

Los jueces del Estado anti-constitucional: ¿es cierta la hipótesis de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera cegado éticamente a los jueces alemanes de la época nazi?

Judges of the anti-constitutional state: is Radbruch's hypothesis true, according to which legal positivism would have ethically blinded the german judges of the Nazi era?

Bernd Marquardt*

Fecha de recepción: 12 de marzo del 2015

Fecha de aceptación: 27 de marzo del 2015

RESUMEN

El siguiente artículo revisa, con métodos histórico-jurídicos y comparados, hechos centrales e ilustrativos de los dos siglos de la gran transformación hacia el Estado constitucional material, examinando una de las contracorrientes más acentuadas en dicha tendencia general: la Europa

antiliberal y fascista del *Interbellum*, en el ejemplo de la Alemania nazi (1933-1945). Se quiere analizar el papel de los jueces de entonces, revisando críticamente la famosa hipótesis de positivismo de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera convertido en indefenso al estamento judicial alemán frente a las enormes injusticias de la dictadura.

* Profesor titular en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es director del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (A1). Doctorado *summa cum laude* (1999) en derecho y segundo (Post-) *Doctorado Superior* (la *Habilitation* centro-europea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (*Staatsexamen*, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los posgrados de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria y Nacional en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del derecho y Derecho ambiental. Tiene 159 publicaciones, con 20 libros, incluyendo *Derechos humanos y fundamentales* (2015), los 4 tomos de la *Historia Mundial del Estado* (2012-2014), *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014) y 2 tomos de *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina* (2011). Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

En nueve subcapítulos se desarrolla, primero, el problema de investigación y acercamiento metodológico. Siguen algunas consideraciones sobre los orígenes históricos del enfrentamiento positivista-iusnaturalista. El tercer subcapítulo pregunta por la deconstrucción de las constituciones democráticas de Weimar (1930-1933) y Viena (1933-1938). En cuarto lugar, se analizan los elementos de un pseudo-positivismo jurídico en la época nazi a partir de 1933. El quinto subcapítulo estudia las leyes positivas del Estado normativo dentro del Estado excepcional. En sexto lugar, se desarrollan los elementos del iusnaturalismo ideológico del Estado nacionalsocialista. En seguida, se reflexiona sobre la desjuridificación –casi– completa en los años de guerra (1939-1945). De modo complementario, el octavo subcapítulo examina la justicia transicional y la larga sombra de impunidad después de 1949, para concluir en el noveno con 15 lecciones sobre la historia de los jueces nazi.

Palabras clave: positivismo jurídico, iusnaturalismo, dictadura, enemigos públicos, crímenes del Estado, justicia transicional, impunidad.

ABSTRACT

The following article reviews, with historical and comparative legal methods, central and illustrative facts of the two centuries of the great transformation towards a material constitutional state, examining one of

the counter-waves more pronounced in this general trend, the European antiliberal and fascist interbellum in the example of Nazi Germany (1933-1945). The text wants to analyze the role of judges of this moment, critically reviewing the famous hypothesis of Radbruch according to which legal positivism had blinded the German legal establishment against the enormous injustices of the dictatorship. In nine subchapters, first, it develops the research problem and methodological approach. Then, there are some considerations about the historical origins of the confrontation between positivism and natural law. The third subchapter asks for the deconstruction of democratic constitutions of Weimar (1930-1933) and Vienna (1933-1938). Fourth, the author examines the elements of a pseudo-legal positivism in the Nazi era from 1933. The fifth chapter analyzes the positive laws of the regulatory state in the exceptional state. Sixth, the author discusses the elements of the nature law ideology that the Nazi state developed. Following he presents some considerations about the almost-complete “desjuridificación” in the war years (1939-1945). Furthermore, the eighth subchapter examines the transitional justice and the long shadow of impunity after 1949, concluding in the ninth subchapter with 15 lessons on the history of the Nazi judges.

Keywords: legal positivism, natural law, dictatorship, public enemies, state crimes, transitional justice, impunity.

“El derecho existe antes del Estado, el Estado existe para el derecho y mediante el derecho, no el derecho a través del Estado. [...] Si el derecho es quebrantado por el poder estatal, en este caso toda persona que lo realiza, tiene que seguir la voz, ya es obligada a enfrentarse y actuar, en caso necesario, con violencia”¹. Así lo articuló el historiador del derecho y anti-nacionalsocialista Fritz Kern (1884-1950) en uno de los pocos libros

¹ Kern, Fritz, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, nueva ed., Darmstadt, WBG, 1952, portada y pp. 18, 87 y ss.

poéticos sobre el derecho, hablando explícitamente sobre la Edad Media, pero reflexionando sobre preguntas de su propia época. El problema: también todo intelectual nazi pudo apreciar las mismas frases, aunque pensó en contenidos morales opuestos. ¿La magia del derecho natural es tan atractiva como nebulosa? ¿Es tan bella como peligrosa?

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y ACERCAMIENTO METODOLÓGICO

El artículo analiza el papel y la transición de la rama judicial bajo las condiciones de una autocracia republicana. No va a ser una historia solemne, sino la historia de un fracaso profesional y ético que se considera esclarecedor para las preguntas metodológicas generales de la ciencia jurídica, que son, al fin, cuestiones constitucionales. También es cierto que todo fracaso puede llevar a un proceso de aprendizaje. De tal manera, la experiencia práctica con la antítesis de toda justicia material, aceleró finalmente la transición del antiguo estamento judicial pro-gubernamental y acrítico hacia una verdadera tercera rama del sistema de separación de poderes, que asume su función de control frente a las ramas ejecutiva y legislativa. En este sentido, el lector va a encontrar un estudio sobre las relaciones entre los Estados anticonstitucionales o autocracias republicanas y sus órganos judiciales.

La pregunta conductora se enfoca en la revisión crítica de la famosa hipótesis del filósofo del derecho Gustav Radbruch (1878-1949), quien afirmó inmediatamente después de la caída bélica de la dictadura nazi, en su escrito “Injusticia legal y derecho sobrepositivo” de 1946², que el positivismo jurídico, con su énfasis en la máxima *ley es ley*, ha vuelto indefenso al estamento jurídico alemán frente a las injusticias de la dictadura de Adolf Hitler. Su colega Fritz von Hippel (1897-1991) publicó en el mismo año un texto muy semejante³. La hipótesis de Radbruch y von Hippel correspondió con la autopercepción de los juristas en los primeros decenios de las Repúblicas Federal Alemana (desde 1949) y de Austria (desde 1945), donde la mayor parte de los jueces y fiscales de la época nazi continuaron ininterrumpidamente o después de una pausa breve en sus funciones. Aunque esta no fue la intención de los escritos teóricos de Radbruch y von Hippel, ellos pusieron a disposición de los juristas alemanes y austríacos la argumentación clave que posibilitó, tanto la mentalidad tranquila de la supuesta actuación responsable bajo el honor estamental conservado en tiempos revueltos, como la respectiva auto-amnistía colectiva *de facto* bajo regímenes de ocupación en los cuales no fue pensable ninguna ley de amnistía abierta. Se puede reconocer un elemento

² “Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‘Gesetz ist Gesetz’ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts”. Así: Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en revista *Süddeutsche Juristenzeitung*, t. 1, Tübingen, Mohr, 1946, pp. 105-108, 105.

³ Hippel, Fritz von, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, Eine juristische Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1946, p. 30.

central del fracaso de la desnazificación en el hecho de que grandes partes del aparato judicial se fundamentaron, hasta las décadas de los 70 y 80, en los ex miembros del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, inclusive ejemplos tan delicados como el profesor universitario Theodor Maunz (1901-1993) que había defendido enérgicamente, entre 1933 y 1945, el anticonstitucionalismo nazi y, posteriormente de 1949 a 1969, sirvió como el constitucionalista líder de la joven República Federal Alemana⁴, incluso poniendo a disposición su nombre para las 73 ediciones del comentario científico estándar de la *Ley fundamental* alemana, el *Maunz Dürig* (1958-2015)⁵.

Desde finales de los años 60, la represión acrítica del pasado reciente fue revisada por una nueva generación de autores no involucrados en dicho pasado y que no creyeron en la supuesta inocencia colectiva de sus maestros y padres. El cambio paradigmático empezó con la tesis “Habilitation” (1968) de Bernd Rüthers que trata, en sus siete ediciones, acerca del papel clave de la *interpretación ilimitada*, es decir, de la reinterpretación ideológica del derecho durante la época nazi, en lugar de la supuesta relevancia del positivismo. Alrededor de 1990, siguieron varios libros críticos como los *Juristas horribles* de Ingo Müller, con siete ediciones desde 1987; el *Derecho y la justicia en el Tercer Imperio* de Ralf Dreier y Wolfgang Sellert de 1989; los *Jueces alemanes 1919-1945* de Ralph Angermund de 1990; el *Derecho en la injusticia* de Michael Stolleis de 1994 y la *Teoría jurídica nacionalsocialista y el derecho natural* de Fabian Wittreck de 2008⁶. De igual forma, fue importante el estudio sobre *El derecho en el fascismo* de manos de Uwe Wesel de 1984, así como dos artículos escritos por Manfred Walther y Dieter Deiseroth que criticaron, en 1988 y 2013, la *leyenda de positivismo*⁷. También se han dedicado al tema varios libros sobre la historia del derecho constitucional. Desde entonces, puede evaluarse la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel como revocada por parte de la bibliografía especializada.

Sin embargo, a pesar de varias traducciones⁸, la revisión expuesta no entró profundamente a otras culturas lingüísticas. El autor de este artículo, de origen

⁴ Stolleis, Michael, “Theodor Maunz, Ein Staatsrechtslehrerleben”, en Kritische Justiz (Ed.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staates*, Baden Baden, Nomos, 1998, pp. 323-331.

⁵ Maunz, Theodor & Dürig, Günter (Eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, 73 eds., München, Beck, 1958-2015.

⁶ Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012; resumen actualizado del mismo autor: Íd, “Die Gesetzgebung, Vom Dritten Reich zur BR Deutschland”, en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.), *Die Rosenburg*, Bonn, BPB, 2013, pp. 119-141; Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, nueva ed., Berlin, Tiamat, 2014; Dreier, Ralf & Sellert, Wolfgang (Eds.), *Recht und Justiz im 3. Reich*, Fráncfort, Suhrkamp, 1989; Angermund, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1990; Stolleis, Michael, *The Law under the Swastika*, Chicago, University Press, 1998; Wittreck, Fabian, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

⁷ Wesel, Uwe, *Juristische Weltkunde*, 5ª ed., Fráncfort, Suhrkamp, 1990, pp. 145-164. Véase también: Íd, *Geschichte des Rechts*, 4ª ed., München, Beck, 2014, pp. 483-506; Manfred Walther, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, en revista *Kritische Justiz*, núm. 21, Baden Baden, Nomos, 1988, pp. 263-280; Deiseroth, Dieter, “War der Positivismus schuld?”, en revista *Betrifft Justiz*, núm. 113, Mühlthal, Betrifft Justiz, 2013, pp. 5-10.

⁸ p. ej. el resumen de García A., Juan A. “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, Madrid, SEFJP, 1991, pp. 341-364.

alemán, lo escribe para lectores hispanoparlantes, y en particular colombianos, donde el tratamiento del tema en seminarios de posgrado ha indicado un mayor conocimiento de la antigua hipótesis de Radbruch que de la bibliografía de revisión. Varios autores latinoamericanos la citan al estilo de una verdad indudable⁹, aunque ninguno de ellos presenta estudios propios basados en fuentes primarias. Parece que se ha incluido la hipótesis de Radbruch de modo didáctico en la crítica latinoamericana del positivismo jurídico y sus disfuncionalidades éticas en la experiencia local, para poder señalar la cercanía del mismo al autocratismo y totalitarismo, pero sin tener en cuenta que se instrumentaliza una especie de *falso amigo*. En cuanto a la mirada colombiana sobre la historia del derecho alemán de entonces, hay que constatar una presencia desproporcional y unilateral de los debates teóricos weimarianos entre Hans Kelsen y Carl Schmitt¹⁰, bajo una descontextualización histórica profunda, lo que es prácticamente una casualidad de traducción, por un lado debido al camino de la emigración estadounidense y del otro, por la estimación en la España franquista¹¹, lo que se corresponde con la observación preocupante de una retoma benevolente del anticonstitucionalista Schmitt al estilo de un supuesto experto constitucional, dando paso a la entrada de figuras de la derecha extrema en los debates constitucionales latinoamericanos.

Este artículo se fundamenta en los métodos de la *escuela socio-cultural y transnacional de la historia del derecho*¹², que pretende analizar las dimensiones históricas del desarrollo jurídico bajo la premisa de la necesidad de contextualizar el derecho según sus precondiciones y efectos en la sociedad y cultura concreta. Esta perspectiva se hace bajo una mirada transnacional y comparada, abriéndose a métodos de la historia general como de la historia social, cultural y la historia de las mentalidades. Para el objeto de investigación de este artículo, son muy relevantes los debates sobre *los métodos de la historia del tiempo reciente* que tienen en cuenta la distancia reducida del observador más involucrado y el carácter político del tema investigado, que todavía es un asunto “caliente”¹³.

En cuanto al debate teórico entre el positivismo y el iusnaturalismo, este artículo se fundamenta en una perspectiva integral y moderada que pretende evitar toda ideologización al estilo de un *ismo* en uno u otro sentido. Ninguna sociedad más

⁹ p. ej. Plazas, Mauricio, *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, t. 4, Bogotá, Temis, 2014, pp. 96 y s.; Ossa, Mario, “El derecho natural”, en Botero, Andrés (Ed.), *Filosofía del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 85-160, 142 y s.; Pampillo, Juan, *Historia general del derecho*, Oxford, University Press, 2008, pp. 264 y s.

¹⁰ Sobre la recepción de Kelsen en la región andina: Mejía, Oscar, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 57 y ss. Sobre la recepción acrítica de Schmitt: Benavides, Farid, “Continuidades y discontinuidad en Carl Schmitt”, en Múnera, Leopoldo (Ed.), *Normalidad y excepcionalidad en la política*, Bogotá, UNAL, 2008, pp. 51-84, 56.

¹¹ Llinás A., David E. “Anti-constitucionalismo y dictadura soberana”, en Marquardt, Bernd (Ed.), *Constitucionalismo Científico II*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 199-249, 206 y s.

¹² Desarrollada por el autor en: Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina*, t. 1, Bogotá, UNAL, 2011, pp. 19 y ss; Íd., *Historia Mundial del Estado*, t. 4, Bogotá, Ecoe Eds., 2014, pp. 17 y ss.

¹³ Senn, Marcel & Gschwend, Lukas, *Rechtsgeschichte II, Jurist. Zeitgeschichte*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2010, pp. 1 y ss.

compleja que una tribu preestatal puede ser manejada por un derecho meramente iusnaturalista, pero tampoco sirve un positivismo duro sin fundamentación en valores. Por eso se considera recomendable encontrar una mezcla adecuada entre los dos. En este sentido, se sostiene que el Estado constitucional moderno ha encontrado un equilibrio adecuado, con su combinación entre un poder legislativo democrático fuerte y la ética iushumana constitucionalizada en los derechos fundamentales bajo protección judicial, en forma de justicia constitucional, por parte de jueces activos que entran al papel de una rama autónoma en el equilibrio de poderes del Estado constitucional¹⁴.

