

Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

“Y este es también un rasgo que reproduce, en el microcosmos del Lager, el macrocosmos de la sociedad totalitaria: en ambos, por encima de la capacidad y del mérito, el poder se otorga generosamente a quien esté dispuesto a rendir homenaje a la autoridad jerárquica y de este modo consigue una promoción social que en cualquier otro caso no hubiera alcanzado nunca”.

(PRIMO LEVI, *Los hundidos y los salvados*)

PLANTEAMIENTO

Resultaría ocioso a estas alturas dedicar excesivas páginas a resaltar lo infame del nazismo, así como su condición de suceso histórico en buena medida incomprensible¹ y que socava la fe racionalista en el progreso moral y la ilustración política de los pueblos. Como tantas veces se ha dicho, la teoría moral y política, y hasta la filosofía jurídica o la teología, tienen uno de sus retos más desasosegantes en tratar de explicarse cómo fue posible Auschwitz. Permítaseme una nueva cita de ese testigo que fue Primo Levi:

1. Rottleuthner (1987, pp. 373-374) pone de manifiesto como la fase del nazismo es esencial también a la hora de calibrar las teorías de la evolución del derecho, y más aún de las que conciben dicha evolución como progreso, y que por tanto habrán de explicar el por qué de ese capítulo de barbarie en una historia que suele presentarse como desarrollo lineal. Como subraya el mismo autor, es curioso que en ninguna de las teorías recientes de la evolución jurídica (Luhmann, Nonet/Selznick, Teubner, Habermas) se menciona el período nazi, con la excepción de una breve alusión en Unger.

Esa actitud coincide con al interés de la propia doctrina alemana de postguerra por presentar el nazismo como ruptura anormal, como "catástrofe" imprevisible que supone una excepción científicamente inexplicable en el curso normal del acontecer histórico. Sobre esa "teoría de la catástrofe" y su funcionalidad exculpatoria: HATTENHAUER 1984, p. 281.

“Hoy pienso que, sólo por el hecho de haber existido un Auschwitz, nadie debería hablar en nuestros días de Providencia” (*Si esto es un hombre*).

Pero aquí no trato de reflejar los caracteres políticos de tal régimen, ni los datos históricos de su origen y funcionamiento. Y tampoco se trata de reflexionar sobre la problemática moral y política que plantea. Del mismo modo, no se pretende hacer historia del derecho nacionalsocialista ni describir los pormenores de aquel ordenamiento². Lo que aquí interesa, desde una estricta perspectiva iusfilosófica y de teoría general del derecho, es examinar algunos de los problemas capitales que el ordenamiento y la doctrina jurídica nacionalsocialistas han planteado a la filosofía jurídica.

Si toda doctrina, hasta la más abstracta, necesita el cotejo con los hechos y la praxis, la filosofía y teoría del derecho tienen en los datos de la época de referencia uno de sus mejores campos de contrastación. El nazismo supone un auténtico *experimentum crucis* para esas disciplinas. Y hasta la tranquilidad moral de sus cultivadores se puede ver agitada por esa reflexión, si nos paramos a contemplar la actuación de los filósofos del derecho bajo aquel régimen. Las palabras de Tammelo expresan el problema en toda su crudeza: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho -continúa- ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica” (citado en KAUFMANN 1984, p. 195).

Durante décadas apenas aparecieron en la literatura jurídica alemana referencias al derecho nazi, y menos aún estudios críticos. Desde 1945 hasta los años sesenta predominan los intentos de sustraerse al pasado, la *Vergangenheitsbewältigung*, bien por la vía del silencio, bien mediante la manipulación justificatoria. En este segundo caso, entre los juristas, la estrategia, reflejada en estudios como los de Schorn o Weinkauff, consistió en culpar a la dirección política y exonerar a los juristas, argumentando la total sujeción de éstos, la indigencia teórica y moral en que los había sumido el positivismo bajo el que se habrían formado y hasta una insospechada propensión a la resistencia que, sin embargo, los datos históricos en modo

2. MAJER (1987) estructura los rasgos principales del ordenamiento jurídico nacionalsocialista a partir de tres ideas básicas: el *Führerprinzip*, el derecho especial o *Sonderrecht*, de base racista, y el partido único como monopolio ideológico y de poder. Por su parte ANDERBRÜGGE (1978), selecciona las notas del *Führerprinzip*, comunidad popular y teoría racial.

alguno acreditan³. Entre los factores determinantes de ese ocultamiento del pasado se suele mencionar la continuidad del personal académico, judicial y administrativo del nazismo bajo el régimen siguiente de la *Bundesrepublik*⁴.

Es en los años sesenta cuando los estudiantes alemanes empiezan a interesarse por el tema y cuando comienza, por parte del sector más crítico de la ciencia jurídica y política alemana, la recuperación del pensamiento sobre el nazismo, principalmente a través de la recepción de los teóricos del exilio: Ernst Fraenkel, Franz Neumann, así como Otto Kirchheimer. El primer acto universitario sobre el tema tiene lugar en 1968 en Giessen, con una *Ringvorlesung* sobre el papel del derecho en el nazismo. Y ese mismo año ve la luz la primera edición de una obra determinante sobre la cuestión, como es *Die unbegrenzte Auslegung*, de Bernd Rüthers.

Pero en los primeros años a partir de los sesenta se habla principalmente de teorías del fascismo. Se trata ante todo de explicar el sistema nazi en su conjunto y con atención preferente al orden político y, en su caso, compararlo con los totalitarismos de derechas acaecidos en otros lugares⁵. Es en una segunda etapa, que se podría datar a partir de fines de los años setenta,

3. En relación con tales estrategias, MAUS 1989, pp. 80-81. Sólo un 1% de los jueces sufrieron bajo el nazismo alguna medida disciplinaria por falta de lealtad política (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 384 ss). Además, los pocos casos más patentes de resistencia judicial tuvieron, sorprendentemente, una sanción escasamente grave (MÜLLER 1989, pp. 197 ss).

4. Majer (1987, p. 26) señala cómo esa continuidad explica la presencia tras 1945 de ciertos hábitos mentales y ciertos comportamientos: el pensar en términos amigo-enemigo, un uso del lenguaje más dado al encasillamiento ideológico que a la ponderación del dato objetivo, el alejamiento de temas incómodos, etc. El mismo autor ejemplifica dicha continuidad académica, en cuanto a la teoría jurídica, con diecinueve nombres especialmente notorios: Forsthoff, Hamel, Maunz, Scheuner, Koellreuter, Huber, W. Weber, Wieacker, Hueck, Nipperdey, Palandt, Schaffstein, W. Merkl, H. Gerber, Ipsen, Herrfandrt, Berber, Schwinge, Larenz. A la lista podrían añadirse otros nombres familiares a los iusfilósofos, como Sauer, Erik Wolff, Emge, Henkel, etc. El mismo fenómeno de pervivencia académica es resaltado por Wesel como obstáculo al estudio del papel de los juristas y el derecho en tal época (WESEL 1983, p. 134). En el mismo factor insiste también Rüthers, quien entiende que más penosa aun que la actitud de aquellos profesores que ocultan su pasado, es la de aquellos de sus discípulos que tratan de preservar de ellos una memoria inmaculada, pues "ven en el análisis histórico de la ciencia jurídica bajo el nazismo un ataque personal a sus estimados maestros" (RÜTHERS 1987, pp. 25-26).

Sobre la continuidad personal en la judicatura son sumamente relevantes los casos que ofrece KRAMER 1983. Sobre el fenómeno general, en distintos ámbitos, pueden verse los estudios recogidos en el volumen *Restauration im Recht*.

5. Sobre estas teorías del fascismo, escesivamente abstractas y que no trascienden de los círculos académicos: SIMON, 1985, p. 102; KRIELE, 1983, pp. 210-211.

cuando proliferan los estudios que atienden específicamente a la teoría y la práctica jurídicas bajo el nazismo, a su papel para el régimen, a su valoración moral y política y a la continuidad o separación tanto respecto de Weimar como de la *Bundesrepublik*.

