⁸⁵.

Acepta el propio Fraenkel que la jurisdicción del Estado de las Prerrogativas no estaba jurídicamente definida, y que la existencia misma del Estado Normativo no dependía del derecho, sino de las ideas Nacional Socialistas que penetraban completamente al estado, de donde no existía ningún tema en el cual el Estado de las Prerrogativas no pudiera reclamar jurisdicción⁸⁶. Pero si esta era la situación existente, entonces el supuesto Estado Normativo se encontraba totalmente controlado por el Estado de las Prerrogativas, sin facultades para oponerse a este último y sin límites precisos para invocar en su favor. ¿Qué sentido tiene, entonces, hablar de un “estado dual”, con uno de sus dos miembros a completa merced del otro? ¿Y qué sentido tiene denominar “estado” al llamado Estado de las Prerrogativas, si no es más que un conjunto de caprichos revestido de las formas

⁸³ FRAENKEL, cit., págs. 6-7.

⁸⁴ FRAENKEL, cit., pág. 3.

⁸⁵ FRAENKEL, cit., págs. xiii, 43, 58 y 62.

⁸⁶ FRAENKEL, cit., págs. 57 y 71.

de la plataforma nazi? Fraenkel no está describiendo dos estados, en realidad, sino la ausencia de estado.

Neumann comparó con acierto al nazismo con la descripción hobbesiana de la Inglaterra del Parlamento Largo: un no-estado, una situación caracterizada por la completa ausencia de derecho⁸⁷.

Ya he dicho que si hubiera habido un estado total, como en el caso del fascismo, la situación hubiera sido más clara, pero había un movimiento total, no un estado total. Un estado que muchas veces ignoraba sus propias normas: cuando venció el plazo de vigencia de la ley del 24 de marzo de 1933 que autorizaba al Poder Ejecutivo a dictar leyes, lo cual ocurrió el 1 de abril de 1937, el Parlamento la prorrogó por otros cuatro años, luego de lo cual Hitler ni se molestó en mencionarla... y siguió dictando leyes. Ya el 1 de agosto de agosto de 1934, al morir Hindenburg, había unificado los cargos de canciller y presidente. En el fascismo había derecho, y en el apartheid había derecho, pese a sus contenidos inmorales, pero el nazismo es un caso único en este aspecto.

La prioridad del movimiento sobre el estado se muestra en un hecho simbólico cuya importancia no puede ignorarse: la bandera. Hitler diseñó la bandera del partido nazi en 1920, y tomó especial cuidado al hacerlo. Como socialistas nacionales, dijo en *Mi Lucha*, “vemos en nuestra bandera nuestro programa. En el rojo, la idea social del movimiento; en el blanco la idea nacionalista, y en la svástica la misión de luchar por la victoria del hombre ario y al mismo tiempo, por el triunfo de la idea del trabajo productivo, idea que es y será siempre antisemita”. La bandera se identificaba entonces con la ideología del movimiento, y esa bandera fue el estandarte cooficial de Alemania, junto con la bandera del imperio, a partir del 14 de marzo de 1933, y el estandarte único del estado a partir del 15 de septiembre de 1935. La bandera alemana era la bandera del movimiento nazi. Por eso, quienes insisten en hablar del estado nazi debe recordar, como lo hace Lepsius, que

*Ese estado no era un objeto adecuado para ser tratado por la ciencia jurídica. Sólo podría ser capturado en términos ideológicos, políticos, filosóficos, espirituales o sicológicos, pero no empleando los recursos del derecho*⁸⁸.

Fuller presuponía la existencia de un estado, lo que no ocurría en el nazismo, y la existencia de órganos del estado con competencia claras y definidas, lo que tampoco ocurría en el nazismo. Con las presuposiciones de Fuller, su argumento no alcanza para negar a las normas nazis su carácter de derecho, pero sin ellas, al agregar los defectos que identifica Fuller, tales como la confusión en las normas y la existencia de normas secretas, mi tesis resulta robustecida Como dije: Fuller no basta, pero Fuller ayuda.

⁸⁷ NEUMANN, cit., pág. 459.

⁸⁸ LEPSIUS, cit., pág. 40.