2. ORÍGENES HISTÓRICOS DEL ENFRENTAMIENTO POSITIVISTA-IUSNATURALISTA

Este subcapítulo pretende acercarse a las condiciones históricas del enfrentamiento conceptual entre positivismo e iusnaturalismo que sirven como base de la hipótesis de Radbruch y von Hippel. Al respecto, la teoría jurídica de Uwe Wesel ha presentado un modelo según el cual existió originariamente una identidad entre el derecho y la moral, que con el tiempo cedió a una creciente separación, en la misma medida que creció la influencia de la política, hasta llegar a la identidad entre ésta y el derecho en el presente¹⁵. De este modelo puede criticarse la simplificación lineal y, además, que el autor subestima el derecho ético actual contenido en los derechos humanos y fundamentales. Sin embargo, se comparte con Wesel la identidad originaria entre el derecho y la moral, pues en las sociedades preestatales –los cazadores y recolectores, las sociedades agrarias simples y los jinetes nómadas de las estepas– no existieron diferenciaciones entre el derecho, la justicia, la ética, la costumbre y la religión, sino que había un sistema normativo integral no escrito derivado de la memoria, del cielo y de la naturaleza. El ser humano no se percibió como soberano frente al derecho, sino el derecho fue visto como algo eterno e inmodificable. Se pudo *encontrar* el derecho, pero no fue posible cambiarlo para mejorar consciente y progresivamente el futuro. Los cambios resultaron de la imprecisión de la memoria humana y de las oscilaciones interpretativas en la aplicación casuística¹⁶.

El nacimiento de las civilizaciones agrarias y de los primeros Estados alrededor del año 3000 a.C. llevó, en vista del desarrollo de la escritura, a experimentos con la grabación del derecho. Por primera vez se dio en forma de compilación en escritura cuneiforme, gracias al Rey Ur-Nammu del Reino mesopotámico de Ur, aproximadamente en el año 2100 a.C.; mientras la *maat* del Egipto faraónico quedó como un sistema consuetudinario de derecho, ética y normatividad religiosa. Desde entonces, varios estados dinásticos elaboraron esporádicamente colecciones jurídicas escritas, pero llama la atención que casi nunca ha sido comprobable la aplicación del respectivo texto en la práctica de las cortes de justicia. El rey fue

¹⁴ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 79 y ss, 161 y ss.

¹⁵ Wesel, Uwe, *Juristische Weltkunde*, op. cit., p. 199.

¹⁶ Comp. Marquardt, Bernd, *Historia mundial del Estado*, t. 1, op. cit., pp. 21 y s, 31.

el juez supremo, no el legislador, pues en la percepción cultural preilustrada el derecho vino del cielo y de la tradición, pero no de la voluntad humana. De tal manera, los textos se presentaron como colecciones de un derecho preexistente y no como creaciones innovadoras.

El mismo patrón del derecho sobrepositivo apareció en la Europa medieval, donde la estatalización originaria y primaria llevó a varios textos normativos que ilustran para el lector de hoy el pensamiento jurídico de entonces, pero ninguna corte de justicia los usó como los fundamentos precisos de sus sentencias. Por ejemplo, el *Espejo Sajón* del año 1225 aproximadamente, se presentó en su prólogo como una supuesta colección auténtica de las tradiciones jurídicas preexistentes en Sajonia, mientras la *Paz territorial de Maguncia* del año 1235 quiso romper con las costumbres bélicas de la nobleza guerrera para consolidar el Sacro Imperio Romano Germánico al estilo de un Estado de la paz interna. Esta última fracasó por el rechazo de la respectiva facultad legislativa: los nobles entendieron su *ius ad bellum* como sagrado e irrevocable y la “ley” fue nada más que un acuerdo entre los nobles presentes, aprobado por el juramento personal al texto, mientras los ausentes y las nuevas generaciones negaron toda su validez y relevancia. La estructuración activa de la sociedad medieval por el derecho funcionó mejor a través del otorgamiento de privilegios, por ejemplo en la forma de la delegación masiva y paralela del *bando de la sangre* –la autorización a condenar a la pena de muerte– a las autonomías feudales, mientras la ley positiva, abstracta y general, no fue ninguna alternativa viable. La ley solo funcionó después de varias generaciones, cuando ganó por su antigüedad la reputación de la identidad con las tradiciones¹⁷.

El siglo XVI europeo llevó a una profundización del Estado legislador, impulsada por la innovación tecnológica de la imprenta con letras móviles, que posibilitó por primera vez la difusión masiva de textos normativos idénticos. Entre 1495 y 1555, se acordaron las *leyes fundamentales* del Estado de la paz interna en el caso del Sacro Imperio Romano Germánico, así como en el ámbito penal y procesal se codificó la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. De igual forma, varios textos medievales reeditados como las *Siete Partidas* de Castilla alcanzaron ahora más difusión y relevancia. Sin embargo, las cortes de justicia, e incluso las cortes supremas, continuaron con su estilo casuístico, orientándose en prejuicios y principios generales; así por ejemplo, en el caso del *Consejo Cesáreo Imperial Áulico* y la *Corte de la Cámara Imperial* del Sacro Imperio Romano Germánico, tenían que aplicar prioritariamente el derecho local consuetudinario y subsidiariamente los principios del *ius comune romano-germanicum*, según la bibliografía científica de entonces. También la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 fue presentada como una ley subsidiaria frente a las costumbres locales, excepto las garantías procesales y el carácter máximo de las penas previstas, aunque alcanzó por su calidad

¹⁷ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales*, op. cit., pp. 5 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, t. 1, op. cit., pp. 78 y ss, 221 y ss.

jurídica una verdadera relevancia general. Sin embargo, todavía ningún juez de la *modernidad temprana* trabajó al estilo de la posterior subsunción¹⁸.

El gran catalizador para acentuar la dicotomía iusnaturalista-positivista, apareció en el marco de la transformación fundamental, impulsada por las tres revoluciones ilustradas del medio siglo comprendido entre 1776 y 1825, la norteamericana, la francesa y la hispanoamericana. Por una parte, los revolucionarios antisistémicos presentaron la figura del derecho natural para deslegitimar el derecho histórico del antiguo régimen europeo debido a su afirmada incompatibilidad con normas universales de una fuerza superior e innegable. Por otra parte, nunca tuvieron la visión de manejar la sociedad con normas sobrepositivas, sino que plantearon el proyecto de la codificación sistemática de su derecho natural. En este momento, el iusnaturalismo y el positivismo no fueron conceptos opuestos, sino que el primero puso a disposición los contenidos para el segundo, manifestándose en el Estado legislador moderno con sus *codificaciones del derecho natural* en asuntos constitucionales, penales, civiles, comerciales y procesales¹⁹. La idea no fue un normacentrismo vacío, sino promover la identidad entre la norma escrita y la ética universal. Esta ética se fundamentó en el paquete ideológico del *social-newtonianismo*, es decir, en la transferencia de la *naturaleza* de la ciencia natural líder de entonces, la física mecánica de Isaac Newton, a la sociedad humana con el fin de reestructurarla de acuerdo con dichos *principios naturales*. En particular, las revoluciones ilustradas quisieron romper con el poder de los jueces creativos para decidir casi libremente según principios y métodos tan vagos como generales, presentando el nuevo modelo del juez social-newtoniano como el *autómata de subsunción* teledirigida por la ley previa del poder legislativo democrático. Todo esto estuvo íntimamente conectado con la *revolución de la soberanía* alrededor de 1800, con la cual el Estado ganó la soberanía frente a las restricciones del antiguo régimen, e incluso la soberanía sobre el derecho con la facultad y el deber de mejorar legislativamente el futuro humano. De modo progresivo, se quiso acelerar la gran transformación. El fin de la vida estuvo ahora en la tierra y no en el cielo²⁰.

La afirmada identidad entre el derecho natural y el derecho positivo se rompió con el fracaso de la revolución francesa en la llamada restauración del *Congreso de Viena* de 1814-1815. Bajo una ideología antirrevolucionaria, se negó acentuadamente la existencia y relevancia del derecho natural, mientras fue conservada la ganancia de soberanía interna en forma de la estatalidad codificadora con leyes minuciosamente obligatorias para los jueces. De tal manera, se posibilitó el enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo. El siglo europeo de la *Monarquía autocrática moderna* (1814-1918) se caracterizó por el principio monárquico, es decir,

¹⁸ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales*, op. cit., pp. 9 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, t. 2, op. cit., pp. 47 y ss, 85 y ss, 103 y ss, 178 y ss.

¹⁹ Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6ª ed., Berlin, De Gruyter, 2006, pp. 179 y ss; Schlosser, Hans, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9ª ed., Heidelberg, Müller, 2001, pp. 111, 125 y ss.

²⁰ Comp. Ogorek, Regina, *Aufklärung über Justiz* 2, 2ª ed., Fráncfort, Klostermann, 2008, pp. 39 y ss; Marquardt, *Historia Mundial del Estado*, t. 4, op. cit., pp. 25 y ss, 111 y ss.

la soberanía institucional del jefe de Estado, inclusive el poder constituyente del monarca; además de la negación de la prioridad de la constitución escrita y la limitación del constitucionalismo ético a derechos fundamentales vagos sin primacía ni guardián. Existieron estos derechos, pero sin base en el derecho natural, sino derivados de la gracia estatal. También la revolución francesa había negado la posibilidad de un guardián judicial de la Constitución, para acentuar el papel líder del poder legislativo democrático, pero la monarquía autocrática moderna cambió las prioridades para subrayar el papel dominante del poder ejecutivo. De tal manera, se aseguró la libertad de un legislador predemocrático que se compuso de modo tridimensional por una cámara señorial prioritaria –de los nobles, los relativos del Rey y los designados del mismo–, otra cámara electa según un sufragio de élite y el monarca mismo en la función del legislador potente²¹.

El *largo siglo XIX* llevó a una *politización del derecho*. En lugar de la identidad con la ética, fue cada vez más relevante la influencia de las corrientes políticas en los poderes legislativos que se conformaron según rasgos liberales, conservadores y socialdemócratas –con varias subramas–. En este sentido, fue posible distinguir los códigos penales liberales con la confianza en lo bueno del hombre y penas moderadas, de los códigos conservadores que desconfiaron y buscaron penas drásticas; así como fue factible diferenciar códigos de comercio liberales con sellos librecambistas de códigos de comercio conservadores proteccionistas. La norma positivizada fue obligatoria también para los opositores políticos.

El positivismo jurídico alemán recibió empujes importantes por la dogmática de la *escuela pandectística* de científicos como Georg Friedrich Puchta (1798-1846), criticada por Rudolf von Jhering (1818-1892), a partir de 1884, como la *jurisprudencia de los conceptos*²². Aunque dicha escuela se formó originalmente en una situación precodificadora, la misma elaboró decisivamente la visión lógica y pseudo-matemática del derecho, solucionando casos mediante silogismos judiciales con la subsunción de hechos de la vida bajo una disposición normativa abstracta. De tal manera, el derecho fue reducido a un juego argumentativo sofisticado bajo la separación cortante de los contextos sociales y de las preguntas éticas de la justicia material.

En el Imperio Alemán de los decenios anteriores a la Primera Guerra Mundial, se detecta una teoría del Estado que fue prácticamente una metafísica del mismo, alrededor de ideas como las de Georg Meyer (1841-1900), que afirmó en 1895 la “omnipotencia” del Estado como el “poder jurídico más alto en la tierra”, aclarando: “Incluso actos de violencia brutales, si aparecen en forma de la ley, serían

²¹ Marquardt, Bernd, “Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria”, en *Id* (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio*, Bogotá, UNAL, 2015, pp. 19-130, 45 y ss, 51 y ss.

²² Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Colonia, Böhlau, 2005, pp. 289 y ss, 338 y ss; Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2005 (traducción: *Teoría del Derecho*, México, Ubijus, 2009), pp. 311 y ss, 318 y ss; Schlosser, *Grundzüge*, *op. cit.*, pp. 154 y ss; Senn, Marcel, *Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Zürich, Schulthess, 2007, pp. 346 y ss, 377 y ss.

derecho formal para las cortes, autoridades y súbditos y obligatorias”²³. Con este *soberanismo* acentuado se correspondió la mentalidad estamental del juez subordinado y pro-gubernamental. A pesar de ciertas influencias de la teoría ilustrada de la separación de poderes, sin retomarse formalmente, pudo percibirse todavía la larga sombra del monarca como el verdadero señor de la justicia y juez supremo. Predominó el ideal de los jueces moderados, sumisos y serviles en vez del modelo de juez emancipado y crítico. En lugar de conformar una tercera rama de la organización estatal, apareció más un brazo prolongado y subordinado al principio monárquico. Esto fue más evidente en las sentencias penales y administrativas de la persecución a supuestos enemigos públicos, donde los jueces no defendieron los derechos fundamentales de aquellos, sino que hubo una larga tradición de imponer una cruda razón del Estado para intimidar y marginalizar a la oposición antisistémica, desde los juicios contra demagogos liberales previstos por los *Decretos de Karlsbad* de 1819, pasando por la persecución penal de los demócratas después de revolución fracasada de 1848, y por el llamado *combate cultural* al catolicismo político con el delito penal de abuso del púlpito a partir de 1871; enfocándose también en la época de la *Ley antisocialista* de 1878²⁴—hasta 1890—en la izquierda socialdemócrata, para terminar en los inicios del siglo XX con la persecución de las huelgas laborales²⁵. De tal manera, el modelo del juez perseguidor fue bien conocido, aunque él mismo no se percibió a sí mismo de tal manera, por el contrario, construyó la autoimagen de uno de los segmentos más honorables de la sociedad guillermista, con un gran nivel de imparcialidad. De modo paralelo, varios científicos como Karl von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georg Jellinek (1851-1911) acentuaron la teoría del positivismo jurídico²⁶.

Aunque la transformación forzada al sistema republicano en 1918 y la subsiguiente *Constitución de Weimar* de 1919²⁷ impusieron la separación de poderes y la independencia formal de la justicia, continuaron los antiguos jueces educados en el Estado de los Hohenzollern, con la respectiva mentalidad antidemocrática en sus cabezas²⁸. Esto fue bien visible en la justicia penal desigual y antipositivista frente a delitos políticos, donde los jueces continuaron ininterrumpidamente bajo los patrones de los enemigos públicos, interiorizados en los decenios anteriores, condenando masivamente a delincuentes de la izquierda y tratando a los de la derecha con un alto grado de simpatía e impunidad *de facto*. Autores como Gumbel y Hannover han reconstruido que los juzgados alemanes, de 1918 a 1922, condenaron por 22 asesinatos políticos cometidos por delincuentes de la izquierda a diez penas de muerte, tres cadenas perpetuas y 248 años y nueve meses de prisión; mientras los 354 asesinatos políticos cometidos por delincuentes de la

²³ Meyer, Georg, *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 14 y s.

²⁴ *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* de 1878, en *RGBl.*, 1878, pp. 351 y ss. Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales*, op. cit., pp. 107-112.

²⁶ Kroeschell, Karl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 3, *Seit 1650*, 3ª ed., Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001, pp. 247 y ss.