Este trabajo no pretende ser una investigación de primera mano sobre textos de aquel tiempo, ni un reflejo exhaustivo de la extensa bibliografía actual sobre la época. Se trata de recoger el estado de la cuestión en lo que afecta principalmente a dos polémicas iusfilosóficas: el papel del positivismo y la validez o invalidez jurídica del derecho nacionalsocialista.

LA POLÉMICA SOBRE EL POSITIVISMO

Hablar de la relación entre derecho y nazismo ha venido significando ante todo, y ya desde 1945, referirse a la interrelación entre el positivismo y la práctica jurídica de aquel régimen. Hay toda una tradición de imputación al positivismo de la responsabilidad por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a las aberraciones acaecidas bajo forma legal. Ese fue uno de los principales argumentos para el renacer iusnaturalista de postguerra. El testimonio que continuamente se citaba eran los manidos textos de Radbruch, y su supuesta conversión de un iuspositivismo relativista al iusnaturalismo. En 1932 Radbruch había dicho aquello de que “despreciamos a los sacerdotes que predicán contra sus convicciones, pero ensalzamos al juez que, en su fidelidad a la ley, no se deja influir por el rechazo hacia la ley que su sentimiento de justicia le provoca” (RADBRUCH 1973a, p. 178). Por contra, tras la guerra, en 1946, Radbruch afirmará que “de hecho, el positivismo, con su convicción de que ‘la ley es la ley’ ha dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal” (RADBRUCH 1973b, p. 344).

La tesis de la ruptura y la conversión de Radbruch en estandarse de la reacción antipositivista fue claramente dominante durante décadas⁶.

6. Así sigue apareciendo, por ejemplo, en SCHELAUSKE 1968, p. 14 o SPENDEL 1984, pp. 21-22. Para Arthur Kaufmann, en cambio, no hay ruptura en el pensamiento de Radbruch (KAUFMANN 1987a, p. 31; 1987b, pp. 45, 82. En el mismo sentido MÜLLER 1979, p. 327). La tesis de la continuidad se acredita con textos de la primera época en que afirma que no toda ley positiva puede ser válida, o que se necesita un “mínimo de derecho natural”, y con textos de la segunda etapa en los que se muestra que no llega a sacrificar el valor de seguridad jurídica como elemento de la idea de derecho y que considera un error cualquier iusnaturalismo tradicional, de corte sustancializador o metafísico. Lo que denomina derecho natural son derechos subjetivos de las personas, preconstituidos a la legislación e intengibles, pero históricos (KAUFMANN 1987a, pp. 27-28). Su *relativismo* no puede, en ninguna de sus fases,

Piénsese, por ejemplo, en las terminantes expresiones de Welzel: “¡No podemos olvidar que los juristas formados en tales doctrinas (positivistas. J.A.G.A.) se vieron transplantados en el ‘Tercer Reich’! El Tercer Reich tomó por la palabra al positivismo” (WELZEL 1962, p. 323). Ese argumento de la indefensión teórica y moral derivada de la educación jurídica positivista fue utilizado reiteradamente como justificación y exculpación de la connivencia de los jueces y juristas en general con la normativa nacionalsocialista; el postulado positivista “la ley es la ley” les habría impedido cualquier cuestionamiento moral o cualquier reserva personal ante las normas que aplicaban. Esa estrategia doctrinal tuvo éxito al menos hasta fines de los años sesenta⁷.

Pese a que en estos años esa inculcación del positivismo ha sido calificada como mito, leyenda (FRANKENBERG 1987, p. 92) o exorcismo (SIMON 1985, p. 111), sigue apareciendo, más o menos matizada, en algunos autores actuales⁸. Parece, sin embargo, que semejante acusación genérica es injusta con, al menos, una buena parte de los autores tenidos por positivistas, y excesivamente benévola con aquellos jueces y juristas supuestamente positivistas. Veamos algunos argumentos al respecto, para finalizar mostrando cómo un cierto positivismo formalista encarna valores formales que constituyen la mejor garantía frente a perversiones jurídicas como la que se comenta.

interpretarse como “indiferentismo” (ibid., pp. 29, 30). Al contrario, Radbruch deriva del relativismo las exigencias tradicionales del iusnaturalismo, es decir, derechos humanos, Estado de Derecho, separación de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad (KAUFMANN 1987b, p. 79). Sobre el carácter negativo o de falsación del derecho válido de la doctrina de Radbruch (no dice cuál es el derecho válido, sino qué derecho no es válido) y sobre la idea de derechos humanos como elemento concretizador de la justicia: KAUFMANN 1987a, p. 155 ss.; 1987b pp. 83-84).

Por su parte Monika FROMMEL (1981, pp. 217-218) resalta que se ha de considerar el contexto en que Radbruch hace sus imputaciones al positivismo y el fin que con ello perseguía: que recayesen condenas por los crímenes bajo el nazismo, al margen de la exculpación por obediencia, etc.

7. Frente a ella, defensas del positivismo, basadas, por ejemplo, en argumentos epistemológicos (así TOPITSCH 1963, p 1: “ni las más temibles consecuencias prácticas proporcionan argumento alguno contra la verdad de una afirmación científica”), tuvieron escaso eco. Aunque OTTE (1979, p. 9) dice que la de FRANSSSEN (1969) es la primera defensa, en el terreno jurídico, del positivismo frente a las referidas acusaciones, ya FLUME (1967, pp. 12-13) había mostrado que la fidelidad al positivismo habría supuesto un obstáculo y no una ayuda para la imposición del derecho nazi.

8. Así, SPENDEL 1984, pp. 5 ss; LAMPE 1988, pp. 11-12. Tal condena suele basarse en una versión superficial e indiferenciada del positivismo, que no hace distinción entre el positivismo de, por ejemplo, Laband o Kelsen. Más matizada es la respuesta de OTT (1976, pp. 180-183), sobre la base de diferenciar diez tipos de doctrina positivista y su hipotética actitud ante un derecho aberrante.

El destino del positivismo jurídico en este siglo se presenta totalmente paradójico. Como explica ROSENBAUM (1972, p. 151) en la época de Weimar los teóricos conservadores lo acusaban de escepticismo y nihilismo, y de propiciar un liberalismo y pluralismo exentos de límite o control; tras 1933, tales quejas se elevan a oficiales; después de 1945 se le acusa, por el contrario, de haber servido para la eliminación del liberalismo, la democracia y el parlamentarismo. Y MAUS (1986a, p. 45) va más allá y resalta cómo la doctrina sustancializadora que sirvió, bajo el nazismo, para la destrucción de los presupuestos positivistas del Estado de derecho jurídico-formal, se utilizó tras 1945 para atacar al positivismo formalista como responsable del nazismo, estableciendo de nuevo un hiato entre democracia y Estado de derecho. Al mismo tiempo, tratando de distinguir por el contenido entre un derecho legítimo y otro ilegítimo, se pierde así de vista el criterio adecuado, positivista, que permitía negar la legitimidad o la validez al derecho del nazismo: el criterio formal-democrático, con arreglo al cual el legislativo no puede delegar globalmente su función en el ejecutivo, como ocurrió en aquel régimen.

Por lo que se refiere a la situación en tiempos de la República de Weimar, son muy abundantes los testimonios e indicios de que el positivismo jurídico-formal, con su carga complementaria de relativismo filosófico, en la línea por ejemplo de Kelsen, Thoma o Radbruch⁹, ni era mayoritario en la doctrina ni era seguido en la práctica judicial. En cuanto a esto último, una actitud positivista guiada por el principio "la ley es la ley" habría evitado la "justicia política"¹⁰, tan abundante en la era de Weimar, y no se habría producido la erosión de la sumisión judicial a la ley, que halló su máxima expresión, casi caricaturesca, en sentencias como la que se siguió del proceso contra Hitler, o en flagrantes vulneraciones del principio de igualdad ante la ley en función de la orientación política de los hechos inculcados¹¹. Más bien ocurría que la actitud de los jueces se camuflaba con el ropaje del positivismo, pero iba en contra de los principios democráticos y parlamentarios que subyacían, al menos, al tipo de positivismo al que nos estamos refiriendo (ROSENBAUM 1972, p. 146). Así, ROTTLEUTHNER (1987, pp. 377 ss.) ofrece seis indicios distintos de esa postura antipositivista de la judicatura. Y el propio Radbruch lo habría reconocido implícitamente al argumentar en contra del debatido *Prüfungsrecht* o examen de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, alegando el antirrepublicanismo imperante entre la judicatura alemana de ese tiempo y su escaso

9. Sobre la relación en esos autores entre positivismo, relativismo y defensa de la democracia, FRIEDERICH 1977, p. 175.

10. La obra clásica sobre el tema es HANNOVER/HANNOVER-DRÜCK.

11. Véase MÜLLER 1989, pp. 19 ss.

respeto hacia el sistema parlamentario (MÜLLER 1979, p. 318; CRUZ VILLALÓN 1987, p. 88). Como dice FRANSSSEN (1969, p. 766) ese positivismo relativista al que se imputa la responsabilidad habría servido, de predominar, para evitar el crédito otorgado entre los jueces y juristas a las pretensiones de verdad y absoluto contenidas en tan “primitivas ideologías” como el nazismo, con su exaltación de quimeras jurídico-metafísicas tales como superioridad racial, pueblo, comunidad nacional germana, “sangre y suelo”, etc.