Veamos algunas caracterizaciones usuales del derecho para compararlas con el Nacional Socialismo. Para no hacer el ridículo, ni siquiera se me ocurre sugerir que las normas del sistema nazi contribuían a hacer justicia, a dar a cada uno lo suyo, o algo semejante. Eran normas monstruosamente injustas, y no es necesario seguir discutiendo el tema. Si arrancamos con Kelsen, entonces, claramente no hay derecho en el sistema nazi: el estado es el derecho, y los nazis se jactaban de haber reemplazado al estado por el movimiento. Si el estado es el estado de derecho, dice Neumann, negamos que el derecho exista en la Alemania nazi. Es imposible, agregaba, detectar en la estructura del sistema político nacional socialista algún órgano que monopolice el poder político, puesto que el poder político descansa en el Líder, que no es un órgano del estado⁸⁹. Él describía la situación de este modo:

Me atrevo a sugerir que confrontamos a una forma de sociedad en la cual los grupos que gobiernan controlan directamente a la población, sin la mediación del aparato racional, aunque coercitivo, conocido hasta ahora como Estado⁹⁰.

Pero, ¿podrían no ser acaso las normas del movimiento el derecho nazi? Contesto con otra pregunta: pero ¿tenía acaso el movimiento el monopolio del uso legal de la fuerza, requisito que también caracteriza al derecho? No lo creo: los funcionarios del partido podían sancionar, los SS podían sancionar, los ministros podían sancionar, ¿pero también los jueces podían sancionar? Eran tantas las fuentes de sanción legal que no puede hablarse de monopolio del uso de la fuerza. No hay estado y no hay monopolio del uso de la fuerza. ¿Podrían las normas nazis equiparse tal vez a órdenes del soberano, respaldadas por amenazas, de acuerdo al criterio benthamita? Si los nazis hubieran aceptado equiparar a Hitler con un monarca absoluto, hubiéramos podido responder que sí, pero siempre se negaron a hacerlo y lo consideraron —de un modo oscuro— un líder que se identificaba con su pueblo y que era la razón de ser de éste. ¿Era realmente Hitler la única fuente de todas las sanciones durante el gobierno nazi? La respuesta a esta pregunta es importante, porque todas esas sanciones eran consideradas legales, y la respuesta no es clara.

Pero, ¿no constituían las normas nazis un motivo para realizar ciertas conductas, o abstenerse de ellas, y no es acaso el derecho una técnica de motivación de conductas? Lo es, por cierto, pero no toda técnica de motivación de conductas es derecho: un asaltante que me amenaza de muerte para obtener mi dinero motiva mi conducta, pero el asaltante no crea derecho; la religión motiva conductas, pero la religión no es derecho.

¿El derecho es lo que los jueces dicen que es, como sostienen los realistas jurídicos? No en el sistema nazi, por cierto, en el cual los jueces recibían órdenes

⁸⁹ NEUMANN, cit., pág. 467.

⁹⁰ NEUMANN, cit., pág. 470.

estrictas acerca del contenido de sus sentencias. Para que la teoría realista tenga sentido, los jueces deben disfrutar de una libertad de acción de la que carecían por completo en el nazismo.

Exploremos entonces otra salida: he dicho que no había un monopolio del castigo legal, ni un monopolio del dictado de normas consideradas legales. ¿No será este un caso de orden jurídico descentralizado, equiparable al derecho internacional? No, por supuesto: no se trata de que el nazismo careciera de órganos, es que tenía demasiados órganos. Desde luego que, como hemos visto, los juristas nazis proporcionaron definiciones del derecho que abarcaban al nazismo, pero no veo cómo podríamos tomarlas en serio. “El derecho es lo que el hombre ario declara que es derecho” ni siquiera puede presentarse como un candidato; la vaguedad unida a la descentralización parecen ser sus rasgos principales, y no puedo dignificarla convirtiéndola en motivo de discusión. “El derecho es lo que es expeditivo para el pueblo” implica que el derecho renunciaría a ser una técnica de motivación: cualquier cosa que alguien —no sabemos quién— considerara expeditiva para el pueblo —incluso retroactivamente y sin publicidad— tendría carácter de derecho. Vuelvo a recordar que los autores de estas dos definiciones, Rosenberg y Frank, fueron condenados a la horca en Nuremberg, aunque no ofrezco este dato como argumento *ad hominem*.