²⁷ *Verfassung des Deutschen Reiches* de 1919, en *RGBl.*, 1919, pp. 1383 y ss.

²⁸ Walther, *Juristischer Positivismus*, op. cit., p. 269.

derecha no recibieron ninguna pena de muerte, tan solo una pena perpetua y 90 años y dos meses de prisión²⁹.

Además, la época de la República de Weimar (1919-1933) se caracterizó por un fuerte conflicto de métodos entre los teóricos del Estado³⁰. Por una parte, hay que señalar la escuela de los positivistas, alrededor del demócrata Gerhard Anschütz (1867-1948)³¹, el socialdemócrata Gustav Radbruch (1878-1949) y también el demócrata Hans Kelsen (1881-1973)³², quienes acentuaron el problema del ser y el deber ser y marcaron aún más la separación entre el derecho y la moral³³. Por otra parte, la escuela antipositivista se compuso de modo heterogéneo por el nacionalista Heinrich Triepel (1868-1946), el nacionalista Rudolf Smend (1882-1975), el socialdemócrata Hermann Heller (1891-1933), el conservador y posterior jurista de la corona del Tercer Imperio³⁴ Carl Schmitt (1888-1985) y el filósofo Erich Kaufmann (1880-1972). De los mencionados, Anschütz había afirmado en la época de la monarquía: “El Estado es jurídicamente omnipotente. [...] Él no puede cometer injusticias” (1897)³⁵; mientras Radbruch escribió en 1932: “La ciencia jurídica [...] sería incapaz de negar con buenas causas la validez de los imperativos de un paranoico que se llama Rey”³⁶. Para evitar malentendidos: en el contexto weimariano, se detecta más positivistas en el lado prodemocrático y más antipositivistas en el lado de los anticonstitucionalistas de la derecha. Esto puede sorprender a primera vista, pero hay que tener en cuenta que los portadores de la monarquía estuvieron ahora en el nuevo papel de oposición, en el cual interpretaron el cambio del sistema político en 1918-1919 como un acto de traición; por lo tanto, no reconocieron la Constitución weimariana de 1919 como legítima y, en particular, percibieron que el poder legislativo estaba ahora en manos y en beneficio de los republicanos. En otras palabras, si querían criticar la ley republicana, necesitaban asumir una posición por fuera del positivismo.

El positivismo social-liberal de la época de Weimar fue precisamente un *positivismo decapitado*, pues no fue incluido profundamente en la Constitución.

²⁹ Gumbel, E. Julius, *Vier Jahre politischer Mord*, Berlín, Neue Gesellschaft, 1922, pp. 81 y 149. Confirmación: Hannover, Heinrich & Hannover-Drück, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Fráncfort, Fischer, 1966, p. 18. Véase también: Angermund, Dt. Richterschaft, *op. cit.*, pp. 31 y ss; Gross, Raphael, *Anständig geblieben, Nationalsozialistische Moral*, Bonn, BPB, 2010, p. 131; Schönehoven, Klaus, “Republik ohne Rechtsschutz”, en Hutter, Franz-J. & Tessler, Carsten (Ed.), *Die Menschenrechte in Deutschland*, Múnich, Beck, 1997, pp. 73-88; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 469 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, pp. 265 y s.

³⁰ Korb, Axel, *Kelsens Kritiker*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 31 y ss, 63 y ss, 106 y ss, 123 y ss, 135 y ss, 148 y ss; Stolleis, *A history of Public Law*, t. 3, *op. cit.*, pp. 139-178; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 330 y s.

³¹ Se trató del comentarista principal y más estimado de la *Constitución de Weimar* de 1919.

³² Obra clásica: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Viena, Deuticke, 1934.

³³ Rüthers, *Rechtstheorie*, *op. cit.*, pp. 318 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, pp. 272 y s.

³⁴ Término del politólogo Waldemar Gurian (1902-1954). Comp. Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt, Aufstieg und Fall*, Múnich, Beck, 2009, pp. 281, 289, 296, 322; Sosa, Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff*, Madrid, M. Pons, 2008, pp. 14 y ss.

³⁵ Anschütz, Gerhard, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt*, Berlín, C. Heymanns, 1897, pp. 1, 14.

³⁶ Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Leipzig, Quelle & Meyer, 1932, pp. 77, 83 y s.

Especialmente quedó limitado el valor garantista del catálogo amplio de derechos fundamentales (arts. 109-165), pues se trató de normas programáticas para la orientación del legislador³⁷, tan solemnes como vagas, sin establecerse ningún guardián judicial de las mismas. De tal manera, se partió de la gran libertad del legislador, no solo para concretizar las barreras de los derechos, sino para modificar cualquier contenido de la carta sin necesidad de efectuar este cambio en el texto constitucional mismo. Faltó la separación cortante entre los poderes constituyente y legislativo. De la época imperial, el derecho weimariano retomó el principio de la *reserva para la ley* (Vorbehalt des Gesetzes), es decir, las intervenciones en la esfera de la sociedad requirieron de la forma de la ley, pero sin entenderla predefinida en términos materiales y éticos. En otras palabras, quedo ausente toda dogmática eficaz para garantizar el núcleo de los derechos fundamentales como intocable. De igual forma, la dogmática jurídica conoció, como una herencia de la época guillerminista, la figura autocrática de los *besondere Gewaltverhältnisse* –las relaciones especiales de poder– para subrayar la vinculación más intensa de ciertas personas con el poder estatal, fuera de la zona general de los derechos fundamentales y de la reserva para la ley, aplicando esta última a círculos tan heterogéneos como los prisioneros, los estudiantes de colegio y universidad, los conscriptos y todo tipo de funcionario público –incluyendo los jueces–.

También puede repensarse la posibilidad de un *positivismo deshonesto*. La dogmática jurídica alemana obligó a un esquema estricto para evaluar y solucionar casos, transferido con una enorme rigidez a las cabezas de los estudiantes de derecho; pero el esquema entró, al fin, a la gran libertad de retomar la opinión, a b o c de la jurisprudencia o doctrina, sin prejuicio obligatorio, posibilitando una variedad de resultados defendibles que dependieron, prácticamente, de la evaluación previa del aplicador. De tal manera, la autoimagen positivista sirvió para liberar la conciencia de los jueces de las evaluaciones previas y reales, de modo que ellos pudieran presentarse como un círculo de supuestos sabios absolutamente imparciales con decisiones que salieron de operaciones lógicas innegables.

No obstante, también el antipositivismo neo-iusnaturalista mostró problemas de veracidad. Si se comparan los contenidos precisos de las teorías del derecho natural de los derechoistas del *Interbellum* con el perfil liberal de las revoluciones ilustradas alrededor de 1800, o con la justicia estamental de la época medieval de Tomas de Aquino, prácticamente no se encuentra nada en común. Por eso, la teoría jurídica crítica de Uwe Wesel compara el derecho natural con *el mago y el conejo*: lo que se esconde con anticipación en el sombrero, es lo que va a salir en el show³⁸.

Hay que anotar que el enfrentamiento positivista-iusnaturalista tuvo una solución a largo plazo: el Estado constitucional fuerte, con la positivización de la ética liberal, social y ambiental en forma de derechos fundamentales intocables, protegidos

³⁷ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 319 y s.

³⁸ Wesel, *Juristische Weltkunde*, op. cit., p. 73.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

por una justicia constitucional fuerte que actúe como la verdadera tercera rama de la organización estatal, independiente frente al poder legislativo y ejecutivo. Sin embargo, para poder reconocer la necesidad y la prioridad de la Constitución, tuvo que pasarse por una especie de infierno de justicia.

3. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DE WEIMAR (1930-1933) Y VIENA (1933-1938)

Para un mayor grado de claridad, puede anotarse lo siguiente: desde el momento de su nacimiento, la República de Weimar (1919-1933) fue condenada a la muerte. Por supuesto, no a la muerte traumática que recibió finalmente y, tampoco, sin opción a un indulto en el transcurso del tiempo, pero con una probabilidad limitada a recibirlo.

Uno de los grandes mitos de la democracia moderna consiste en la suposición de que solo hay que introducirla y después funcionaría perfectamente a causa de la superioridad de su calidad ética y de su modo de solucionar conflictos. De tal manera, se tiende fácilmente a ignorar el problema de la situación fundacional que se puede comprobar empíricamente en casi cualquiera primera democratización de un país. La democracia joven tiene que trabajar con élites socializadas en el régimen anterior y que no han aprendido la cultura democrática. Necesitan aplicar por primera vez un sistema competitivo, sin disponer de ninguna experiencia práctica sobre la delimitación tan fina como fundamental entre los medios de competición permitidos y prohibidos.

En la primera república alemana, hubo una escasez enorme de demócratas en los sectores interiores del Estado. El sistema se caracterizó por la continuidad de las élites guillerministas, tanto en la diplomacia como en el liderazgo militar, y además, en los altos funcionarios, en los profesores y también en el aparato de justicia. El resultado fue paradójico: en los segmentos más íntimos del poder público, se encontraron solo pocas personas que estimaron el Estado *concreto*. En cuanto a los jueces, puede detectarse el perfil predominante de la identificación con la derecha, al margen o fuera de la Constitución de 1919. La afiliación típica del juez weimariano se dirigió a uno de los partidos nacionalistas y restaurativos, no como tal al partido nazi con su perfil popular y anti-intelectual, pero sí con mucha cercanía en sus planteamientos generales³⁹. No era fuera de lo común que en la mentalidad del jurista de entonces se percibiera al político republicano como una especie de traidor del Estado y la nación.

Este problema general se mezcló con dos maldiciones especiales. El primer problema fue la republicanización a la fuerza, impuesta desde afuera por las potencias victoriosas de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), especialmente los EE.UU.,

³⁹ Angermund, *Deutsche Richterschaft*, op. cit., pp. 40 y ss; Möller, Horst, *Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie*, 10ª ed., München, DTV, 2012, pp. 184 y ss.

que habían transformado la Gran Guerra, a partir de 1917, en una especie de cruzada para la democracia. En la caída de los tronos en Berlín, Dresde, Múnich, Stuttgart o Viena, jugó un papel adicional la adopción de prácticas revolucionarias por parte de los conscriptos en los ejércitos populares, el instinto de poder de la hasta entonces oposición y la deslegitimización de los monarcas por el fracaso en su función más tradicional, la del liderazgo militar. En definitiva, el origen de la República es una mezcla entre la imposición desde afuera y la revolución interna, esto contribuyó para ser interpretada como ilegítima.

La segunda maldición específica fue la gran humillación por el *Tratado de Paz de Versalles* de 1919⁴⁰. Los vencedores rompieron con la tradición europea de las paces reconciliadoras en beneficio de una paz acentuadamente orgullosa y vencedora. Primero, obligaron a la joven República a reconocer la culpa unilateral de las potencias vencidas (art. 231), en contra de la veracidad histórica de la responsabilidad colectiva de las cinco grandes potencias europeas en el sistema internacional de la *anarquía de la soberanía*, quienes habían iniciado una especie de mundial para determinar el verdadero campeón bélico⁴¹. Segundo, estigmatizaron al emperador alemán como un criminal de guerra (art. 227) –aunque hubo todavía un *ius ad bellum* libre sin criminalización de la guerra y a pesar de múltiples excesos de violencia en todos los lados–. Tercero, impusieron cesiones territoriales significativas, oficialmente bajo el lema de la autodeterminación de los pueblos, pero efectivamente al estilo del derecho del vencedor –obligando a Alemania a cesiones de múltiples territorios germanoparlantes, concebidas como mutilaciones nacionales–. Cuarto, prohibieron la reunificación de Austria, deseada en la tradición de la Federación Germánica. Quinto, establecieron la desmilitarización unilateral. Sexto, obligaron a pagar la guerra de los vencedores con reparaciones excesivamente altas; y séptimo, previeron la pérdida –por lo menos pasajeramente– de las principales zonas industriales. Los políticos republicanos que firmaron dicha paz fueron estigmatizados como los *políticos sirvientes* (Erfüllungspolitiker) de los enemigos. Además, la derecha difundió la *Leyenda de la puñalada por la espalda* (Dolchstoßlegende), según la cual, la rebelión de los republicanos había asesinado por la espalda a las fuerzas armadas alemanas no vencidas, aunque solo el liderazgo militar alrededor del ambiguo general Ludendorff hubiera podido ser un eventual candidato para dicha acción. En resumen, la humillación de Versalles entregó a la derecha alemana el aspecto clave para deslegitimar la república constitucional y exigir políticas para la restauración del orgullo nacional, mientras las fuerzas pro-sistémicas no supieron defenderse frente a las estigmatizaciones colectivas y profundas⁴².

⁴⁰ *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne, Traité de Versailles, le 28 juin 1919*. Comp. Marquardt, Bernd, “200 años del Congreso de Viena (1814/1815) y 100 años de la Primera Guerra Mundial (1914/1918)”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 40, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 15-68, 45 y ss.

⁴¹ Clark, Christopher, *The Sleepwalkers*, Londres, Penguin Books, 2013.

⁴² Comp. Büttner, Ursula, *Weimar, Die überforderte Republik*, Bonn, BPB, 2010, p. 500; Mai, Gunther, *Die Weimarer Republik*, Múnich, Beck, 2009, pp. 37 y ss; Möller, *Die Weimarer Republik, op. cit.*, pp. 140 y ss; Mommsen, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996, pp. 89 y ss.

El resultado principal de esta constelación fue la *democracia sin demócratas*, o mejor dicho, *sin mayoría* de demócratas. Ya en la primera elección parlamentaria, efectuada en 1920, los partidos pro-sistémicos fueron reducidos al papel minoritario del 43% de los escaños. En las elecciones de 1924, se logró, por la renuncia de los nacional-liberales al monarquismo, una nueva mayoría pro-sistémica más conservadora, pero se perpetuaron también fuertes márgenes de la derecha e izquierda acentuada por fuera de este consenso mínimo que ganó, finalmente, un papel mayoritario⁴³. Ambos no pudieron cooperar a causa de sus diferencias ideológicas insuperables, pero se estableció un clima político en el cual solo una minoría de los alemanes estuvo dispuesta a identificarse con el Estado concreto.

Uno de los efectos más dramáticos fue un enorme grado de violencia política con las dos olas principales de 1918 a 1923 y de 1929 a 1933, caracterizadas por actividades paramilitares de la derecha, combatientes de la izquierda y una violentización del poder estatal mismo, que aprendió a aplicar medidas duras del Estado de la paz y seguridad interna, incluyendo ejecuciones federales en Estados federados desobedientes (art. 48 I de la Constitución de Weimar)⁴⁴. En once de sus 15 años, la primera República alemana mostró síntomas fuertes de un *Estado fallido*, pero contradictoriamente en un Estado que fue, de modo paralelo, una potencia mundial renaciente en términos militares, industriales, tecnológicos, organizacionales e intelectuales –una combinación explosiva–.

Hay que ver todo lo expuesto en un contexto europeo común. Los decenios posteriores a la Primera Guerra Mundial se caracterizaron generalmente por el ascenso de ideologías antiliberales. En muchos círculos intelectuales estuvo de moda acentuar posiciones del Estado fuerte, del nacionalismo agudo y del Estado paternalista, mientras el liberalismo entró en crisis al ser visto como la ideología del siglo pasado que ya había sido superada. En este espíritu, no sorprende mucho que la mayor parte de las jóvenes repúblicas europeas se transformaran del modelo del Estado constitucional democrático, en variantes más o menos acentuadas de la República autocrática o dictadura soberana. Alemania fue parte de estas tendencias continentales.