Ese antipositivismo práctico de la judicatura se corresponde con la supremacía de idéntica orientación en la doctrina. En ésta era claramente minoritario el positivismo jurídico formal e imperaba, en cambio, un positivismo estatalista de índole autoritaria, sustancializador de la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esa proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. No estamos ante *Rechtspositivismus*, sino ante *Staatspositivismus*¹². La ideología frecuente en jueces y teóricos no era la del primero, sino la antidemocrática y estatalista del Estado guillermino¹³. De ahí las conocidas expresiones, en 1921, del presidente de la Unión judicial alemana, ante el derecho del nuevo régimen parlamentario: “ha decaído toda majestad, también la majestad de la ley”. Ese estatalismo veía en el derecho la expresión de una realidad orgánica superior y previa, de la cual la ley no era fuente, sino medio de conocimiento, y que no podía ser alterada por coyunturales mayorías parlamentarias. La soberanía no radica en el pueblo, sino en el Estado. No se está ante un Estado de derecho, sino ante un derecho del Estado. Para ese modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un *Führer* que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos.

Menos aún parece que se pueda sostener seriamente que el positivismo dominara entre los juristas a partir de 1933. El positivismo legalista es el blanco predilecto de los ataques de Schmitt, Larenz, Lange, Forsthoff y

12. La más tajante diferenciación doctrinal y política de esos dos tipos de positivismo, el primero de los cuales, minoritario, estaría representado por Kelsen, Thoma o Radbruch, puede verse en MÜLLER 1979, pp. 309 ss. También WALTHER 1989, pp. 325-334; SCHEFOLD 1984, p. 70.

13. Véanse las matizadas consideraciones que sobre la interrelación entre II Reich y Escuela Alemana de Derecho Público y sobre la función legitimadora de los postulados metodológicos de ésta ofrece ESTEVEZ ARAUJO (1988, p. 74-92).

tantos otros, que lo tachan de ideología judaica y producto del liberalismo y el individualismo (KAUFMANN 1984, pp. 189-190)¹⁴.

Ese ataque al positivismo jurídico-formal no era gratuito. Los críticos eran conscientes de la recíproca imbricación entre ese tipo de positivismo y la efectividad de ciertas garantías formales de procedimientos y derechos básicos, garantías que, de haberse respetado en clave positivista, habrían impedido considerar válidas y aplicables gran número de disposiciones jurídicas. Bajo el nazismo los juristas aplican la idea de ley, supuestamente positivista, a disposiciones que bajo la óptica positivista no serían leyes, sino "meras decisiones ejecutivas" (por ejemplo, las llamadas "leyes del gobierno"¹⁵). Como dice LUHMANN (1981, p. 432), los constantes atentados legales contra la Constitución de Weimar, no derogada formalmente, habrían llevado a juristas de formación positivista a bloquear por inválidas la operatividad de tales normas. Porque no es cierto que el positivismo sea plenamente ajeno e inmune a criterios valorativos en relación con las normas. Rechaza la posibilidad de fundamentar la verdad de los juicios de valor acerca de sus contenidos, pero en su apelación a las formas lleva implícitos ciertos requisitos de valor. Hay una interrelación entre valores y procedimientos. A la validez formal de la ley subyace la idea de su legitimación democrática, como quedó claro en la defensa del parlamentarismo, en tiempos de Weimar, por positivistas como Thoma, Kelsen o el mismo Radbruch (FRANSSEN, p. 768; MAUS 1989b, pp. 209 ss.). Ese positivismo deriva la racionalidad material de la ley únicamente a partir de la forma democrática de organización del procedimiento legislativo. Su formalismo es su modo de asegurar la democracia y de liberarse de la imposición antidemocrática de cualesquiera verdades pretendidamente absolutas (MAUS 1986, p. 36-37).

14. Me parecen forzadas las analogías que, dejando a salvo las diferencias políticas, traza LA TORRE (1988, pp. 2 ss.) entre las doctrinas jurídicas de Kelsen y Larenz, en lo relativo, por ejemplo, a lo que en ambos sería "total subordinación del individuo respecto del ordenamiento jurídico". Tales emparentamientos resultan superficiales y engañosos, pues desatienden un dato básico: lo que en Larenz es designio político y "moral", en Kelsen es únicamente premisa epistemológica de la ciencia jurídica, pero dejando a salvo cualquier sometimiento de la autonomía moral de los sujetos, propósito este último que era determinante de la actitud de los teóricos jurídicos del nazismo.

15. De 1933 a 1945 el Reichstag aprobó sólo 9 leyes, mientras que como "leyes del gobierno" funcionaron en el mismo período 4.500 (MAUS 1989, p. 84). Precisamente la transmisión de la competencia legislativa al gobierno se realizó por la vía inconstitucional de la *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933. Sobre su carácter formalmente inconstitucional véase SCHNEIDER 1961, pp. 37 ss.; DANNEMANN 1985, pp. 3 ss.; MAJER 1987, pp. 64-73; REVERMANN 1959, pp. 108-141.

En cuanto a la práctica judicial bajo el nazismo, su poco empacho en vulnerar hasta el más claro tenor literal de las normas positivas queda claro con un solo ejemplo: la propia Administración nacionalsocialista hizo llegar a los jueces, mediante las famosas *Richterbriefe*¹⁶ la reconvención por su tendencia a aplicar penas superiores a las legalmente tipificadas para ciertos delitos (SIMON 1985, p. 113). Así, abundaron los casos de pena de muerte por delito racial (*Rassenschande*), para el que la norma sólo establecía penas privativas de libertad. ¿Encaja esa práctica con el supuesto respeto al principio positivista de que "la ley es la ley"?

En contra de las imputaciones al positivismo se puede alegar también la presencia de un pensamiento iusnaturalista operante bajo el nazismo. Hubo un iusnaturalismo expreso, por obra de autores como Dietze (MEINCK 1978, pp. 199 ss.; LANGNER 1959, pp. 79 ss.). Pero se ha dicho, además, que el modo de pensamiento jurídico del nazismo se asemeja estructuralmente con las formas tradicionales del iusnaturalismo. Las diferencias sólo estarían en los matices racistas y organicistas de la idea de naturaleza que se manejaba (SCHILD 1983, pp. 439, 450).

De ahí que si se habla de positivismo bajo el nazismo será, todo lo más, de lo que llama Kaufmann un "positivismo legalista pervertido", que exigía obediencia de las leyes del nazismo, pero que se transformaba en iusnaturalismo al afirmar la superioridad del ordenamiento nazi sobre la ley liberal-democrática (KAUFMANN 1987a, pp. 30-31).

En mi opinión, de cuanto se lleva dicho se desprenden buenas razones para reivindicar una amplia dosis de formalismo en la práctica jurídica, con la correspondiente secuela de seguridad jurídica, tal como la defendía Radbruch. De la tensión entre seguridad jurídica y justicia, omnipresente en dicho autor, podemos decir en favor de la primera que su garantía lo será para todos, mientras que en una sociedad plural la imposición antiformalista de una idea de justicia material, al margen de los procedimientos mayoritarios de libre decisión, será siempre a costa de la opresión de otros sistemas de valores. Sólo la justicia formal, traducida en igualdad ante el derecho, en formas y procedimientos de decisión jurídica valorativamente neutros (al margen de los valores participativos cuyo respeto es condición de posibilidad del efectivo funcionamiento de esos procedimientos), garantiza unos mínimos de respeto y dignidad de todos los miembros del grupo social¹⁷.