42

¿Y los juristas nazis que sobrevivieron a la guerra sin condenas? ¿No cuentan acaso como académicos del derecho? No fueron condenados, es cierto, pero en parte porque fracasaron en satisfacer las exigencias nazis. Schmitt hablaba de subordinar el estado al movimiento, pero por eso mismo hablaba de estado, y los nazis se disgustaban con el término. Koellreutter hablaba de estado nacional socialista de derecho, y aun así los nazis no lo aceptaban. Aceptaban a Höhn, sí, pero para Höhn sólo existían la comunidad racial y el Führer, no el derecho, tal como existía hasta ese momento. Por las dudas, ya hemos visto que Höhn —que estuvo prófugo al terminar la guerra— sugería suspender los estudios de derecho por un año, hasta que alguien tuviera tiempo de decir qué era eso que estaban construyendo.

Supongo que todavía se puede hacer un último intento: si el movimiento había reemplazado al estado, y las normas del movimiento —su plataforma política, por ejemplo— eran las normas supremas, entonces, ¿no puede decirse que las normas del movimiento constituían el derecho nazi? No lo creo. Los puntos de la plataforma nazi inicial eran moderadamente claros, pero a ellos se agregaban vagos principios nacional socialistas, que no eran especificados con ninguna precisión, a los que —a su vez— se agregaban doctrinas de los juristas nazis, no siempre coincidentes, a lo que —por último y por encima de todo— se agregaba la voluntad del Führer, que podía prescindir de todo lo anterior. Si alguien preguntaba cuál era el contenido de los principios nazis en un momento dado del Tercer Reich, no podía haber una respuesta unívoca a esa pregunta, puesto que no había ningún procedimiento unívoco para determinar el contenido de esos principios, los cuales

—a su vez— provenían de fuentes diversas.

Supongamos entonces que tengo razón, y que no se puede hablar del derecho nazi: el nazismo es un caso único y en ese régimen no había derecho. Todavía debo contestar dos preguntas, y sólo tengo respuesta para una de ellas: ¿qué propósito tiene la tesis que acabo de mostrar? ¿Para qué sirve haber llegado a la conclusión de que en el nazismo no había derecho? Para esto tengo una respuesta, y creo que es adecuada. El nazismo es un fenómeno sociológico, psicológico, moral y político, pero no jurídico. Hay que estudiarlo desde la sociología, la psicología, la filosofía moral y la filosofía política, pero no desde el punto del derecho. Yo estoy contribuyendo a que no perdamos el tiempo orientando mal nuestras investigaciones. Supongamos que alguien piense que se puede hablar del derecho nazi, contra lo que sostuve aquí: aun así yo quiero mostrarle que —en todo caso— no es útil hacerlo. El fenómeno de las normas nazis no se puede estudiar desde la perspectiva jurídica. El papel de Hitler dentro del sistema nazi recuerda la ley de Thelema, anticipada por Rabelais en el siglo XVI y formulada por Aleister Crowley en el XX: “Haz lo que quieras será toda la ley”. ¿Alguien describiría a esto como derecho?. Pretender el encuadre del nazismo dentro del derecho es un error categorial.

La segunda pregunta es esta: si el nazismo no tenía derecho, ¿qué eran sus normas? No lo sé, no tengo respuesta para esta pregunta, y este parecería ser un defecto serio: sé lo que no eran, y no eran derecho. Habría que inventar una palabra que resumiera los rasgos nazis que acabo de describir, aunque más no sea por motivos de eficiencia pero no se me ocurre ninguna adecuada, y no hay que buscarla en el ámbito del derecho. Eran rasgos que exhibían una patología sociológica, psicológica, moral y política, pero no encuentro una palabra que permita describirlos de un modo afirmativo y no negativo. Opto por utilizar la expresión “caos normativo”, a falta de otra mejor. Bernd Ruthers lo describió en el título de uno de sus libros como “derecho degenerado”⁹¹ y el intento tiene sus ventajas y sus desventajas. Por una parte, resalta de manera adecuada los vicios de la normativa nazi, con más énfasis que la expresión “derecho defectuoso”, que hubieran empleado en cambio Finnis y —en algunos casos— Radbruch. Pero por la otra, insiste en el uso de la palabra “derecho”, la que resulta inadecuado emplear —como ya hemos visto— para esa normativa, de donde lo que he intentado mostrar es más “ausencia de derecho” que “derecho degenerado”. Acepto otras sugerencias.