Vale la pena revisar ahora los problemas estructurales en la Carta alemana de 1919. El primero de estos, puede resumirse en la Constitución sin guardián, es decir, no se retomó la propuesta de la Constitución fracasada de Fráncfort de 1849 de instaurar una justicia constitucional fuerte con facultades del amparo iusfundamental, sino que en su lugar el *Tribunal del Estado* (art. 108 de la carta de 1919) no fue competente ni para recursos de amparo ni para el control de constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, los derechos fundamentales liberales y sociales que –a diferencia de la Constitución imperial muy técnica de 1871– ahora fueron incluidos

⁴³ Álvarez, Leonardo, “La Constitución de Weimar, ¿Una República sin republicanos?” en revista *Historia Constitucional*, núm. 12, Madrid, CEPC, 2011, pp. 443-459, 443, 457; Büttner, *Weimar, op. cit.*, pp. 147 y ss, 377 y ss.

⁴⁴ Büttner, *Weimar, op. cit.*, pp. 182 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte, op. cit.*, pp. 322 y ss.

en los artículos 109 a 165 de la norma de normas, quedaron muy débiles y fuera del núcleo de la teoría y la práctica jurídica. Consecuentemente, para un futuro *caudillo* fue fácil eliminarlos por completo.

La segunda debilidad estructural consistió en las medidas excepcionales del Estado de la paz interna, previstas en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizó al Presidente de la República tanto a ejecuciones federales contra Estados federados desobedientes, como a todas las demás medidas declaradas necesarias para superar amenazas a la seguridad interna y al orden público; inclusive el uso interno de las fuerzas armadas y la suspensión de los derechos fundamentales de la libertad de la persona (art. 114), de la inviolabilidad de la vivienda (art. 115), del secreto postal (art. 117), de la libertad de expresión, de la libertad de prensa (art. 118), de la libertad de reunión (art. 123), de la libertad de asociación (art. 124) y de la propiedad (art. 153). Esto fue entendido en la práctica como la facultad presidencial de promulgar decretos legislativos con dichos contenidos excepcionales. No existió el requisito de la autorización previa por el parlamento, sino que el presidente estuvo en plena libertad de diagnosticar la perturbación de la seguridad interna y de tomar las medidas consideradas como adecuadas. Aunque no se trató de la intención de la Asamblea Constituyente, el artículo 48 posibilitó un “estado de sitio” excesivo, hasta vaciar completamente la carta bajo la apariencia de lo legal. Para la contextualización, vale la pena recordar la famosa frase de 1922 del teórico jurídico neo-hobbesiano de la derecha alemana Carl Schmitt: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”⁴⁵.

Todo lo dicho se reforzó por la presión social de la Gran Depresión económica de 1929. Ante un desempleo masivo hasta del 29,9% (1932) y un neo-pauperismo no esperado, el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, con su mezcla ideológica entre nacionalismo y socialismo, su perfil populista y sus respuestas supuestamente fáciles, mostró éxitos electorales y ascendió en 1930 al rango del segundo partido más fuerte del parlamento (18,3%), ganando en 1932 incluso la mayoría relativa del 37,4% y en 1933 el 43,9%, lo que logró combinarse con los escaños del Partido Nacional del Pueblo Alemán para disponer, en 1933, de la mayoría absoluta⁴⁶.

Ya a partir de 1930, la República alemana se transformó en una dictadura presidencial en manos del militar y noble Paul von Hindenburg (1925-1934), un monarquista con una distancia enorme frente a los contenidos de la Constitución republicana. Este año de 1930 fue también el momento clave en el cual gran parte de las élites funcionales –inclusive los juristas– revocaron su lealtad a la democracia, asumida penosa y parcialmente desde el apaciguamiento del clima político en 1924. A partir de 1930, Hindenburg gobernó con gabinetes presidenciales sin respaldo de coaliciones parlamentarias. Estos gabinetes en manos de los canci-

⁴⁵ Schmitt, Carl, *Politische Theologie*, 8ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 13.

⁴⁶ Büttner, *Weimar*, op. cit., pp. 418 y ss, 444 y s, 473 y s, 507; Mai, *Die Weimarer Republik*, op. cit., pp. 106 y ss; Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, op. cit., pp. 318 y ss.

lles conservadores Brüning, von Papen y von Schleicher, fueron protegidos por el estado de sitio permanente con base en el artículo 48 de la Constitución y los respectivos decretos presidenciales para poder gobernar con independencia del consenso parlamentario⁴⁷. Uno de estos decretos de 1932, autorizó el *golpe de Estado prusiano* (Preußenschlag)⁴⁸, una ejecución federal con la cual Hindenburg eliminó el último bastión de la oposición socialdemócrata, destituyendo con una argumentación manipulada al gobierno del Estado federado más grande –idéntico con el 62% del territorio completo– para unificarlo con el gobierno imperial. En el subsiguiente enfrentamiento jurídico ante el Tribunal del Estado, los jueces subrayaron su no disposición a defender la Constitución de Weimar y su principio federal⁴⁹. Como cuarto canciller de esta dictadura presidencial, Hindenburg nombró en 1933 al líder del partido más fuerte en el parlamento, el nacionalsocialista de origen austríaco Adolf Hitler⁵⁰.

Con base en el *Decreto presidencial para la Protección del pueblo y del Estado o Decreto del incendio del Reichstag* de 1933⁵¹, que suprimió los derechos fundamentales de la comunicación política y agudizó el derecho penal político, Hindenburg y Hitler empezaron a perseguir a la oposición política según lógicas antiterroristas. Siguió la *Ley para superar la emergencia que amenaza al Pueblo y al Estado o Ley habilitante* de 1933, con la cual el parlamento alemán se autoderrocó⁵². Basada en los votos no solo de los partidos de la derecha extrema, sino también de todos los partidos burgueses, con la única excepción de noventa y cuatro socialdemócratas, el parlamento delegó el poder legislativo al ejecutivo y revocó, de tal manera, el principio de la separación horizontal de poderes. Así mismo, la *Ley habilitante* estipuló que estas leyes ejecutivas pudieran distinguirse de los contenidos de la Constitución. En el espíritu del positivismo jurídico acentuado, se partió de una modificación *legal* de la Constitución vigente sin suprimirla –el constitucionalista Heinrich Triepel

⁴⁷ Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 13ª ed., München, Beck, 2014, pp. 275 y ss; Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, op. cit., pp. 399 y ss; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 331 y ss.

⁴⁸ *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Preußen* de 1932, en *RGBl.* I, 1932 I, p. 377. Al respecto: Büttner, *Weimar*, op. cit., pp. 471 y s; Dyzenhaus, David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar”, en revista *American Political Science Review*, t. 9, núm. 1, New Hampshire, APCA, 1997, pp. 121-134.

⁴⁹ Staatsgerichtshof, *Preußen contra Reich*, sentencia de 25 de octubre 1932, en *RGZ*, t. 138, 1932, anexo, pp. 1-43.

⁵⁰ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 335.

⁵¹ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, p. 83. Comp. Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 303 y ss; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 337.

⁵² *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, pp. 141 y ss. Véase Benz, Wolfgang, *A Concise History of the Third Reich*, Berkeley, University of California Press, 2006, pp. 26 y ss; Eisenhardt, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., München, Beck, 2013, pp. 383 y s; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 305 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung*, op. cit., pp. 390 y ss; Meder, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 360 y s; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, op. cit., pp. 121 y s; Stolleis, Michael, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, 1914-1945, Oxford, University Press, 2004, pp. 332 y ss; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., pp. 494 y s; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 338.

habló en 1933 de la “revolución legal”⁵³–, teniendo en cuenta que el artículo 76 de la carta había autorizado al legislador a cualquier modificación constitucional con la mayoría calificada de dos tercios de los parlamentarios. Incluso autores liberales como Anschütz habían defendido esta potestad parlamentaria, sin prever ninguna garantía de un núcleo intocable. Por lo demás, cabe constatar que los parlamentarios nacionalistas y burgueses involucrados, empezaron a reemplazar los valores básicos del constitucionalismo moderno por su antítesis más radical⁵⁴.

En este sentido, siguieron los decretos-leyes de homogeneización (*Gleichschaltung*) que suprimieron toda la organización federal del Estado, proveniente de una tradición milenaria, transformando los Estados federados en *gobernaciones imperiales* dirigidas centralmente⁵⁵. De igual forma, eliminaron el sistema competitivo de varios partidos políticos, por ejemplo bajo la declaración ministerial de que el Partido Socialdemócrata Alemán sería una *organización hostil al Estado y pueblo*⁵⁶. Por el contrario, el Partido Nacionalsocialista, según el *Decreto-ley contra la formación de nuevos partidos* de 1933⁵⁷, quedó como el partido único, lo que fue confirmado por el *Decreto-ley para asegurar la unidad entre partido y Estado* del mismo año⁵⁸, que presentó el papel del partido como el portador del concepto alemán de Estado y su carácter jurídico como una corporación del derecho público. En la misma lógica, se decretó la expropiación de los bienes usados para la agitación comunista y socialdemócrata, sin otorgar indemnizaciones. La dieta imperial como tal continuó existiendo como un parlamento unipartidista, pero su papel marginalizado fue subrayado por la autorización de solo siete leyes de la época nazi –en comparación con 986 leyes ejecutivas⁵⁹–.

Prácticamente, todo derecho fundamental de tipo liberal fue revocado, por ejemplo la libertad de prensa mediante una ley de 1933 que declaró el trabajo del periodista una función pública (§ 1), subordinado al deber de publicar en beneficio del poder imperial, de la voluntad colectiva del pueblo y del honor del alemán (§ 14) y bajo el control del Ministerio de propaganda (§ 26) y amenazas penales (§ 38)⁶⁰, así como también resultó revocado el derecho de reunión⁶¹. Un eufemismo habló de la diso-

⁵³ Boldt, Hans, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. 2, 2ª ed., München, DTV, 1993, p. 268; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 297.

⁵⁴ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 339 y s.

⁵⁵ *Gesetz über den Neuaufbau des Reichs* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 75. Véase Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 308 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 338.

⁵⁶ Comp. el artículo *Das Verbot der SPD, Wohlverdientes Ende der marxistischen Landesverratspartei*, en periódico *Völkischer Beobachter* de 24 de junio de 1933, publicación virtual en: <http://www.demokratiegeschichte.eu/index.php?id=207> (31.03.2015).

⁵⁷ *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien* de 1933, en *RGBl. I*, 1933 p. 479. Al respecto: Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 311 y ss.

⁵⁸ *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat* de 1933, en *RGBl. I*, 1933 p. 1016. Comp. Benz, *A Concise History of the Third Reich*, op. cit., p. 48.

⁵⁹ Deutscher Bundestag (Ed.), *Deutscher Parlamentarismus, Nationalsozialismus (1933-1945)*, publicación virtual en: http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/parlamentarismus/drittes_reich/ (31.03.2015).

⁶⁰ *Schriftleitergesetz* de 1933, en *RGBl. I*, 1933, pp. 713-717.

⁶¹ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des Deutschen Volkes* de 1933, en *RGBl. I*, 1933, pp. 35-40.

lución de la separación artificial entre Estado y sociedad⁶². El *Decreto-ley para la restauración del servicio público profesional* de 1933⁶³ posibilitó la expulsión de todos los funcionarios públicos, jueces, profesores y diplomáticos que fueron sospechosos de deslealtad al Estado nacional, por su orientación política o por su pertenencia a la fe judía. De los 378 profesores de ciencias jurídicas de las universidades alemanas, 120 perdieron su profesión, abriendo los respectivos puestos para jóvenes docentes *habilitados* con una orientación pro-sistémica⁶⁴. Llama la atención que después de las limpiezas políticas y religiosas de la fase inicial, se presentaron muy pocos casos de una persecución disciplinaria de jueces, profesores de derecho u otros funcionarios por deslealtad política, es decir, el sistema pudo confiar en un nivel aumentado de obediencia según sus expectativas.

La política anti-iusfundamental más llamativa de la dictadura nazi se dirigió a la exclusión de la minoría religiosa de los judíos que contuvo aproximadamente el 0,9% de los alemanes, pero el 22% de los abogados litigantes⁶⁵. A pesar de que el partido nazi se entendió a sí mismo como un movimiento igualitario, revocó la igualdad legal para dicha comunidad religiosa, sometiéndola a múltiples normas excluyentes inspiradas en el derecho que la Europa preilustrada había aplicado a los creyentes de la fe mosaica, desconstruyendo así, entre 1935 y 1941, cada vez más su pertenencia a la ciudadanía alemana⁶⁶. Precisamente, los nazis declararon a los judíos una supuesta raza inferior⁶⁷, mezclando el antijudaísmo preilustrado con inspiraciones en el racismo colonial del imperialismo europeo y la respectiva teoría pseudo-científica del *darwinismo social*⁶⁸. Hasta 1941, la política oficial se enfocó en la presión a la emigración, principalmente a las Américas y Palestina, lo

⁶² Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. 2, op. cit., pp. 275 y s.

⁶³ *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* de 1933, en *RGBl. I*, 1933 p. 175. Véase Angermund, *Dt. Richterschaft*, op. cit., pp. 50 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 344.

⁶⁴ En todas las carreras, fue expulsado el 18,6% de los profesores. De ellos, el 62,2% emigró. Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 89; Grüttner, Michael & Kinas, Sven, “Die Vertreibung von Wissenschaftlern aus den deutschen Universitäten 1933-1945”, en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, núm. 1, Múnich, Oldenbourg, 2007, pp. 123-187, 141, 143.

⁶⁵ Büttner, *Weimar*, op. cit., pp. 283 y s; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 77 y s.

⁶⁶ La *Ley de ciudadanía imperial* de 1935 confirmó la ciudadanía judía, pero con menores derechos. En una sentencia de 1936, la Corte Imperial igualó el origen judío con la muerte civil para posibilitar la dimisión de un contrato con un director de cine judío. El 5º *reglamento de la Ley de ciudadanía imperial* de 1938 prohibió a los judíos la profesión del abogado litigante. El *reglamento de nombres* de 1938, obligó a retomar los nombres *Israel* o *Sara*. El 11º *reglamento de la Ley de ciudadanía imperial* de 1941 llevó a la pérdida completa de la ciudadanía. Normas: *Reichsbürgergesetz* de 1935, en *RGBl. I*, 1935, p. 1146; Reichsgericht, Zivilsenat, *sentencia de 1936*, en revista *Juristische Wochenschrift (JW)*, Leipzig, Moeser, 1936, pp. 2537 y ss; 5. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1938, en *RGBl. I*, 1938, pp. 1403-1406; 2. *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen* de 1938, en *RGBl. I*, 1938, p. 1044; 11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1941, en *RGBl. I*, 1941, p. 722. Al respecto: Benz, Wolfgang, *Der Holocaust*, 8ª ed., Múnich, Beck, 2014, pp. 23 y ss; Brenner, Michael, *A short History of the Jews*, Princeton, Univ. Press, 2010, pp. 320 y ss; Meyer, Beate, “Ausgrenzung und Vernichtung der deutschen Juden 1933-1945”, en Herzog, Arno & Rademacher, Cay (Eds.), *Die Geschichte der Juden in Deutschland*, Bonn, BPB, 2008, pp. 196-217.