16. Véanse la selección de tales "cartas" recogida en STAFF 1978, pp. 67-91.

17. Para Rottleuthner rige en la cultura jurídica liberal el siguiente principio: "cuando faltan criterios decisorios se han de fundar procedimientos y competencias" (ROTTLEUTHNER 1983, p. 28). En opinión de KRIELE (1983, pp. 215 ss.) el nazismo se vio facilitado por una

Por contra, proclamar, como hizo el nazismo, la unidad entre derecho y (una) moral material equivale a convertir a la moral en jurídicamente coactiva (DICKHUTH-HARRAS 1986, p. 326), lo que es tanto como liquidar la autonomía ética de cada individuo (MAUS 1989b, p. 192).

Precisamente el nazismo entendía formalismo como antítesis de justicia, en la conciencia de lo que se ha llamado “la función protectora de la forma”. Por eso, juristas nazis, como Höhn, reconocían que la *Wertfreiheit* del positivismo es sólo aparente, pues le subyace un programa político de corte individualista, incompatible con el pensamiento colectivista (DICKHUTH-HARRAS 1986, pp. 330-331). Ahí radica la paradoja: el formalismo se nos aparece como la última garantía de la moralidad del derecho, de su “racionalidad interna” (WEINRIß 1988), mientras que la moralización del derecho al margen o por encima de sus formas, sirvió para crear y aplicar el más injusto e inmoral de los derechos de este siglo. Un derecho formalista puede ser injusto; un derecho antiformalista puede fácilmente acabar en una perversión de lo jurídico. Como dijo Heinrich Laube, “la tiranía de las formas es terrible; pero fuera de las formas no hay más que la barbarie”¹⁸.

Para cerrar este apartado de la relación entre positivismo y obediencia a la ley inicua, conviene citar las palabras que, en otro contexto, sostuvo Georges Vedel, y que son el mejor antídoto contra la utilización del positivismo como excusa de obediencia. Ser positivista o iusnaturalista -dice Vedel- no cambia gran cosa en cuanto a la actitud de un hombre honesto ante la ley inicua; “no cambia nada en cuanto a la dificultad de definir la iniquidad; no cambia nada en cuanto al deber de resistirla (...) El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista”. Pero ninguno, honestamente, la aplicaría (VEDEL 1990, p. 70)¹⁹.

"filosofía moralizante del Estado", en detrimento de una filosofía estatal "jurídico-institucional": no interesaba tanto el mantenimiento de las *formas* jurídicas y estatales, el respeto de ciertas reglas de juego, cuanto la realización de ciertos contenidos o principios políticos o morales, importando más el fin que el medio procedimental para conseguirlo. Ese habría sido el error de la cultura jurídico-política de la época previa al nazismo, pues el aseguramiento y respeto de ciertos principios y reglas formales habría podido evitar los desmanes materiales. En democracia, y esa sería, según Kriele su especificidad, ningún tipo de precepto o consideración moral o política puede reemplazar al imperio de la ley, a la sujeción de los poderes bajo el derecho, única forma de que los derechos de los sujetos estén por encima de los designios de los gobernantes. Véase también OTT 1976, pp. 189-190, BARATTA 1968, pp. 343 ss.

18. Citado en SPENDEL 1985, p. 195.

19. En sentido similar, BARATTA 1968, p. 330. También OTT 1976, pp. 184 ss.

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO NACIONAL SOCIALISTA

Las acusaciones contra el positivismo por su supuesta propensión a ver derecho válido en cualquier norma creada con arreglo a las pautas formales del propio ordenamiento, parten a menudo de tesis iusnaturalistas o, si no, del establecimiento de límites valorativos a los contenidos posibles de las normas válidas. Tómense, como ejemplo de esto último, las tesis de Radbruch: un derecho puede ser injusto sin perder su validez; pero existen unos límites supralegales cuya vulneración por un ordenamiento lo transforma en derecho nulo, en no derecho. Ahora bien, esos límites no los proporciona ningún principio inmutable derivado de la naturaleza, sino que están establecidos por lo que la conciencia común de la humanidad en cada época considere como derechos humanos básicos e intangibles. Y el llamado a hacer efectivo ese común sentimiento humano de justicia será el juez, servidor de la justicia antes que de cualquier otra regla (RADBRUCH 1973b). De ahí que, para Radbruch, los jueces hubieran debido negar validez al derecho del nazismo que atentaba contra esos derechos y esa dignidad básica de las personas, así como contra el mínimo de igualdad de trato y generalidad normativa inserto en toda justicia posible.

No es el de Radbruch iusnaturalismo en el sentido tradicional de afirmación de principios naturales inmutables. Pero su objeción a la validez de aquel derecho se apoya de modo preponderante (al margen de las alusiones a la radical injusticia de un derecho que para nada respeta el binomio generalidad de la ley-igualdad ante el derecho) en consideraciones atinentes al contenido material de justicia de las normas. Y con ello nos encontramos de lleno ante los problemas del cognitivismo ético y la discusión sobre la posibilidad o no de fundar la superioridad racional y verdadera de un sistema moral sobre otros. ¿Qué ocurre si ese juez al que apela Radbruch está sinceramente convencido de la bondad de aquel derecho que a nosotros nos espanta?²⁰ ¿Qué ocurre en el supuesto hipotético de que

20. Ese argumento, curiosamente, fue utilizado por la jurisprudencia de postguerra para exonerar a muchos de esos jueces de responsabilidad penal por sus sentencias de muerte, incluso en los casos en que no era esa máxima pena la legalmente prevista. No habrían prevaricado, pues sus convicciones nazis les hacían pensar que obraban correctamente, con lo que faltaba el dolo directo que, curiosamente, se exige en estos casos (y no en otros de orientación política inversa) para este delito. Semejante construcción jurisprudencial ha despertado enormes críticas. Véanse especialmente, de entre la abundante literatura, los libros de SPENDEL 1984; RÜCKERL 1984; JUST-DAHLMANN 1988. En cuanto a artículos, entre los más críticos están los de DIESTELKAMP 1986 y DENCKER 1985.

el grupo social consienta y dé su apoyo a tales prácticas?²¹ No podemos olvidar que también el nazismo se pretendía hacedor de la justicia material y hasta del derecho natural²².

El problema, pues, pasa a ser el de establecer desde qué sustento teórico o doctrinal podemos mantener el rechazo del carácter jurídicamente válido del derecho nazi, sin sucumbir ante la objeción relativista de que únicamente están en juego sistemas valorativos opuestos, cuya superioridad respectiva es indemostrable. Prescindo aquí de todo intento iusnaturalista del género de los acontecidos tras 1945, pues, como ya quedó dicho, son perfectamente simétricos, en cuanto a la gratuidad de sus fundamentaciones efectivas, con las apelaciones valorativas y metafísicas de la doctrina jurídica del nazismo. Más fructífero sería el cotejo con las éticas cognitivistas de nuestro tiempo, especialmente con la ética discursiva de Habermas o Apel, pero nos saldríamos de los límites de este estudio. Me quedaré, por tanto, en el terreno de la filosofía jurídica, a la búsqueda de una doctrina que fundamente la invalidez de aquel derecho en razón de sus propios caracteres intrínsecos o estructurales, al margen, incluso, del juicio moral sobre el contenido de sus normas²³.

21. "No existe ninguna garantía, ni siquiera probabilidad, de que la moral que los respectivos jueces o ciudadanos incorporen en su concepto de derecho sea efectivamente una moral 'ilustrada'" (HOESTER 1986, p. 2482).

22. Como dice ROTTLEUTHNER (1989, pp. 304-305), "sería ingenuo esforzarse en pro de un iusnaturalismo, cuando también los nazis se acogieron a un derecho natural del pueblo; sería ingenuo invocar la justicia, cuando casi ningún dicho se utilizó por los nazis tan a menudo como *iustitia fundamentum regnorum*".