43

⁹¹ RUTHERS, cit.

XI. Referencias bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio, “A Jurist Confronting Himself”, en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016.

BALAKRISHNAN, Gopal, *The Enemy*, London, Verso, 2000.

BENDERSKY, Joseph, “Introduction: The Three Types of Juristic Thought in German Historical and Intellectual Context”, en *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004.

CALDWELL, Peter, “National Socialism and Constitutional Law”, *Cardozo Law Review*, vol. 16, 1994, págs. 399-427.

CAR, Ronald, “Community of Neighbours vs Society of Merchants: The Genesis of Reinhard Höhn’s Nazi State Theory”, *Politics, Religion & Ideology*, vol. 16, n° 1, 2014.

CHANNON, Henry, *The Diaries 1918-1938*, London, Hutchinson, 2021.

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

EVANS, Richard J., “Coercion and Consent in Nazi Germany”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 151, 2007, págs. 53-81.

FARRELL, Martín D, *Enseñando Ética*, Buenos Aires, UP, 2015.

FINNIS, John, “Reflections and Responses”, en John Keowon y Robert George (eds.), *Reason, Morality and the Law*, Oxford University Press, 2013.

FORSTHOFF, Ernst, “The Total State”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

FRAENKEL, Ernst, *The Dual State*, Clarck, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2010.

FRANK, Hans, “On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

FRASER, David, "Perceptions of German Law in Anglo-American Legal Scholarship, 1933-1940", en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law", *Harvard Law Review*, vol. 71.

_____, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, págs. 593-629.

_____, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HESS, Rudolf, "The Oath to Adolf Hitler", en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

HUECK, Ingo J., "Spheres of Influence and Volkisch Legal Thought: Reinard Höhn's Notion of Europe", en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

KADEN, Eric Hans, "The Peasant Inheritance Law in Germany", *Iowa Law Review*, vol. 20, 1935.

45

KANTOROWICZ, Herman, *The Definition of Law*, Cambridge University Press.

KELSEN, Hans, "Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?", *The International Law Quarterly*, vol. 1, n° 2, págs. 153-171.

KOSKENNIEMI, Martii, "Carl Schmitt and International Law", en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2016.

LA FOLLETTE, Charles M., "The Case Against Nazi Jurists", *University of Georgia Law*, 1948.

LEPSIUS, Oliver, "The Problem of Perceptions of National Socialist Law: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?", en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl, "Law in the Third Reich", *Yale Law Journal*, vol. 45,

págs. 779-815.

MARX, Fritz Morstein, “German Bureaucracy in Transition”, *The American Political Science Review*, vol. 28, n° 3, págs. 467-480.

MASON, Tim, “Intention and Explanation: A Current Controversy about the Interpretation of National Socialism”, en Herausgegeben von Hirschfeld y Lothar Kettner (eds.), *The “Führer State”: Myth and Reality*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1981.

NEUMANN, Franz, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Chicago, Ivan R. Dee, 2009.

NICOLAI, Helmut, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas*, Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2020.

RADBRUCH, Gustav, “Ley y derecho”, en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

_____, “Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, 2006, págs. 1-11.

46 ROSENBERG, Alfred, “The Total State?”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

RUTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

SANDS, Phillippe, *The Ratline*, London, Weidenfeld and Nicolson, 2020.

SCHMITT, Carl, “German Jurisprudence and the Struggle against the Jewish Spirit”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “National Socialist Legal Thought”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “State, Movement, Folk”, en Anson Rabinbach y Sander L. Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, “The Führer Protects the Law”, en Anson Rabinbach y Sander L.

Gilman (eds.), *The Third Reich Sourcebook*, Berkeley, University of California Press, 2013.

_____, *On the Three Types of Juristic Thought*, Praeger, Westport, Conn., 2004.

STOLLEIS, Michael, “Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence After 1933 and Post 1945”, en Christian Joerges y Navraj Singh Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

WEDDERBURN, Ernest A. M., “Criminal Law in the Third Reich”, *The Juridical Review*, vol. 48, n° 4, Diciembre 1936, págs. 373-382.