⁶⁷ No se persiguió según el criterio de la fe practicada, sino según la descendencia de la sangre judía, inclusive personas ateístas, cristianos de conversión y cristianos que descendieron de dos o menos abuelos judíos (llamados *Mischlinge*, mestizos).

⁶⁸ Senn, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 381 y ss; Íd. & Gschwend, *Rechtsgeschichte II*, op. cit., pp. 73 y ss.

que efectivamente fue llevado a cabo por aproximadamente el 70% de los judíos alemanes⁶⁹.

Mediante la legitimación plebiscitaria, la autocracia nazi unificó en 1934 la rama ejecutiva dual, es decir, el puesto del presidente con el de canciller, bajo la nueva denominación *Führer* (caudillo), en manos del dictador Hitler⁷⁰. En este momento, todos los contenidos éticos y limitadores de la Carta de Weimar fueron suprimidos sin que se hubiera derogado la carta en términos formales. Ya en 1933, el jurista de la corona del Tercer Imperio Carl Schmitt comentó: “La Constitución de Weimar ya no es válida”⁷¹. La única memoria vaga de la Carta consistió en la renovación puntual de la Ley habilitante cada cuatro años. Prácticamente, la norma de normas fue reemplazada por un derecho político no codificado, enfocado en dos principios básicos: primero, la *comunidad popular* posindividualista y colectivista y, segundo, el *principio del caudillo* (*Führerprinzip*)⁷² que reactivó el principio monárquico (*monarchisches Prinzip*) del largosiglo XIX⁷³ bajo la transferencia conceptual a la dictadura nazi, realizando una variante acentuada de la *unión de poderes* en vez de la separación de los mismos. Este modelo de la *monocracia republicana* le gustó a muchos alemanes de entonces, socializados en la época de la monarquía, pues reconocieron una especie de neo-emperador salvador con un origen entre ellos mismos. Una síntesis del nuevo derecho político fue presentada en 1939 por el anti-constitucionalista Ernst Rudolf Huber en su libro *Derecho constitucional del Imperio Gran Alemán*⁷⁴.

La destrucción de la segunda Constitución republicana joven en el territorio de la posterior dictadura nazi, la austríaca de 1920⁷⁵, empezó también en 1933 con el autogolpe de Estado del canciller *Engelbert Dollfuß*, promovido por los grupos paramilitares de los *Heimwehren* (autodefensas patrióticas), y la subsiguiente construcción de la *dictadura austrofascista*, bajo los sellos del nacionalismo alemán y de la estatalidad autocrática neo-estamental⁷⁶. La ideología nacionalista de ser el segundo Estado alemán, e incluso el mejor, promovió el concepto de la reunifica-

⁶⁹ Comp. Asmuss, Burkhard (Ed.), *Holocaust*, Berlín, DHM, 2002, pp. 65 y ss; Benz, *Der Holocaust*, op. cit., pp. 30 y ss; Brenner, *A short History of the Jews*, op. cit., pp. 331 y ss; Scriba, Arnulf, *Emigration aus dem NS-Staat*, Berlín, DHM, 2006, publicación virtual en: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/etablierung/paris/> (31.03.2015); Jüdisches Museum Berlin & Haus der Geschichte (Eds.), *Heimat und Exil*, Fráncfort, Suhrkamp, 2006. Sobre el Holocausto a partir de 1941, véase el 7º subcapítulo.

⁷⁰ *Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 747. Comp. Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 314 y s.

⁷¹ Schmitt, Carl, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 5.

⁷² Cristi, Renato, “La lección de Schmitt”, en revista *Ciencia Política*, vol. 28, núm. 2, Santiago, Univ. Católica, 2008, pp. 17-31; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 313 y ss, 317 y s; Meder, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 367 y s; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., p. 103; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 340 y ss.

⁷³ Marquardt, *Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna*, op. cit., p. 80.

⁷⁴ Huber, Ernst R., *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2ª ed., Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939.

⁷⁵ *Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920*, en *Bundesgesetzblatt*, 1920, pp. 1 y ss.

⁷⁶ Brauneder, Wilhelm, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 10ª ed., Viena, Manz, 2005, pp. 231 y ss; Hoke, Rudolf, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Böhlau, 1992, pp. 473 y s; Stolleis, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, op. cit., pp. 136 y ss.

ción en la tradición del Sacro Imperio Romano Germánico (hasta 1806) y de la Federación Germánica (1815-1866), prevista tanto en la Constitución de Weimar de 1919 como en la *Ley sobre la forma del Estado y del gobierno de la Austria alemana* de 1918⁷⁷. Con el *Anschluß* de 1938, el austriaco Hitler ejecutó la misma de modo legislativo bajo la legitimación a través de un referéndum con el 99,7% del electorado⁷⁸. Desde entonces, Austria compartió la historia de la dictadura nazi con una participación aproximadamente proporcional.

Puede sorprender a primera vista, pero no hay dudas acerca de que en los años de paz, de 1933 a 1939, la dictadura nacionalsocialista recibió muchos aplausos de sus ciudadanos. Fueron bien vistas, tanto la política de la revocación del Tratado de Versalles como la unificación del Estado nación; tanto el renacimiento internacional del papel propio en el círculo de las grandes potencias europeas como el rearme militar; tanto la consolidación de la estatalidad social redistributiva como el anticapitalismo antioligárquico; tanto el milagro económico de la superación de la crisis de 1929 como el combate exitoso del desempleo; tanto la *comunidad popular* (*Volksgemeinschaft*) solidaria como el turismo de los obreros en la organización *Fuerza a través de la alegría* (*Kraft durch Freude*); tanto el proyecto de la motorización masiva con los *carros del pueblo* (*Volkswagen*) como la construcción de la primera red nacional de autopistas a doble calzada (*Autobahnen*) en el mundo; tanto los vuelos transatlánticos con zeppelines como el primer sistema mundial de trenes de alta velocidad (*trenes voladores* diesel de 1933 con hasta 205 km/h, record mundial a vapor con 200 km/h en 1936); tanto los *radios del pueblo* de 1933 como el proyecto de la televisión popular a partir de 1935; tanto la legislación ambiental de 1935 como la Ley matrimonial de 1938.

Muchas de estas políticas fueron percibidas como modernas, efectuadas por un movimiento joven y prudente frente a los excesos indeseados de dicha modernidad industrial. Es una regla casi general que las dictaduras son exitosas en las políticas de infraestructura, pues no son frenadas por eventuales derechos afectados. No fueron *tan* populares⁷⁹, en cambio, las *Leyes de Núremberg* antisemitas de 1935⁸⁰, pero las mismas entraron a una mezcla difusa entre la aceptación pasiva, el no apoyo a los marginalizados y la colaboración con el régimen en varias intensidades. En este ámbito, el darwinismo socialde Hitler logró conectarse tanto con el antijudaísmo religioso de la tradición europea milenaria, como con muchos resentimientos frente al éxito de la emancipación judía integradora desde el último tercio del siglo XIX. En el consentimiento pro-gubernamental de los gobernados, no debe subestimarse el elemento del carisma del dictador, estimado como un

⁷⁷ *Gesetzüber die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich* de 1918, en *Staatsgesetzblatt*, núm. 5, 1918.

⁷⁸ *Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, pp. 237-238; Brauner, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 248 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 494 y ss.

⁷⁹ Friedländer, Saul, *Nachdenken über den Holocaust*, München, Beck, 2007, p. 17.

⁸⁰ *Reichsbürgergesetz* de 1935, op. cit.; *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, en *RGBl.* I, 1935, pp. 1146-1147. Comp. Rüthers, *Die Gesetzgebung*, op. cit., p. 127.

tribuno popular; por eso, Hans Ulrich Wehler entiende al Estado nacionalsocialista como una especie de *gobierno carismático*⁸¹. También en los subsiguientes años de la guerra, entre el otoño de 1939 y la primavera de 1945, la lealtad de los alemanes, incluyendo la de los austriacos, fue casi absoluta, de modo que la resistencia se presentó como un mero fenómeno marginal de grupos muy pequeños y aislados, en particular de algunos nobles y militares que buscaron otra autocracia de derecha, pero *sin el nuevo Gengis Kan*.

4. ELEMENTOS DE UN SEUDO-POSITIVISMO JURÍDICO EN LA ÉPOCA NAZI

Ahora se pretende debatir en tres subcapítulos el siguiente cuestionamiento, con un enfoque en los jueces y demás juristas: durante los doce años de la época nazi, ¿cuáles elementos positivistas jugaron un papel importante para que múltiples jueces se transformaran en coautores de delitos graves y cuáles fueron los elementos anti-positivistas relevantes? ¿Cuáles predominaron y porque? Lo que parece a primera vista positivista, ¿fue realmente un positivismo o fue más una desestructuración de las formas jurídicas mediante normas de un nuevo tipo?

En el lado del positivismo pueden indicarse, en primer lugar, las modalidades de la toma de poder pseudo-legalista, descritas en el capítulo anterior. El Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán evitó toda apariencia de golpe de Estado y se presentó como un nuevo gobierno común, que ganó el poder de acuerdo a las reglas electorales de la Constitución, actuando dentro del marco del derecho excepcional de crisis previsto en dicha carta, y efectuando los cambios estructurales en la forma acostumbrada por las leyes publicadas en la gaceta oficial denominada *Reichsgesetzblatt*. No obstante, medida en los estándares del constitucionalismo de hoy, la *toma de poder* de 1933 sería absolutamente inconstitucional.

En segundo lugar, se señala una amplia cultura positivista, no solamente en el estamento de los juristas, sino en todo el pueblo, siguiendo el lema “el buen alemán no viola la ley”. La *mentalidad del súbdito*, heredada de la monarquía del *largo siglo XIX* y descrita de modo brillante en la novela político-sociológica *El súbdito (Der Untertan)* de Heinrich Mann de 1914⁸², promovió la obediencia sin preguntas y evitó todo coraje civil. El Estado fue percibido como la autoridad y justicia todopoderosa, mitificada con términos análogos a los religiosos, como un ente superior infalible e incriticable. Los alemanes partieron de las ideas “ley es ley” y “orden es orden”, de modo que no se pudo hacer ninguna otra cosa que obedecer, muchas veces sin conocer los contenidos precisos sino simplemente las expectativas generales del gobierno actual. Especialmente, los funcionarios y militares en los niveles medios y menores de la jerarquía estatal, inclusive los guardianes de los campos de concentración, no pudieron imaginarse la desobediencia a las órdenes

⁸¹ Wehler, Hans, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, Múnich, Beck, 2003, pp. 673 y ss.

⁸² Mann, Heinrich, *Der Untertan*, nueva ed., Fráncfort, Fischer, 2012.

del Estado divinizado como omnipotente. Sin embargo, por parte de los jueces, formados científicamente, deberían esperarse conocimientos más precisos de las leyes heredadas de la época anterior y más conciencia metodológica.

En tercer lugar, se alude al derecho penal, especialmente su segmento político, que abrió esferas amplias para las actuaciones judiciales con base en normas detalladamente positivizadas. Ya el *Código Penal* de 1871, una creación del imperio autocrático de los Hohenzollern, había puesto a disposición una variedad de instrumentos para la persecución de enemigos públicos, que fueron usados tanto en dicho imperio como en la República de Weimar. En la época weimariana, la idea de la protección penal del Estado había sido profundizada por dos *Leyes para la protección de la República* de 1922 y 1930⁸³. A partir de 1933, la dictadura nazi radicalizó dicha orientación con una variedad de reformas penales mediante decretos-leyes, enfocados en normas anti-terroristas intimidadoras que asumieron el perfil de legalizar métodos del terror estatal. Ya el *Decreto presidencial para la Protección del pueblo y del Estado* de 1933⁸⁴ había ampliado la esfera de la pena de muerte para delitos como la alta traición, el incendio, la explosión, el deterioro de ferrocarriles, el acuerdo al homicidio de un miembro del gobierno, el disturbio, la perturbación del orden público y la toma de rehenes con fines políticos. Siguió normas ejecutivas como el *Decreto-ley sobre la pena de muerte retroactiva* de 1933 para poder ejecutar al supuesto terrorista responsable del Incendio del Reichstag⁸⁵, el *Decreto-ley sobre los delincuentes habituales peligrosos* de 1933⁸⁶, el *Decreto-ley contra ataques verbales pérfidos al Estado y partido* de 1934 que criminalizó toda expresión de opiniones críticas contra el régimen⁸⁷, las reformas penales de 1934, 1935, 1941 y 1943⁸⁸ y la *Ordenanza contra los parásitos del pueblo* de 1939⁸⁹. Con el fin de castigarlos delitos políticos graves, la reforma penal de 1934 creó una corte especial llamada *Tribunal del pueblo* (*Volksgerichtshof*), en manos de nuevos

⁸³ *Gesetze zum Schutze der Republik* de 1922 y 1930, en *RGBl.* I, 1922, pp. 585-590, y *RGBl.* I, 1930, pp. 91-93.

⁸⁴ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* de 1933, *op. cit.*

⁸⁵ *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe* de 1933, en *Reichsgesetzblatt* 1933 I, p. 151. De modo obediente, la Corte Imperial condenó a la muerte a Marinus van der Lubbe; Reichsgericht, 4. Strafsenat, *sentencia XII H 42/33* de 23 de diciembre de 1933. Comp. Gruchmann, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 3ª ed., München, Oldenbourg, 2001, p. 829; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 486 y s.

⁸⁶ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, p. 995. Véase Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 144 y ss; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, pp. 430 y s.

⁸⁷ *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei* de 1934, en *RGBl.* I, 1934, pp. 1269-1271. Comp. Frotzcher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 333 y s; Hehl, Ulrich, *Nationalsozialistische Herrschaft*, 2ª ed., München, Oldenbourg, 2001, pp. 21.

⁸⁸ *Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens* de 1934, en *RGBl.* I, 1934, pp. 341-348; *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs* de 1935, en *RGBl.* I, 1935, pp. 839-843; *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs* de 1941, en *RGBl.* I, 1941, pp. 549-550; *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue* de 1943, en *RGBl.* I, 1943, pp. 339-342. Véase Vormbaum, Thomas, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, Berlin, Lit, 2011, pp. 3 y ss.

⁸⁹ *Verordnung gegen Volksschädlinge* de 1939, en *RGBl.* I, 1939, p. 1679. Véase Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 202 y ss; Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 433.

jueces nombrados por parte del gobierno⁹⁰. Es una particularidad de la dictadura nacionalsocialista esta normativización amplia y detallada de sus instrumentos del terror, que puede contrastarse con la predominancia de la represión extralegal y clandestina en la mayor parte de los demás Estados anticonstitucionales⁹¹.