23. La problemática general de la validez o no del "derecho" nazi, de su condición como auténtico derecho o como una realidad distinta, está implícita también en la polémica, contemporánea a los últimos años del nazismo, entre Ernst Fraenkel y Franz L. Neumann. Ambos parten de un concepto de derecho dotado de ciertos ineludibles rasgos formales: principalmente la generalidad de la ley y, derivadamente, el consiguiente margen de libertad personal y seguridad garantizada por esos términos generales y conocidos de la norma, así como el margen de independencia que le aseguran al juez esos mismos caracteres formales del ordenamiento. Siguen a Weber al situar en la nota de previsibilidad una característica esencial del derecho formal moderno. Ahora bien, para Fraenkel el Estado nazi sería un caso de *Doppelstaat*, de Estado con doble naturaleza: sería *Normenstaat* y *Massnahmenstaat*, esto es, un Estado en el que existe una estructura formal de carácter jurídico, pero que sirve en última instancia a la arbitrariedad de las órdenes y las medidas individuales de los detentadores del poder. El margen de previsibilidad y cálculo asociado a la existencia de normas serviría únicamente para hacer posible el funcionamiento de la economía capitalista. Por contra, para Neumann, bajo el nazismo no habrían existido realmente ni derecho ni Estado, sino realidades normativas y organizativas de otra índole. No se daría Estado, sino *Unstaat*, *Behemoth*. La ley general habría sido reemplazada por un sistema de compromisos puntuales entre los actores sociales dominantes (partido, economía, burocracia y ejército), compromisos que no se expresaban en verdaderas normas jurídicas, sino en reglas técnicas. Estas, no poseen la nota de generalidad ni sirven al aseguramiento de un mínimo de libertad, sino que son mero vehículo

Los propios tratadistas alemanes actuales son conscientes de la dificultad de la objeción relativista²⁴. Así, Simon, al interrogarse sobre si los jueces nazis eran o no independientes (con arreglo al art. 1 GVG -“El poder judicial es ejercido por tribunales independientes, sometidos únicamente a la ley”- vigente desde 1877 y que siguió estándolo tras 1945), sostiene que bajo nuestra óptica no lo eran, pero probablemente bajo la suya sí, y la divergente respuesta sería fruto de un cambio histórico en los sistemas valorativos. Y, más aun, explica que también nuestros Estados actuales usan el poder judicial para defenderse contra los ataques a sus instituciones y sus fundamentos; y que tampoco nosotros apoyaríamos al juez que en sus sentencias busca imponer su sentido personal de justicia por encima de esa orientación general de la política estatal, como pretendemos que hubieran hecho los jueces bajo el nazismo. Puestas así las cosas, la diferencia dejaría de radicar en la legalidad y se situaría en la legitimidad del régimen político, como condicionante de la validez de aquella. Nuestros regímenes poseerían mayor legitimidad, pero ¿cómo afrontar la objeción de que “no podemos *saber* realmente si nuestras convicciones son las justas?”²⁵ Simon parece apuntar para el dilema una salida similar a la que veremos: “cuando decae la garantía de la legalidad, las acciones y conductas de los sujetos se convierten en acciones morales o inmorales, y como tales deben ser valoradas” (SIMON, 1985, p. 116). Cuando el derecho se niega a sí mismo, no velando por la aplicación de sus propias previsiones, hemos dejado de tener derecho como principio común de dirección social y sólo nos queda la lucha de valores contrapuestos en el terreno moral. El derecho ya no servirá ni como coartada de obediencia, puesto que se desobedece a conveniencia, como hemos visto que hacían los jueces nazis.

En esa misma línea, Rottleuthner ve la salida al problema del relativismo, en lo que se refiere a fundamentar la invalidez del derecho nacionalsocialista, en construcciones del tipo de la de Fuller sobre la “moral interna

de órdenes, tienen una dimensión meramente instrumental y carecen de cualquier “mínimo ético” inmanente. Ni siquiera el funcionamiento del sistema económico estaría regido por un auténtico derecho, con sus caracteres formales mínimos, como sostenía Fraenkel. Para Neumann, la norma jurídica era aquí sustituida por un sistema de compromisos o acuerdos informales entre los grupos de poder y para los cuales el derecho era más un obstáculo que un apoyo (sobre todo ello LUTHARDT 1983).

24. “Cada época ha de medirse con la vara de sus posibilidades. Así, el modo nacionalsocialista de entender la seguridad jurídica no debe ser desterrado *por el simple hecho* de que no se corresponde con nuestra actual manera de verla, orientada a la Constitución y que refleja las experiencias históricas de los años 1933-1945” (DICHHUTH-HARRAS 1986, pp. 5-6). “La historia del derecho no puede dividirse hacia atrás de tal modo que las fases que se contradigan con el sistema valorativo del presente se equiparen sin excepción a la prevaricación” (SCHROEDER 1988, p. 392).

25. SIMON 1985, p. 115. Sobre lo anterior, pp. 110, 114.

del derecho”. En interpretación de Rottleuthner, la doctrina de Fuller plantea “exigencias que el legislador ha de respetar, si quiere asegurar la función social de un ordenamiento jurídico, esto es, la orientación de la acción social por medio del derecho” (ROTTLEUTHNER 1987, p. 388)²⁶.

El propio Rottleuthner enumera algunos caracteres de aquel derecho que chocan con esos presupuestos lógicos y prácticos de todo ordenamiento (ROTTLEUTHNER 1987, pp. 388-389). Veamos una enumeración más amplia de algunos de esos caracteres o prácticas de tal derecho y que parecen incompatibles con la existencia real, efectiva y funcional de un auténtico ordenamiento jurídico que sea algo más que ropaje de la fuerza desnuda y arbitraria, la misma que imperaría de idéntica forma sin derecho.

a) Se atenta contra el principio de igualdad ante la ley. Ese valor constitutivo de la mínima idea de justicia inherente a todo derecho, que Radbruch resaltara y que sigue mostrándose esencial²⁷, es sustituido por una práctica jurídica que hace primar sobre el tenor legal la ubicación racial y social de los individuos. No sólo se generó un “derecho especial”, basado en la desigualdad racial, sino que se aplicaron normas generales no discriminatorias, como las contenidas en BGB, entendiendo que la reserva de discriminación racial era immanente a la esencia misma de todo derecho vigente, de modo que se imponía dicho trato diverso por vía interpretativa, incluso contra la letra misma de la ley (MAJER 1987, pp. 156 ss.; LA TORRE 1987, pp. 623 ss.). Todo ello está en íntima conexión con los ataques a la idea de generalidad de la ley (MEINCK 1978, pp. 193 ss.).

b) La seguridad jurídica quedó irremisiblemente dañada por una práctica jurisprudencial que no respeta el texto legal y que atiende prioritariamente a criterios políticos a la hora de emitir sus decisiones, constituyéndose en caso paradigmático, aunque políticamente perverso, de “uso alternativo del derecho”. Para ello no duda en estirar hasta el infinito los términos legales, cayendo en lo que se ha denominado la “interpretación sin límite”, en anteponer las consideraciones de justicia material a las garantías formales y los textos de la ley, en proclamar un casuismo en detrimento de la generalidad en la aplicación de las normas (BOCK 1984, p. 145; MAUS 1983, p. 29), en abusar de la contraposición entre ley y derecho (HATTENHAUER 1989, pp. 26-27, 30), en llevar a cabo un uso incontrolado de los recursos

26. En el mismo sentido ROTTLEUTHNER 1989, pp. 305-306.

27. Así, dice DWORKIN (1990, p. 44, 44-45) que “el primer derecho político de la gente” es “el derecho a un orden público que les trate como a iguales”, y que el reto que se plantea a los jueces es el de “hacer que los criterios que gobiernan nuestras vidas colectivas sean articulados, coherentes y efectivos”.

de la argumentación jurídica (WESEL 1983, p. 143), etc. Con ello quedan patentes, de paso, las virtualidades beneficiosas de un cierto positivismo y formalismo también en la aplicación judicial del derecho, aquel cuyas pautas no garantizan una única solución correcta, por causa de la naturaleza del lenguaje legal y de otras razones bien conocidas, pero que, al menos, no permite cualesquiera decisiones como compatibles con las normas²⁸.