Las tendencias generales de estas reformas penales pueden resumirse en la extensión de los comportamientos vistos como reprochables, el control penal de opiniones y convicciones, la extensión de la aplicación de la pena de muerte –posibilitando aproximadamente 16 mil ejecuciones⁹²– y la desconstrucción de las garantías penales–negando la presunción de inocencia, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en beneficio de *nullum crimen sine poena* y, consecuentemente, eliminando las prohibiciones penales de la retroactividad y analogía–. A partir de la reforma de 1935, el § 2 del *Código Penal* posibilitó castigar con base en “la idea general de una ley penal y de la opinión pública sana”⁹³. De tal manera, la Corte especial de Leslau pudo condenar a muerte, en 1942, a un campesino por su ayuda humanitaria a 15 judíos desplazados, pues el juez aplicó *análogamente* el § 91a CP sobre el *favorecimiento del enemigo*⁹⁴. Además, las formulaciones imprecisas, como por ejemplo la ampliación en 1943 del delito de coacción (§ 240 CP) a meras amenazas con males, si bien fueron rechazables según la opinión pública sana, ayudaron a juzgar de la siguiente manera: el socialdemócrata, el cobarde o el judío actúa reprochablemente, pero el nacionalsocialista no...⁹⁵ En general, se amplió la finalidad de la pena pública basada en la prevención general, por el concepto absoluto de la *expiación*, al estilo del principio neo-kantiano del talión estatalizado, y más tarde, por la *higiene popular* contra supuestos *parásitos del pueblo*⁹⁶.

Además, el Estado nazi se dedicó a la normativización de su moral sexual. Mediante la *Ley para la protección de la sangre y del honor alemán* de 1935⁹⁷, se penalizaron los contactos sexuales entre alemanes cristianos y alemanes judíos bajo la fórmula de la supuesta *vergüenza racial*, reactivando un elemento del antijudaísmo de la Europa preilustrada y de las normas penales de la tradición del derecho canónico católico,

⁹⁰ Art. 3 de la *Gesetz zur Änderung des Strafrechts* de 1934, *op. cit.* El Tribunal del pueblo ordenó 679 penas de muerte en los años de paz (1934-1939) y varios miles en los subsiguientes años de guerra; Wagner, Walter, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, Múnich, Oldenbourg, 2011, p. 800; Boldt, *Dt. Verfassungsgeschichte*, t. 2, *op. cit.*, p. 275.

⁹¹ Vogel, Joachim, “Fortwirkende Einflüsse aus nationalsozialistischer Zeit auf das Strafrecht”, en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.), *Moralisierung des Rechts*, Fráncfort, Campus, 2014, pp. 87-126, 90.

⁹² Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pág. 906; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, p. 490.

⁹³ Comp. Gruchmann, *Justiz im 3. Reich*, *op. cit.*, pp. 847 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung*, *op. cit.*, p. 409; Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 434; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, p. 497.

⁹⁴ Sondergericht Leslau, *sentencia Sd 4 Kls 108/42 de 22 de julio de 1942*. Véase Helmut Kramer, “Richter vor Gericht”, en Justizministerium NRW (Ed.), *Juristische Zeitgeschichte*, t. 15, Düsseldorf, Justizministerium, 2007, pp. 121-172, 139 y ss.

⁹⁵ Wolf, Gerhard, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, en revista *Humboldt Forum Recht*, Berlín, Humboldt Universität, 1996, publicación virtual en: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html> (31.03.2015), pp. 52-63, 58.

⁹⁶ Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, pp. 436 y ss.

⁹⁷ *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, *op. cit.*

pero ahora según la idea socialdarwinista de proteger la pureza alemana contra el supuesto peligro de la declinación por mezclas genéticas⁹⁸. Otras emanaciones de la moral sexual de entonces pueden reconocerse en el endurecimiento de los delitos dedicados al aborto (§§ 218-220 CP) y la homosexualidad (§ 175 CP). Un tercer ejemplo llamativo de la ética penal nacionalsocialista, fue el nuevo parágrafo de asesinato (*Mord*) de 1941 (§ 211 CP)⁹⁹, basado ahora en el *tipo de autor* y en características personales como los “motivos bajos” imprecisos o la falta de carácter incluida en la “alevosía”. Para entenderlo bien: la nueva ley requirió castigar con la pena máxima a la esposa que había matado en la cama a su violento esposo, pues lo hizo de modo *cobarde* desde atrás, mientras en caso contrario, si dicho esposo mató a su esposa en un exceso de violencia, disfrutó la pena más baja del mero homicidio (§ 212 CP). Se puede evidenciar la moral nazi, inspirada en conceptos de guerreros valientes.

En todos estos ámbitos, el juez penal dispuso de normas escritas detalladas que generaron la impresión de actuar dentro del marco acostumbrado de la normatividad positivizada de un Estado legislador. Sin embargo, los contenidos de las reformas penales no fueron positivistas en el sentido de la predeterminación exacta del juez por el legislador, sino por el contrario, ocurrió una *desestructuración y flexibilización del derecho penal* que abrió amplios espacios para tomar casi cualquier decisión según evaluaciones políticas, y a veces, meramente sádicas. Por ejemplo, es evidente que el derecho penal político fue aplicado de modo selectivo para perseguir a los oponentes en el lado de la izquierda, especialmente a los ex miembros del Partido Socialdemócrata Alemán y del Partido Comunista¹⁰⁰, aunque ninguna ley formal estipuló que las respectivas opiniones políticas –que habían sido legales en todos los años de la República de Weimar– eran el núcleo de la alta traición terrorista. El juez del régimen nazi tomó estas evaluaciones de meras declaraciones del ministerio de relaciones interiores y de la prensa de propaganda del sistema. Tampoco fue ordenado por la ley castigar con excesiva dureza a los ex miembros del marxismo moderado o acentuado. De igual forma, no hubo ninguna obligación legal para extender la aplicación del nuevo delito de la *vergüenza racial* a contactos presexuales e intimidades sin contacto físico, sino que los respectivos jueces –inclusive los magistrados de las Salas penales de la *Corte imperial*¹⁰¹– lo hicieron porque lo *quisieron*, según sus evaluaciones previas, negando sin mala conciencia el principio penal clásico de la prohibición de la analogía. Incluso conectaron esta norma con la legislación sobre delincuentes

⁹⁸ Gross, *Anständig geblieben*, op. cit., pp. 97 y ss; Przyrembel, Alexandra, *Rassenschande, Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, pp. 31 y ss, 63 y ss, 127 y ss, 323 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 125 y ss.

⁹⁹ *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs* de 1941, op. cit., pp. 549-550. Comp. Vogel, *Fortwirkende Einflüsse*, op. cit., p. 93; Wolf, *Befreiung des Strafrechts*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁰ Angermund, *Dt. Richterschaft*, op. cit., pp. 140 y ss.

¹⁰¹ Reichsgericht, 2. Strafsenat, *sentencia de 2 de febrero de 1939*, en *RGSt*, t. 73, pp. 94 y ss. Véase Angermund, *Dt. Richterschaft*, op. cit., pp. 125 y ss; Pauli, Gerhard, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen 1933-1945*, Berlín, De Gruyter, 1992, p. 224.

habituales, para poder llegar a la pena de muerte originalmente no prevista¹⁰². A partir de la *Ordenanza contra parásitos del pueblo* de 1939¹⁰³, fue legalizado todo tipo de arbitrariedad penal, pues la misma permitió todo modo de aceleración procesal e interpretó el aprovechamiento de la situación de guerra como motivo suficiente para cualquier agravación de la pena.

En cambio, ningún órgano de la justicia penal persiguió las aproximadamente noventa ejecuciones extralegales de la llamada *Noche de los cuchillos largos* de 1934. Fue aceptada enteramente la auto-amnistía prevista en el *Decreto-ley sobre las medidas de autodefensa del Estado* de 1934 que declaró dichos asesinatos *legales*, en contra de los principios del Estado de Derecho¹⁰⁴. El anticonstitucionalista Carl Schmitt resumió la lógica del sistema, cuando declaró en su escrito “El caudillo protege al derecho” de 1934 que el dictador había actuado como el *señor supremo de la justicia* (*oberster Gerichtsherr*), y que aplicó, supuestamente, un *derecho natural ético superior* al derecho positivo vacío del Estado liberal¹⁰⁵. Existió un decreto-ley, pero su esencia fue otra vez iusnaturalista-ideológica y no positivista. Desde entonces, la *autodefensa del Estado* sirvió como causa de justificación para cualquier ejecución cometida por agentes del poder público y, en consecuencia, para la impunidad absoluta de ellos¹⁰⁶.

De vez en cuando, el *señor supremo de la justicia* realizó intervenciones personales. Por ejemplo en 1942, el *caudillo* Hitler agravó la pena de un esposo celoso que había causado la muerte de su esposa mediante golpes, ordenando por un *recurso extraordinario* a la Corte Imperial transformar la pena de cinco años en una pena de muerte. Los jueces obedecieron y, al lado del esposo, también resultaron muertos los últimos restos de la separación de poderes¹⁰⁷.

De igual forma, cabe destacar que el régimen nazi modificó el derecho que manejó el aparato administrativo, precisamente la burocracia más eficiente del mundo, heredado de la Monarquía prusiana. El primer gran cambio sistémico consistió en la introducción del unitarismo territorial en contra de la tradición federal que disolvió a los dos Estados más grandes –Prusia y Austria– como sub-entidades administrativas, buscando un tamaño provincial más homogéneo. Puede detectarse el interés principal de la monocracia republicana en establecer un liderazgo jerárquico, liberándose de las limitaciones de la normatividad y de los elementos

¹⁰² Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 144 y ss.

¹⁰³ *Verordnung gegen Volksschädlinge* de 1939, op. cit.

¹⁰⁴ *Gesetz über die Maßnahmen der Staatsnotwehr* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 529. Véase Frotcher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 313 y s; Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich*, op. cit., pp. 448 y ss.

¹⁰⁵ Schmitt, Carl, “Der Führer schützt das Recht”, en revista *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 15, Múnich, Beck, 1934, pp. 945-950. Traducción: *El Führer defiende el derecho*, en Íd. & Héctor Orestes, *Teólogo de la política*, México, FCE, 2001. Comp. Mehring, *Carl Schmitt*, op. cit., p. 352; Sosa W., *Schmitt y Forsthoff*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁶ Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 105.

¹⁰⁷ Reichsgericht, *sentencia de 31 de marzo de 1941, Fall Schlitt*. Al respecto: Angermund, *Dt. Richterschaft*, op. cit., pp. 249 y s; Gruchmann, Lothar, “Generalangriff gegen die Justiz?”, en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 51, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2003, pp. 509-520, 510; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., pp. 499 y s.

garantistas de la estatalidad de derecho. Por una parte, se positivizó la *Ley de los funcionarios públicos* de 1937, que definió al funcionario público –incluyendo el juez– como “un ejecutor de la voluntad del Estado en manos del *Partido Nacional-socialista Obrero Alemán*” y requirió tanto la “obediencia incondicional” (§ 1) como el “juramento de lealtad” al caudillo (§ 4)¹⁰⁸. Por otra parte, la dictadura tendió a establecer varias estructuras paralelas no claramente delimitadas, por ejemplo, en forma del paralelismo entre las estructuras administrativas clásicas y la organización del partido único, retomando de tal manera inspiraciones soviéticas. Se pueden reconstruir varias modificaciones flexibles e inesperadas de las competencias desde arriba, para evitar toda acumulación de poder fuera del centro y para iniciar una dinámica en la cual los subordinados compitieron por la cercanía y preferencia del caudillo¹⁰⁹.

De modo significativo, la dictadura nazi cambió el perfil del derecho de policía, entre otras cosas, por la unificación con las tropas paramilitares del partido nazi, las *Schutzstaffeln –SS–* (1936)¹¹⁰. Además, fueron elaboradas nuevas normas positivas para desestructurar la estatalidad del derecho, por ejemplo los tres *Decretos-leyes sobre la policía secreta del Estado (Gestapo)* de 1933 a 1936¹¹¹. Dicha policía política absorbió múltiples abogados jóvenes sin empleo, reclutados de los segmentos radicalizados de las universidades. Por las normas indicadas, fueron liberados de toda obligación por las leyes y, además, del control de la justicia administrativa, de modo que la *Gestapo* pudo actuar como un instrumento del terror estatal sin limitaciones¹¹². Por una parte, fue declarada competente para ordenar administrativamente la llamada *detención de protección (Schutzhaft)* frente a *enemigos públicos*, por fuera del artículo 114 de la Constitución de 1919 y sin control judicial, dirigiéndolos a *campos de concentración* más allá del sistema republicano de prisiones, y bajo un régimen disciplinario agudo que previó ejecuciones por simples discursos, gritos o el rechazo del trabajo forzoso¹¹³. La expansión policial frente a la justicia clásica fue bien visible en casos en los cuales el juez había absuelto a un socialdemócrata o comunista por falta de pruebas, pero el liberado fue arrestado inmediatamente por la *Gestapo* y entregado a la detención de protección¹¹⁴. Irónicamente, cuando en 1937 un sacerdote mencionó en su prédica el

¹⁰⁸ *Deutsches Beamtengesetz* de 1937, en *RGBl.* I, 1937, pp. 39 y ss.

¹⁰⁹ A veces, se usa el concepto de la *policracia*, aunque esto solo es entendible como la contraparte de la *monocracia* carismática; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 623 y ss; Hehl, *NS Herrschaft*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

¹¹⁰ Escuadras de Protección. Norma: *Erlass über die Einsetzung eines Chefs der Deutschen Polizei im Reichsministerium des Innern* de 1936, en *RGBl.* I, 1936, pp. 487 y s. Comp. Boldt, *Dt. Verfassungsgeschichte*, t. 2, *op. cit.*, p. 278.

¹¹¹ Formalmente, se trató de leyes prusianas: *Gesetz über die Errichtung eines Geheimen Staatspolizeiamts* de 1933, en *Preußische Gesetzsammlung (Pr. GS)*, 1933, pp. 122-123; *Gesetz über die Geheime Staatspolizei* de 1933, en *Pr. GS*, 1933, p. 413; *Drittes Gestapo-Gesetz* de 1936, en *Pr. GS*, 1937, pp. 21-22.

¹¹² Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 158 y ss; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 327 y s; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 630 y s.

¹¹³ §§ 11-13 *Lagerordnung Dachau* de 1934, ed. por Stanislav Zámečník, *Das war Dachau*, 3ª ed., Fráncfort, Fischer, 2007, pp. 406-411.

¹¹⁴ Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich*, *op. cit.*, pp. 545 y ss, 694 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 220 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 348.

caso de una persona absuelta por el juzgado que luego se encontró en la detención de protección, la Corte Imperial lo condenó por el delito de *perturbación de la paz pública* (§ 130a CP), usando el argumento de que el malhechor había provocado la impresión inaceptable de la existencia de arbitrariedad en Alemania¹¹⁵. Por otra parte, la policía secreta del Estado re-introdujo sin autorización normativa la tortura, abolida en Prusia a partir de 1740 por el rey Federico II –siendo por ello el pionero mundial–, aplicándola sistemáticamente a sospechosos de delitos políticos para hacerles confesar, en forma del llamado *método de interrogatorio intensificado* (*verschärfte Verhörmethode*)¹¹⁶. En 1937, el ministerio de justicia y la policía secreta del Estado acordaron aceptar pruebas por tortura, con base en “reglas” como el látigo estandarizado que, supuestamente, evitaba la arbitrariedad¹¹⁷. En contra de excusas posteriores, no todo acto violento fue ordenado desde arriba, sino que en muchas ocasiones los policías políticos anticiparon la supuesta voluntad del dictador de modo libre, compitiendo por la simpatía y el reconocimiento del mismo. Cabe destacar que a pesar de su enorme violencia selectiva, la *Gestapo* quedó, en perspectiva comparada, como un servicio secreto de un mero tamaño medio, pues la *dictadura del consenso* fue altamente autoreproductiva.

El núcleo del *ius barbarum*¹¹⁸ penal, policial y militar de la dictadura nazi fue caracterizado, después de la caída del sistema en 1945, por el filósofo del derecho Gustav Radbruch como *injusticia legal* (*gesetzliches Unrecht*), cuando él mismo se transformó de un positivista weimariano en el exponente de un positivismo relativo dentro de un marco de normas sobrepositivas inviolables, estipulando ahora que la injusticia extrema no puede ser considerada derecho¹¹⁹. Sin embargo, las leyes del terror no dirigieron de modo positivista sino liberaron de aplicar garantías. Tampoco puede seguirse la hipótesis adicional según la cual el positivismo ha *cegado* éticamente a los juristas: ellos no fueron víctimas inocentes de nazis extraterrestres, sino que muchos de ellos participaron con un buen grado de motivación y convicción en el Estado delincencial, materializando evaluaciones previas determinadas por su socialización y adoctrinamiento antidemocrático, autocrático, antimarxista, nacionalista y racista. La justicia penal política no fue nada menos que una de las espadas principales del terror del régimen. No obstante, el observador tampoco debe subestimar los patrones generales y continuidades en el derecho dedicado a la protección del Estado durante todo el siglo XX, pues dejaron aparecer dicho *ius barbarum* más como una radicalización

¹¹⁵ Reichsgericht, Strafsenat, *sentencia de 22 de septiembre de 1938*, en *JW*, 1938, p. 2957. Comp. Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 177.

¹¹⁶ Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 443; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 499.

¹¹⁷ Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 225 y ss.

¹¹⁸ Según el título de Hans-G. Hermann et al. (Eds.), *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum*, Colonia, Böhlau, 2008.

¹¹⁹ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*, op. cit., pp. 105 y ss. Al respecto en castellano: Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, Coruña, Universidade da Coruña, 2001, pp. 75-95; Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2013, p. 28.

de varias tendencias generales, hasta el derecho antiterrorista de hoy, y no como una antítesis o ruptura de las mismas.

5. LAS LEYES POSITIVAS DEL ESTADO NORMATIVO DENTRO DEL ESTADO EXCEPCIONAL

Ya en 1941, el científico jurídico y político, Ernst Fraenkel (1898-1975) –un alemán de fe judía con orientación socialdemócrata que había sido presionado a la emigración a EE.UU.– reconoció en la dictadura nazi un *Estado dual*, compuesto al mismo tiempo por los rostros contradictorios de un *Estado normativo* (Normenstaat) calculable y un *Estado prerrogativo* (Maßnahmenstaat, precisamente “Estado de medidas”) que efectuó las medidas excepcionales del partido ideológico¹²⁰. Grandes partes del derecho de contratos y de propiedad quedaron dentro del marco acostumbrado del *Estado normativo*, siempre y cuando los afectados no fueran los enemigos públicos, por fuera de la solidaridad sistémica.

De igual forma, llama la atención la actividad legislativa dentro del *Normenstaat* que, en perspectiva comparada, fue moderna para su tiempo. Pueden indicarse en el derecho ambientalla *Ley de protección animal* de 1933, la *Ley imperial para la caza* de 1934 y la *Ley imperial para la protección de la naturaleza* de 1935. Además, en el derecho de tránsito están la *Ordenanza de la circulación en carreteras* de 1934, la *Ordenanza imperial para el transporte ferroviario* de 1938 y la *Ley imperial de autopistas* de 1941. De igual manera, la *Ley sobre el aprovisionamiento con energía y gas* de 1935, y en el ámbito del derecho civil, la *Ley matrimonial* y la *Ley sobre testamentos*, ambas de 1938¹²¹. Dicha ley matrimonial quiso superar, por una parte, el derecho canónico en la Austria católica, introduciendo el matrimonio civil y el divorcio. Por otra parte, modernizó en general, posibilitando matrimonios más libres sin el consenso obligatorio de los padres, y facilitando divorcios según la destrucción de la relación, sin mantener la necesidad de entrar a guerras sobre la culpa¹²². Estas normas tampoco fueron meramente maquillaje: por ejemplo, la mezcla entre la política originaria de una red nacional de autopistas a doble calzada con la primera codificación nacional dedicada a la conservación ambiental, llevó al fenómeno muy particular de autopistas construidas al estilo de vías panorámicas, trazadas con grandes esfuerzos en el alto de las montañas de mediana altura, para generar vistas óptimas a las bellezas del paisaje, distinguiéndose de tal manera de cualquier otras autopistas del mundo. La *Ley imperial para la protección de la naturaleza* contuvo un preámbulo ideológico del socialismo nacional, cuando

¹²⁰ Fraenkel, Ernst, *The Dual State, A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Nueva York, Oxford University Press, 1941.

¹²¹ *Reichstierschutzgesetz* de 1933, en *RGBl. I*, 1933, p. 987; *Reichsjagdgesetz* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 549; *Reichsnaturschutzgesetz* de 1935, en *RGBl. I*, 1935, núm. 68, pp. 821-825; *Reichs-Straßenverkehrs-Ordnung nebst Einführungsverordnung* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 455; *Eisenbahn-Verkehrsordnung* de 1938, en *RGBl. II*, 1938, p. 663; *Reichsautobahngesetz* de 1941, en *RGBl. I*, 1941, p. 313; *Energiewirtschaftsgesetz* de 1935, en *RGBl. I*, 1935, p. 1451; *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung* de 1938, en *RGBl. I*, 1938, pp. 807 y ss; *Testamentsgesetz* de 1938, en *RGBl. I*, 1938, p. 973.

¹²² Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte, op. cit.*, p. 500; Wesel, *Geschichte des Rechts, op. cit.*, p. 493.

pretendió garantizar que “también el compañero más pobre del pueblo recibiera su parte en las bellezas de la naturaleza alemana”, pero los contenidos conservacionistas fueron aceptables, mejor dicho progresivos para los años 30¹²³. Por eso, no sorprende que la mayor parte de estas normas sobrevivieran después de 1945 tanto en la R.F. Alemana como en Austria, depuradas de las dedicaciones ideológicas en los preámbulos.

La misma duplicidad apareció en otras partes de la ciencia jurídica. Por ejemplo, el iuspublicista Ernst Forsthoff (1902-1974) no solo publicó un libro ideológico que titula *El Estado total* (1933)¹²⁴, sino que desarrolló también los fundamentos terminológicos del derecho administrativo para el Estado social que se usan en Alemania hasta hoy, alrededor de conceptos como la *administración productiva* (*Leistungsverwaltung*) y la *procura existencial* (*Daseinsvorsorge*)¹²⁵.

6. ELEMENTOS DEL IUSNATURALISMO IDEOLÓGICO EN EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA

En este subcapítulo, se pretenden profundizar los elementos del iusnaturalismo ideológico en los doce años de la dictadura de Hitler. En primer lugar, cabe destacar el perfil antijurídico, e inmanentemente, anti-positivista del Partido Nacional-socialista Obrero Alemán de su caudillo¹²⁶. El positivismo fue criticado como un formalismo inmóvil sin justicia material, como un esquema de la lógica sin vida ni creatividad, como una emanación del individualismo liberal sin responsabilidad. De acuerdo con esto, el Estado nacionalsocialista se despidió, en 1933, de los profesores positivistas, presionando a Hans Kelsen a la emigración, a Gerhard Anschütz a la jubilación previa¹²⁷ y a Gustav Radbruch al despido forzado. En cambio, los teóricos de la dictadura nacionalsocialista propagaron ideas de un *nuevo derecho* enfocado en la *identidad entre derecho y moral*¹²⁸ –precisamente la moral de ellos–, promoviendo la supuesta justicia material, la conformidad del deber ser con el derecho como tal, en vez de la conformidad con la ley escrita¹²⁹; además, propagaron la relevancia del espíritu comunitario, el sentimiento popular sano, la prevalencia del beneficio común, los deberes de la persona frente al colectivo nacional y la materialización de la naturaleza humana según la teoría pseudo-biológica del *darwinismo social*. Se trató de una lógica iusnaturalista, aunque el

¹²³ Radkau, Joachim & Uekötter, Frank (Eds.), *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Fráncfort, Campus, 2003; Íd., *Umweltgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München, Oldenbourg, 2007, pp. 23 y ss.

¹²⁴ Forsthoff, Ernst, *Der totale Staat*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933. Sobre el concepto, véase Linz, Juan José, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner Publ., 2000.

¹²⁵ Forsthoff, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938. Al respecto: Sosa W., Schmitt y Forsthoff, *op. cit.*, p. 27; Stolleis, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, *op. cit.*, p. 393.

¹²⁶ Eisenhardt, *Dt. Rechtsgeschichte, op. cit.*, p. 387; Kroeschell, *Dt. Rechtsgeschichte*, t. 3, *op. cit.*, p. 251; Laufs, *Rechtsentwicklung, op. cit.*, p. 401; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung, op. cit.*, pp. 104 y s; Walther, *Juristischer Positivismus, op. cit.*, pp. 270 y s; Schädler, *Justizkrise und Justizreform, op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹²⁷ Müller, *Furchtbare Juristen, op. cit.*, p. 89.

¹²⁸ Pauler, Herlinde, “Jenseits von Chaos und Interessenkonflikten”, en Konitzer, *Moralisierung des Rechts, op. cit.*, pp. 11-35, 31.

¹²⁹ Vogel, *Fortwirkende Einflüsse, op. cit.*, p. 97.

imperio nazi tampoco usó esta etiqueta, pues asoció dicha terminología con las ideas de 1789, en ese entonces mal vistas. El anti-positivismo se vio acompañado por una cierta depreciación oficial de los juristas como tal, bien visible en el hecho de que Hitler tampoco pudo aceptar la auto-oferta de Carl Schmitt como el *jurista de la corona* del imperio nazi, de modo que este último experimentó su marginalización a partir de 1936¹³⁰.

Los nacionalsocialistas tampoco codificaron sistemáticamente su nueva idea del derecho: no hubo ninguna nueva Constitución; se pospuso el proyecto de reemplazar el *Código Civil* de los Hohenzollern por un *Código Popular*¹³¹; tampoco se realizó un nuevo *Código Penal*¹³². Puede comprobarse una variedad de reformas temáticas parciales, inclusive rupturas fuertes, como las descritas en el subcapítulo anterior, pero en el núcleo perduraron las leyes antiguas de la Monarquía y de la República. De tal manera, la tarea esperada del jurista alemán consistió en adaptar las normas heredadas al perfil ideológico de la dictadura nazi mediante la *interpretación*. El desprecio del nacionalsocialismo hacia la ley positiva, puede reconocerse también en la conservación de dos sistemas normativos civiles y penales, lo que contradujo su enfoque acentuadamente unitarista, pues dentro del imperio continuó el paralelismo entre la zona jurídica granprusiana y la austríaca¹³³, simplemente porque las diferencias textuales fueron consideradas irrelevantes, tanto para las reformas penales y policiales graduales pero profundas, como para la creencia en la prevalencia de la interpretación ideológica de las normas.

El antipositivismo nacionalsocialista introdujo varias *nuevas fuentes supremas del derecho*¹³⁴: en primer lugar, se indica el *programa del partido nacionalsocialista* de 1920; en segundo lugar, se menciona la *percepción mundial* (*Weltanschauung*) nacionalsocialista como tal; en tercer lugar, se alude al *sentimiento popular sano* –bajo inspiraciones en la antigua teoría del *espíritu popular* (*Volksgeist*) según Savigny (1779-1861)¹³⁵–; y en cuarto lugar, fue vista clave la *voluntad del caudillo* Hitler. De tal manera, se transformó la ideología nazi en una especie de derecho natural por encima del derecho positivo heredado del pasado. Aunque para el observador actual no es fácil de comprender, el movimiento nacionalsocialista se entendió a sí mismo como un movimiento ético en una especie de combate final contra *lo malo* en el mundo, actuando de modo duro pero justo, lo que fue compartido por la mayor parte de los alemanes hasta el último día de la Segunda Guerra Mundial. La *Historia de sociedad* de Wehler detecta una “religión política” con

¹³⁰ Sosa W., *Schmitt y Forsthoff*, op. cit., p. 17; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 490.

¹³¹ Eisenhardt, *Dt. Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 400; Meder, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 374 y ss.

¹³² Vormbaum, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung*, op. cit., p. 12; Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 450.

¹³³ Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 500; Vormbaum, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung*, op. cit., p. 10.

¹³⁴ Eisenhardt, *Dt. Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 388; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., pp. 121 y ss; Íd., *Die Gesetzgebung*, op. cit., pp. 131 y s; Íd., *Rechtstheorie*, op. cit., pp. 328 y s; Walther, *Juristischer Positivismus*, op. cit., p. 270.

¹³⁵ Sobre el *Volksgeist* de Savigny, comp. Schlosser, *Grundzüge*, op. cit., pp. 146 y s.

potencial adictivo¹³⁶, enfocada en elementos como la monarquía republicana, el colectivismo popular derivado del socialismo, el nacionalismo, el imperialismo, el populismo, el biologismo y varios elementos de la moral mixta conservadora-progresiva como el honor y la lealtad, pasando por la decencia y el enfoque al logro, hasta el compañerismo. Sobre la cuarta fuente, tampoco sorprende que el anticonstitucionalista Carl Schmitt reclamara para *el caudillo* la función del juez supremo¹³⁷, retomada de la tradición de los monarcas del Antiguo Régimen, pues fue evidente la subordinación de todos los jueces concretos a la voluntad del jefe de Estado. Según el reclamado *principio del caudillo* (*Führerprinzip*), diseñado en analogía al *principio monárquico* (*monarchisches Prinzip*) del *largo siglo XIX*, el dictador fue soberano y unificó todo el poder estatal en su persona¹³⁸.

La mayor parte de los jueces alemanes no tuvo problemas con estas *nuevas fuentes del derecho*, pues no habían estimado ni la carta de Weimar ni sus valores y derechos individuales constitucionalizados. En cambio, eran fuertes tanto la mentalidad preconstitucional en las cabezas de muchos jueces socializados en la época monárquica, como el nuevo antiliberalismo en las generaciones más jóvenes que habían pasado por la frustración republicana. En vez de los derechos fundamentales meramente programáticos de Weimar, los jueces pensaron ahora en materializar una ética, pero no la de la carta depreciada, sino los valores de la *percepción mundial nacionalsocialista*, no codificada y declarada tanto salvadora como moderna.

Ante las expectativas desde arriba, los jueces alemanes mostraron una disposición benevolente a la *anticipación de la presumida voluntad* de los nuevos gobernantes¹³⁹. La mentalidad alemana del súbdito, heredada de la Monarquía autocrática moderna del largo siglo XIX, trajo consigo condiciones perfectas para la obediencia a las expectativas comunicadas explícita o implícitamente, sin necesidad de ser amenazada o intimidada. El concepto pre-republicano de la *función subordinada de la justicia*, fue omnipresente en las cabezas de los juristas. Esto se mezcló con otros estímulos heterogéneos, por ejemplo, la identificación ideológica con el hitlerismo u otras formas del pensamiento pre y anti-liberal, además del oportunismo para promover la carrera profesional propia¹⁴⁰ y la aceptación de la presión social del entorno. Dicha *anticipación de la presumida voluntad* de los nuevos gobernantes, tuvo lugar en el espectro de responsabilidad del hombre ético y no en aquél de meras víctimas amorfas de una especie de violencia estructural.