c) Del mismo modo, la inexistencia de seguridad jurídica como previsibilidad y seguridad de obrar para los ciudadanos se manifiesta en la existencia de derecho secreto, emanado directamente del *Führer* y tenido por superior en la escala normativa, o con la aplicación retroactiva de normas sancionatorias, o con el frecuente uso de la analogía y la interpretación extensiva en derecho penal, o con el incumplimiento de sentencias, habiéndose llegado a reconocer a la Gestapo la posibilidad de “corregir” los fallos de los tribunales que se estimasen demasiado blandos con los encausados, cuestiones todas ellas suficientemente conocidas y documentadas.

d) En el plano procesal, desaparecen la mayoría de las garantías para los procesados. El proceso se configura como no contradictorio, abundando los casos de acusación coordinada entre fiscal y abogado “defensor”, pues no en vano los abogados juraban como su primer y fundamental deber la fidelidad al *Führer* y al partido²⁹. Además, no se admitía recurso contra decisiones en única instancia del *Volksgerichtshof* y los tribunales especiales, y no se respetaba el principio *non bis in idem*. Por lo demás, tampoco se daban las condiciones mínimas que posibilitan la independencia judicial, pues a las presiones políticas y a la propia proclividad partidista de la mayor parte de la judicatura se sumaba una práctica legislativa plagada de cláusulas generales y conceptos indeterminados. Como explica MAUS (1986a, p. 44) el carácter “informal” de las normas jurídicas, con su imprecisión e indeterminación, hace imposible cualquier auténtica vinculación del juez a la ley, con lo que -siguiente consecuencia- se pierde también la base de la independencia judicial y se facilita la consigna de que esas leyes de

28. Quizá esa sea la utilidad mejor de la metodología jurídica: proporcionar seguridad, haciendo la decisión previsible o, al menos, descartando ciertas decisiones, allí donde el lenguaje normativo no determina plenamente la decisión posible. Sin embargo, RÜTHERS (1973, pp. 181 ss., 442-443) se muestra escéptico sobre esa utilidad de la metodología, a la luz precisamente de las experiencias bajo el nazismo, y resalta la gran capacidad de todos los métodos interpretativos para adaptarse y servir a las exigencias del régimen político de turno. Sobre los nocivos efectos de las doctrinas metodológicas antiformalistas, en cuanto precursoras del antilegalismo de la metodología jurídica nacionalsocialista, BEHRENDTS 1989.

29. Sirva como ejemplo el dato de que ante el *Volksgerichtshof* el abogado debía ser aprobado por el Presidente del Tribunal (RÜPING 1985, p. 988).

contenido impreciso se interpreten con arreglo a los principios del nazismo. Se pasó del sometimiento a la ley a la vinculación a valores, y se elimina con ello la interrelación, que el positivismo recalca, entre independencia judicial y sometimiento a la ley (MAUS 1983, p. 180-181). Esa sería la funcionalidad "antinormativa" de las cláusulas generales.

e) Todo ese autosabotaje del derecho³⁰ se sintetiza en lo que se ha denominado la "carencia planificada de estructura" (*geplante Strukturlosigkeit*) (SCHULTE 1985, p. 335). Prácticas como las reseñadas, o como la ausencia de un sistema definido y jerarquizado de fuentes del derecho, formando eso que Rottleuthner llama "masa amorfa de fuentes del derecho", entre las cuales la elección parece ser en cada caso arbitraria (ROTTLEUTHNER 1983b, p. 257), la no separación de poderes ni de funciones, el solapamiento personal, legal y competencial entre Administración pública y partido, etc., aparecen como medios para que la inseguridad consiguiente no permita a los ciudadanos ninguna expectativa fiable, y con ello, ninguna expectativa tampoco sobre la forma de cambiar el sistema o moverse dentro de él al margen de los círculos del partido y el poder.

¿Contravienen esos caracteres las notas estructurales que, según Fuller, todo ordenamiento ha de mantener en una cierta medida para que pueda ser coherentemente denominado jurídico? Tales notas serían ocho³¹: todo derecho ha de contener normas generales, las normas han de ser publicadas, los casos de retroactividad han de ser los menos posibles, las normas deben ser comprensibles, no han de ser contradictorias, no tienen que pedir lo imposible, no deben ser modificadas demasiado frecuentemente y debe existir congruencia entre el contenido de las normas y su administración pública, de modo que los ciudadanos puedan atenerse a ellas (FULLER 1967, p. 49).

Téngase en cuenta que la línea que apunta Fuller es crítica con el positivismo en cuanto que éste trata de mantener la separación conceptual entre derecho y moral, desconociendo la dimensión de moralidad constitutivamente interna a todo derecho. Pero coincide con el positivismo en la

30. Los personajes del régimen poseían una clara conciencia del alcance de sus tácticas jurídicas. Así, hablaba Freisler de la necesidad de "contrapesar la persistencia en el derecho legal por medio de la ley misma" (citado en MAUS 1983, p. 180).

31. Para PEREZ LUÑO (1991, p. 22) esas ocho condiciones que establece Fuller equivalen todas ellas a "exigencias de seguridad jurídica". El mismo autor sistematiza una serie similar de requisitos de la seguridad jurídica (ibid. pp. 23-27).

negativa a ver en un derecho natural³², por encima del derecho positivo, la solución para el dilema de la validez y obediencia del derecho aberrante³³. Igualmente, se muestra en desacuerdo con las apelaciones de Radbruch a un “derecho suprallegal” (FULLER 1986, p. 101).

Para Fuller el “derecho nazi no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, sino por causa de incongruencia estructural; no por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra ‘las condiciones indispensables para la existencia de derecho’. Un derecho que en su estructura misma (por secreto, por retroactivo, etc.) destruye las condiciones de su propia efectividad y función social de dirección de conductas, seguridad y ordenación de interrelaciones, es un derecho que deja de ser tal”. A esas condiciones de posibilidad del derecho es a lo que denomina moral interna del derecho. En su vulneración caben grados, que son los mismos en cuya medida ese ordenamiento pierde la cualidad de derecho (FULLER 1967, p. 52).

Fuller, contrariamente a HART (1962, pp. 40 ss.), da por buena la imputación de responsabilidad al positivismo. Pero la idea de positivismo que maneja es indiferenciada, como muestra su afirmación de que era el movimiento jurídico claramente imperante en Alemania desde principios de siglo (FULLER 1986, p. 101). No distingue entre el positivismo estatalista y el jurídico formal. Y ya hemos visto que el primero, el realmente mayoritario, sí que puede verse, por su orientación autoritaria y mistificadora de la realidad estatal y la comunidad nacional, como caldo de cultivo de la doctrina y el derecho nazis. Fue el positivismo jurídico formal, en cambio, el que recibió los ataques tanto en Weimar, en el nazismo y tras 1945. Pero ese positivismo formalista es el que aquí he reivindicado como garantía frente a aberraciones jurídicas, y del que se ha dicho que, de haber predominado entre los juristas, no habría permitido otorgar validez, por inconstitucionales, a las normas básicas de aquel ordenamiento, ni habría originado sentencias ilegales, ni derecho secreto o retroactivo, etc. Y ese positivismo creo que es perfectamente compatible con las aserciones de Fuller.

32. Las acusaciones hacia Fuller por iusnaturalista han de matizarse. Fuller califica su doctrina, en la medida en que pueda entenderse como iusnaturalista, como iusnaturalismo procedimental, y no sustancial, que parte de la tesis de la cualidad moral de las formas jurídicas (Vid. NICHOLSON, p. 311).

33. Así, Fuller coincide con Hart expresamente en la defensa de la legalidad contra su vulneración en nombre de un derecho natural o en aras de la consideración subjetiva de la inmoralidad de su contenido (FULLER 1986, p. 100).

Así, la aplicación por los tribunales del derecho preestablecido, en lugar de violarlo para crear arbitrariamente las normas que sus inclinaciones morales o políticas les dicten para cada caso³⁴, es parte de la moral interna del derecho, es decir, de las notas estructurales de su razón de ser o sentido. Según Fuller, los más claros atentados contra la moral interna del derecho en la era de Hitler tuvieron lugar (además de por la existencia de derecho secreto y de derecho sancionador retroactivo) por la vía de la violación de las formas legales siempre que eran políticamente inconvenientes, lo cual ocurría principalmente mediante la violación del principio de legalidad por la judicatura, en aras de una jurisprudencia claramente política (FULLER 1986, p. 98). Y aunque Fuller no lo mencione, podemos resaltar que tanto o más determinante fue la violación de los controles formales de validez de las normas, principalmente mediante leyes inconstitucionales, cuya legitimidad y legalidad se quiso salvar, en el caso de las más importantes, mediante aquel engendro teórico denominado “revolución legal” (DANNEMANN 1985; MEYER-HESEMANN 1985).

Así, tenemos que la solución apuntada por Fuller, a la que Rottleuthner se acogía, nos presenta una nueva salida para el problema de la validez del derecho nacionalsocialista. Si cualquier apelación a la injusticia como razón de invalidez tropieza con la objeción del relativismo valorativo, esta propuesta de Fuller opera sobre terreno menos inestable. El derecho que hoy parece injusto pudo parecer justo ayer a una mayoría de ciudadanos o puede seguir pareciéndolo hoy a alguno, con la correspondiente dificultad de fundamentar la superioridad moral de uno u otro sistema de valores, dificultad típica del iusnaturalismo. Ahora bien, las razones que hacen absurdo un derecho no parecen tan dependientes del cambio de los tiempos o las opiniones. Si el derecho es algo más que mero ejercicio descarnado de la fuerza, si es poder sometido a un orden y no mero orden resultante de un poder entendido como fuerza³⁵, ha de guardar una cierta lógica interna, no puede incurrir en lo que, en términos importados de la ética discursiva,

34. Por esta vía resuelve Fuller la polémica de Hart con Radbruch a propósito del conocido caso de la denunciante (vid. RADBRUCH 1973b, pp. 347 ss.; HART 1962, p. 46 ss.). Para FULLER (1986, p. 99) al tiempo de injuiciar la conducta de los jueces que dictaron la condena de muerte hay que tener en cuenta que lo decisivo no es que vulneraran un derecho supralegal ni que actuaran dentro de la legalidad positiva, sino que violaban la legalidad positiva. La clave estriba en que los preceptos que aplicaron tipificaban manifestaciones públicas (mientras que las del condenado habían tenido lugar únicamente en la privacidad del matrimonio), y no prevenían pena de muerte, sino de prisión. Y todo ello de modo tan claro que ni siquiera puede hablarse de uso de un margen de interpretación, sino de total vulneración de la norma legal.

35. Como siempre, la clave está en el concepto de derecho que se maneje. Al referirnos a Fuller no hay que perder de vista que parte de que el derecho es por definición un fenómeno moralmente positivo (vid. NICHOLSON 1973-74, pp. 316, 318-319, 322).

podemos denominar contradicción pragmática o performativa. Cuando el contenido moral externo del derecho, es decir, los contenidos valorativos de sus normas, o la disposición técnica de las mismas -antinomias, oscuridades...- contradicen esa "moral interna", impidiendo su operatividad, estaríamos ante la negación pragmática del derecho desde el derecho, ante su autodisolución. Ese sería el caso acontecido bajo el nazismo, caso distinto del de un derecho meramente injusto en sus normas, en su moral externa, el cual sigue siendo derecho, mantiene una función de orden que es más positiva que la inexistencia de derecho (NICHOLSON 1973-74 p. 321).

Si cualquiera que detente un dominio fáctico sobre nosotros puede hacer cualquier cosa de nuestra vida o nuestros bienes; si cualquier acto que hoy realicemos en la confianza de que nada nos lo prohíbe, puede conllevarnos mañana una condena por aplicación retroactiva de una norma; si cualquier vulneración de una norma que hoy nos protege puede ser mañana sanada por la acción gratuita del poderoso, etc., nos encontramos, por mucho que el poder y la dominación se disfracen de normas y se acojan a rituales, en la misma situación que si no tuviéramos derecho alguno en una tal sociedad. Si el derecho tiene un fundamento de existencia, si entre individuos racionales y autointerésados importa que haya normas jurídicas, no es para que exista cualquier forma de orden (pues para ello basta el mero ejercicio de la fuerza), sino para que exista esa forma de buen orden u orden mínimamente racional que se llama derecho, y que, en cuanto tal, genera un indispensable componente de previsibilidad de las conductas sociales, de garantías de seguridad personal y de pautas de actuación intersubjetiva³⁶. Un derecho sin todo ello es un derecho absurdo. Y seguir llamándolo derecho es tan incongruente como lo sería, por ejemplo, seguir llamando medicina a una práctica terapéutica consistente en sortear para cada paciente entre administrarle un fármaco, un veneno o someterlo al juego de la ruleta rusa. Un derecho con normas injustas sigue siendo derecho, del mismo modo que sigue siendo medicina una práctica terapéutica que se revele errónea o fracasada. Pero un derecho secreto o con normas no destinadas a cumplirse o con garantías que no se respetan, es un sinsentido. Y el derecho nacional-socialista tuvo seguramente una buena parte de ese sinsentido que hace difícil seguir denominándolo así, si se quiere mantener una mínima coherencia con lo que en la modernidad se entiende y se vive como tal³⁷.

36. Como dice REYNOLDS (1989, p. 15), glosando a Fuller, "una sociedad sin normas jurídicas no podría basarse en aquella reciprocidad que reconoce a cada uno de sus miembros una igual integridad o dignidad".

37. Ahí se sitúa el núcleo de la crítica de Fuller a la postura de Hart frente al derecho nazi. Para Hart habría sido derecho, aunque mal derecho. Para Fuller no habría sido derecho, pero no por razón de moralidad externa o injusticia valorativa, sino de incongruencia interna, de "moral interna". SOPER (1986, p. 32) sitúa el debate en el contexto adecuado cuando dice que

Que la ciencia jurídica y la filosofía del derecho lo avalasen significa bien poco al respecto: nos da testimonio de debilidades humanas y de lo descaminado de toda equiparación entre *status* académico, calidad intelectual e integridad moral.

REFERENCIAS

- ANDERBRÜGGE, K. 1978 *Völkisches Rechtsdenken. zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin: Duncker & Humblot.
- BARATTA, A. 1968. "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer 'naturrechtlichen' Apologie des Rechtspositivismus", en *ARSP* 54, pp. 325-350.
- BEHREND, O. 1989. "Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 34-80.
- BOCK, M. 1984. "Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus", en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 6, pp. 132-152.
- CRUZ VILLALÓN, P. 1987. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DANNEMANN, G. 1985. "Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933", en E. W. BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, Heidelberg: Müller, pp. 3-22.
- DENCKER, F. 1985. "Die strafrechtliche Beurteilung von NS-Rechtsprechungsakten", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 294-310.
- DICKHUTH-HARRACH, H-J. von. 1986. "Gerechtigkeit staat Formalismus". *Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis*, Köln, etc.: Carl Heymann.
- DIESTELKAMP, B. 1986. "Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 5, pp. 153-174.
- DWORKIN, R. 1990. "Retorno al Derecho 'natural'", trad. S. Iñiguez de Onzoño, en J. BETEGON, J. R. de PÁRAMO (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel, pp. 23-45.

transcurre en el campo cognitivo más bien que en el moral. Una arriesgada interpretación en clave "trascendental" del hartiano "contenido mínimo de derecho natural" lleva a OST y VAN DE KERCHOVE (1988, pp. 179 ss.) a aproximar a Hart y Fuller en cuanto a la interpretación de las condiciones de posibilidad o de sentido de todo derecho. También LYONS (1986, p. 86) encuentra un paralelismo entre las tesis de Fuller y la afirmación por Hart de un principio de justicia formal implícito en el concepto de derecho.

- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. 1988. *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel.
- FRANKENBERG, G. 1987. "Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Grosse Anfrage im Bundestag", en *Kritische Justiz*, 20, pp. 88-112.
- FRANSSSEN, E. 1969. "Positivismus als juristische Strategie", *JZ*, pp. 766-775.
- FRIEDRICH, M. 1977. "Der Methoden-und Richtungsstreit", en *AÖR* 102, pp. 161-209.
- FROMMEL, M. 1981. "Die nationalsozialistische Machtergreifung im Spiegel der deutschen Rechts- und Sozialphilosophie", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. V. México: UNAM, pp. 207-218.
- FULLER, L. L. 1967. *La moral del derecho*, México: Trillas, trad. F. Navarro.
- : 1986. "Positivism and Fidelity to Law -A Reply to Professor Hart", en J. FEINBERG, H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont: Wadsworth, 3^a ed., pp. 88-108.
- HANNOVER, H./HANNOVER-DRÜCK, E. 1987. *Politische Justiz 1918-1933*, Bornheim-Merten: Lamuv, (ed. original 1966).
- HART, H. L. A. 1962. "El positivismo y la separación entre el derecho y la moral", en EL MISMO, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, pp. 1-64.
- HATTENHAUER, H. 1984 "Von Weimar zu Hitler -'Machtergreifung', Verfassungsbruch und Kontinuität-", en *Jura*, pp. 281-295.
- : 1989. "Richterleitbilder im 19. und 20. Jahrhundert", en R. DREIDER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 9-33.
- HOESTER, N. 1986. "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", en *NJW*, pp. 2480-2482.
- JUST-DAHLMANN, B./JUST, H. 1988. *Die Gehilfen. Ns-Verbrechen und die Justiz nach 1945*, Frankfurt M., Athenäum.
- KAUFMANN, Arthur. 1984. "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en EL MISMO, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln, etc.: Carl Heymann, pp. 173-195.
- : 1987a. *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München/Zurich: Piper.
- : 1987b "Gustav Radbruch -Leben und Werk", en: Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Band 1 (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg: C. F. Müller, 1987, pp. 7-88.
- KRAMER, H. 1983. "Aus der Vergangenheit gelernt? Zur Auseinandersetzung der Richterschaft mit der NS-Justiz", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche Richter? Fachkonferenz des Gustav*

Stresemann-Institut im Jahr 1983 -Tagungsdokumentation. Bergisch Glasbach, pp. 91-111.

KRIELE, M. 1983. "Staatsphilosophische Lehren aus dem Nationalsozialismus", en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 210-222.

LA TORRE, M. 1987. "Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista", en *RIFD 64*, pp. 594-658.

LANGNER, A. 1959. *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn: H. Bouvier.

LUHMANN, N. 1981. "Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive", en EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 419-450.

LUTHARDT, W. 1983. "Unrechtsstaat oder Doppelstaat? Kritisch-theoretische Reflexionen über die Struktur des Nationalsozialismus aus der Sicht demokratischer Sozialisten" en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 197-209.

LYONS, D. 1986. *Etica y Derecho*, Barcelona: Ariel, trad. M. Serra.

MAJER, D. 1987. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, Stuttgart, etc.: Kohlhammer.

MAUS, I. 1983. "Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus", en *ARSP Bhf. 18 (Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus)*, pp. 176-196.

-: 1986a. "Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats", en EL MISMO, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München: Fink, pp. 11-82.

-: 1986b. "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", en *Rechtstheorie 20*, pp. 191-210.

MEINCK, J. 1978. *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt M./New York: Campus.

MEYER-HESEMANN, W. 1985. "Legalität und Revolution. Zur juristischen Verklärung der nationalsozialistischen Machtergreifung als 'legale Revolution'", en P. SALJE (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster: Regensberg & Biermann, pp. 110-136.

MÜLLER, I. 1979. "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre", en *Leviathan, 7*, pp. 308-338.

-: 1989. *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München: Knauer.

NICHOLSON, P. P. 1973-74 "The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics", en *Ethics 84*, pp. 307-331.

OST, F./ VAN DE KERCHOVE, M. 1988. *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: Presses Universitaires de France.

- OTT, W. 1976. *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage einer juristischen Pragmatismus*, Berlín: Duncker & Humblot.
- OTTE, G. 1979. "Was darf man vom Naturrecht erwarten?", en NEMBACH, Ulrich (Hrsg.), *Begründungen des Rechts*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 9-21.
- PÉREZ LUÑO, A. E. 1991. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- RADBRUCH, G. 1973a. *Rechtsphilosophie*, ed. de E. Wolf y H-P. Schneider, Stuttgart: Koehler, 8ª ed.
- : 1973b. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", recogido en RADBRUCH 1973a, pp. 339-350.
- Restauration im Recht*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.
- REVERMANN, K. 1959. *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, Münster: Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung.
- REYNOLDS, N. B. 1989. "Grounding the Rule of Law", en *Ratio Juris* 2, pp. 1-16.
- RIDDER, H. 1983. "Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates", en Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Dritten Reich*, Baden-Baden: Nomos, 2ª ed.
- ROSENBAUM, W. 1972. *Naturrecht und positives Recht*. Neuwied/Darmstadt: Luchterhand.
- ROTTLEUTHNER, H. 1983. "Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus", en *ARSP* Bhf. 18 (*Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*), pp. 20-35.
- : 1983b. "Leviathan oder Behemoth? Zur Hobbes-Rezeption im Nationalsozialismus -und ihrer Neuauflage", en *ARSP* 69, pp. 247-265.
- : 1987. "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus", en *Demokratie und Recht*, 15, pp. 373-393.
- : 1989. "Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 295-322.
- RÜCKERL, A. 1984. *Ns-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2ª ed.
- RÜPING, H. 1985. "Streng, aber gerecht. Schutz der Staatssicherheit durch den Volksgerichtshof", en *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, pp. 983-994.
- RÜTHERS, B. 1973 (1ª ed., Tübingen, 1968) *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt M.: Athenäum.
- : 1987. *Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich: Interfrom.
- SCHEFOLD, D. 1984. "Kontinuitäten in der Staatsrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts", en *Justiz und Nationalsozialismus. Kein Thema für deutsche*

- Richter? *Fachkonferenz des Gustav Stresemann-Institut im Jahr 1983 - Tagungsdokumentation*. Bergisch Glasbach, pp. 64-82.
- SCHELAUSKE, H. D. 1968. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Ueberblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln: Bachem.
- SCHILD, W., "Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens", en *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983 pp. 437-454.
- SCHNEIDER, H. 1961. *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, Bonn: Bundeszentrale für Heimatdienst, 2ª ed.
- SCHROEDER, F-Chr. 1988. "Der Umgang mit dem Umgang der Justiz nach 1945 mit ihrer eigenen Vergangenheit", en *Rechtshistorisches Journal*, 7, pp. 389-392.
- SCHULTE, M. 1985. "Die Gesetzgebung im NS-Staat", en *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 331-335.
- SIMON, D. 1985. "Waren die NS-Richter 'unabhängige Richter' im Sinne des 1 GVG?", en *Rechtshistorisches Journal*, 4, pp. 102-116.
- SOPER, Ph. 1986. "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", en *Social Philosophy & Policy* 4, pp. 31-48.
- SPENDEL, G. 1984. *Rechtsbugung durch Rechtsprechung. Sechs strafrechtliche Studien*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- : 1985. "Unrechtsurteile der NS-Zeit", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 179-198.
- STAFF, I. (Hrsg.). 1978. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt M.: Fischer Taschenbuch, 2ª ed.
- TOPITSCH, E. 1963. "Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik", en *Juristenzeitung* pp. 1-7.
- VEDEL, G. 1990. "Indéfinissable mais présent", en *Droits* 11, pp. 67-71.
- WALTHER, M. 1989. "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im 'Dritten Reich' wehrlos gemacht?", en R. DREIER/W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im 'Dritten Reich'*, Frankfurt M.: Suhrkamp, pp. 323-354.
- WEINRIB, E. J. 1988. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", en *The Yale Law Journal* 97, pp. 949-1016.
- WELZEL, H. 1962 "Naturrecht und Rechtspositivismus", en W. MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, pp. 322-338.
- WESEL, U. 1983. "Denn sie wussten nicht, was sie tun. Die innere Mechanik des Rechts bei der Arbeit von Juristen und ihrem Versagen im Dritten Reich", en *Vorgänge* 64-65, pp. 134-154.