¹³⁶ Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 680 y s.

¹³⁷ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, *op. cit.*, pp. 945-950.

¹³⁸ Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 313 y ss, 317 y s; Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 367 y s; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 122 y s.

¹³⁹ Laufs, *Rechtsentwicklung*, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁰ En cuanto al anti-constitucionalista Carl Schmitt, se ha hablado de la "prostitución de la ciencia". Así: Darnstädt, Thomas, "Mephisto als Untertan", en *Der Spiegel Special, Hitlers Machtergreifung*, del 29 de enero de 2008.

Las nuevas fuentes supremas del derecho relacionadas con el antipositivismo nazi, predeterminaron el canon preferido de los métodos jurídicos de interpretación. Esto puede ser explicado en el ejemplo del derecho civil, una materia solo aparentemente apolítica, en la cual hubo muy pocas reformas normativas al *Código Civil* de la época monárquica de 1896¹⁴¹, es decir, el cambio de los contenidos fue trasladado casi completamente a la esfera de la interpretación jurídica. Después de 1933, surgieron conflictos jurídicos como los siguientes: ¿Cómo anular matrimonios entre alemanes cristianos y alemanes judíos? ¿Cómo sacar arrendatarios judíos de una vivienda en alquiler? ¿Cómo desprenderse de un obrero con un pasado socialdemócrata? Ni el *Código Civil* de 1896 ni la *Ley de protección de inquilinos* de 1923¹⁴² diferenciaron entre las personas según categorías religiosas o pseudo-raciales, sino que el juez obediente tuvo que transferir las mismas de las *nuevas fuentes supremas del derecho* a las leyes pre-nacionalsocialistas.

Como un ejemplo ilustrativo, puede servir la argumentación de una sentencia del juzgado local *der Berlin-Schöneberg* de 1938¹⁴³, en que se echó a una arrendataria judía de su vivienda por *molestias importantes* del propietario, es decir, por una de las tres posibilidades previstas en la *Ley de protección de inquilinos* de 1923 para terminar un contrato de arrendamiento. El juzgado reconoció la característica personal de mujer judía como criterio suficiente para configurar la *molestia importante*, pues incorporó el concepto nacionalsocialista de la *comunidad de la casa*, como la célula básica de la *comunidad popular* –no prevista en la ley socialdemócrata de 1923–, al supuesto significado objetivo del texto, subrayando así el papel de la mujer judía como la perturbadora de la misma y enfatizando en la perspectiva de que el arrendador tendría un interés natural en la tranquilidad y orden de su propiedad, lo que la vecina fuera de la *comunidad de la casa* pondría necesariamente en peligro. A pesar de que la ley requirió explícitamente un comportamiento activo del inquilino, el juzgado subsumió la omisión pasiva como equivalente, es decir, el no ser parte de la supuesta *raza aria* (aprox. europea); entretanto, la arrendataria no pudo cambiar esta característica ante las definiciones de entonces. Además, la ley positiva requirió la *culpa* de la arrendataria. Para cumplir, el juzgado igualó la inexigibilidad con la culpa. Al fin, la mujer judía tuvo que salir de su vivienda. Todo esto fue argumentable según los métodos jurídicos de la época weimariana, pero no fue ni elegante ni necesario. Seguramente, ningún juez weimariano hubiera decidido de modo semejante¹⁴⁴. En particular, puede reconocerse la renuncia al principio de igualdad de todos los seres humanos, anclado en el § 1 del *Código Civil* de 1896¹⁴⁵, superponiéndole de hecho con lo que el civilista nazi Karl Larenz había propuesto en 1935, la reforma de dicho § 1: “Compañero

¹⁴¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, en *RGBl.*, 1896, pp. 195 y ss.

¹⁴² *Mieterschutzgesetz* de 1923, en *RGBl.* I, 1923, pp. 353 y ss.

¹⁴³ *Amtsgericht Schöneberg, sentencia de 16 de septiembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3045 y ss.

¹⁴⁴ Wesel, *Juristische Weltkunde*, *op. cit.*, pp. 147 y ss. Además: Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 151 y s.; Rühthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, pp. 167 y s.

¹⁴⁵ Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 382 y ss.

del derecho (*Rechtsgenosse*) es solo aquel que es compañero del pueblo (*Volks-genosse*); compañero del pueblo es quien tiene sangre alemana¹⁴⁶.

Fue parecida la argumentación del juzgado local de Halle en el mismo año. Otros jueces –por ejemplo el juzgado local de Núremberg y la corte provincial de Berlín, ambos también en 1938– negaron por completo la aplicabilidad de la *Ley de protección de inquilinos* de 1923 a arrendatarios judíos, argumentando su decisión, el primer juzgado de los mencionados en la voluntad del legislador actual de 1938 –en vez del histórico de 1923–, y los otros jueces, de modo teleológico con el supuesto sentidoobjetivo de la norma¹⁴⁷. Ante estas observaciones, autores como Bernd Rüthers reconocen el pecado principal de la justicia nazi en la “interpretación ilimitada”¹⁴⁸, mientras Stephan Meder habla de “la separación del juez de la ley”¹⁴⁹. La cruda moralidad nacionalsocialista puede ser ilustrada también por un caso contrario de 1942, cuando el dictador Hitler intervino personalmente como el supuesto *señor supremo de la justicia*, defendiendo una arrendataria no judía que quedó viuda de uno de sus soldados caídos en combate, anulando la sentencia de despido del juzgado berlinés y destituyendo al juez responsable de lo que le pareció al *caudillo* como justicia injusta¹⁵⁰.

De igual forma, puede analizarse la jurisprudencia sobre la disolución de los llamados *matrimonios mixtos* entre alemanes judíos y cristianos. El § 1333 del *Código Civil* de 1896 posibilitó la impugnación en caso de un error sobre las características personales del cónyuge, pero solo durante un plazo de seis meses después del matrimonio. Ya en 1933, varios jueces creativos e inventivos como los de la sala civil de la Corte provincial de Colonia, argumentaron que la fe judía –llamada entonces la pertenencia a una raza– sería una característica personal, y que el plazo de seis meses iniciaría con el establecimiento del gobierno nacionalsocialista (sic.), pues solo desde entonces fue posible reconocer la relevancia del error. En otras palabras, en el momento del matrimonio, el esposo había pensado erróneamente que el judaísmo sería una mera religión, pero para la aplicabilidad de los §§ 1333 y 1339 CC sería relevante la fecha del conocimiento seguro sobre los judíos como una raza inferior¹⁵¹. Sin embargo, esta obediencia anticipada fue también obsesiva

¹⁴⁶ Larenz, Karl, “Rechtsperson und subjektives Recht”, en Íd. et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 225-260, 241 y s. Véase Frassek, Ralf, “Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra”, en revista *Academia*, año 5, núm. 9, Buenos Aires, Univ. de Buenos Aires, 2007, pp. 55-75, 74; Hüpers, Bernd, *Karl Larenz*, Berlín, BWV, 2008, p. 145.

¹⁴⁷ Amtsgericht Halle, *sentencia de 18 de agosto de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 2975 y ss; Amtsgericht Nürnberg, *sentencia de 26 de noviembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3243 y ss; Landgericht Berlin, 48. Zivilkammer, *sentencia de 7 de noviembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3342 y ss. En 1939, siguió un decreto-ley que retomó esta jurisprudencia y revocó la protección de inquilinos en cuanto a los judíos; *Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden* de 1939, en *RGBL*, 1939, p. 864. Comp. Angermund, *Dt. Richterschaft, op. cit.*, p. 123; Müller, *Furchtbare Juristen, op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁸ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung, op. cit.*, título.

¹⁴⁹ Meder, *Rechtsgeschichte, op. cit.*, p. 369.

¹⁵⁰ Gruchmann, *Generalangriff gegen die Justiz?, op. cit.*, pp. 515 y ss.

¹⁵¹ Landgericht Köln, 5. Zivilkammer, *sentencia 5 R 66/33 de 1933*, en revista *Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik*, Berlín, Decker, 1933, pp. 819 y ss. Comp. Angermund, *Dt. Richterschaft, op. cit.*, pp. 111 y ss;

para el liderazgo nazi, de modo que criticó la anarquía en los juzgados y solicitó esperar las respectivas disposiciones del caudillo¹⁵². En 1934, el senado civil de la *Corte imperial* en Leipzig confirmó la línea de esta jurisprudencia racista¹⁵³ y, en 1935, el legislador nacionalsocialista retomó los trabajos preparatorios de sus jueces, declarando nulos los llamados matrimonios mixtos¹⁵⁴.

Este no es lugar para resumir más detalladamente la jurisprudencia civil del Estado nacionalsocialista, pero se pueden detectar algunos patrones argumentativos extendidos. En primer lugar, llama la atención el uso y abuso de las *cláusulas generales* del Código Civil (CC) de 1896, por ejemplo la *fidelidad y buena fe* (*Treu und Glauben*) del § 242 CC y las *buenas costumbres* (*gute Sitten*) del § 138 CC, instrumentalizándolas como las puertas para dejar entrar la idea nacionalsocialista del derecho con figuras ideológicas como la comunidad popular, la raza *aria* y el *infrahumano*¹⁵⁵. Segundo, se otorgó el mismo significado a los *conceptos jurídicos indefinidos* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) como la *causa importante* para poder disolver extraordinariamente contratos laborales y otras obligaciones continuas según los §§ 626 y 723 CC, por ejemplo, declarando relevantes las anteriores actividades socialdemócratas, comunistas o sindicales para poder terminar un vínculo laboral¹⁵⁶. De igual forma, se instrumentalizaron los espacios de interpretación en las *normas sobre el error* (§§ 119, 1333 CC), los *vacíos legislativos* (*Gesetzeslücken*), las *analogías* aparentemente lógicas y las *supuestas evidencias*, bajo las fórmulas retóricas aprendidas de memoria en la formación jurídica prusiana, guillermanista, weimariana y hitlerista.

Hay que constatar un juego hábil con el canon de los métodos de la interpretación normativa, basado en Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), con sus cuatro enfoques: 1) *gramatical* según el sentido de la palabra, 2) *lógico* según la estructura de la idea, 3) *histórico* según la voluntad histórica del legislador en su momento, y 4) *sistemático* según la posición de la norma en el sistema jurídico como tal¹⁵⁷, lo que los teóricos posteriores ampliaron por la interpretación *teleológica* según el supuesto contenido objetivo de la norma en el presente. La cultura jurídica de la dictadura nacionalsocialista negó especialmente el método histórico de interpretación para los códigos heredados, es decir, ignoró la voluntad del legislador histórico guillermanista o weimariano que nunca había pensado en categorías como las del partido nazi. En cambio, hubo una preferencia para la interpretación *teleológica*,

Marius Hetzel, *Die Anfechtung der Rassenmischehe 1933-1939*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, pp. 57 y s.; Przyrembel, *Rassenschande*, op. cit., pp. 92 y ss.

¹⁵² Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 118.

¹⁵³ Reichsgericht, IV. Zivilsenat, *sentencias IV 89/34, IV 94/34 y 104/34 de 12 de julio de 1934*, en RGZ, t. 145, 1934, pp. 1 y ss. Véase Hetzel, *Die Anfechtung*, op. cit., pp. 103 y ss.

¹⁵⁴ § 1 de la *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, op. cit.

¹⁵⁵ Haferkamp, Hans-P., *Das BGB während des Nationalsozialismus und in der DDR*, Colonia, Schmidt, 2005, pp. 17 y s.; Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 490; Meder, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 369 y s.; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., pp. 216 y ss.

¹⁵⁶ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., pp. 237 y ss.

¹⁵⁷ Ogorek, *Aufklärung über Justiz 2*, op. cit., pp. 149 y ss.; Senn, *Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 332.

orientada en el supuesto sentido objetivo de la norma, buscando detectar el significado inmanente a la ley según el horizonte del respectivo presente. Este método interpretativo, mal llamado objetivo, fue más bien un método flexible y dinámico. De tal manera, fue posible alejarse de las formulaciones del texto normativo y reemplazarlas por las creencias nacionalsocialistas y las consideraciones de lo útil¹⁵⁸. En el fondo, puede hablarse de la *interpretación conforme a la percepción mundial nacionalsocialista*. La misma recuerda técnica y estructuralmente a la interpretación conforme a la Constitución de hoy, pero fue llenada al revés con los contenidos del anticonstitucionalismo nazi. En esta *jurisprudencia ideológica*, jugó un papel clave la evaluación previa del juez, derivada de un resultado aspirado; pero él mismo no fue consciente de esto, pues la *educación jurídica* le había cegado para evaluarse autocriticamente. En otras palabras, el juez típico no dispuso de ninguna formación metodológica diferenciada, sino que pensó en aplicar algo sólidamente aprendido y lógicamente predestinado, con tendencias objetivas e infalibles.

Evidentemente, el núcleo del derecho ideológico nacionalsocialista mostró las características de un supuesto derecho natural. En términos estructurales, no se presentó tan diferente como los patrones de las revoluciones ilustradas, aunque con contenidos contrarios; es decir, todo fue derivado de suposiciones sobre la naturaleza humana, biológica y ambiental. Así como la Ilustración política había derivado sus visiones de la ciencia natural líder de entonces –la física mecánica–, la dictadura nacionalsocialista se aprovechó de conceptos más jóvenes de la biología. Se partió, en primer lugar, de la naturaleza del ser humano como un ser social, definido por su pertenencia a la comunidad popular. En segundo lugar, existieron creencias en la organización natural jerárquica de la sociedad humana. En tercero, se entendió la naturaleza ambiental como un ámbito que debería ser protegido contra el sobreuso humano. En cuarto lugar, quizá el punto más difícil, sobre la naturaleza *social-darwinista*¹⁵⁹, que siguiendo al filósofo británico Herbert Spencer (1820-1903), transfirió la teoría de la evolución de las especies del naturalista inglés Charles Darwin (1809-1882) –con la selección natural, la lucha por la existencia y la supervivencia del más apto– a las relaciones interiores de la especie humana, para construir el supuesto derecho del pueblo señorial –el alemán– a dominar y eliminar a los pueblos de los llamados *infrahumanos* –especialmente los judíos y parcialmente los eslavos del este–. Estas ideas de “justicia” no fueron espontáneamente inventadas, sino que están íntimamente relacionadas con corrientes comunes de la Europa de la época industrial, en las cuales se radicalizaron algunos elementos bajo la supresión de otros, basándose en el alto-nacionalismo, el pos-individualismo, el colonialismo anglo-francés con sus autojustificaciones sobre razas superiores e inferiores, el colonialismo poblador y genocida en Norteamérica y Australia¹⁶⁰, el antisemitismo común entre Madrid y Moscú, el aventurismo al

¹⁵⁸ Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 104 y s.

¹⁵⁹ Senn, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 381 y ss; Id & Gschwend, *Rechtsgeschichte II*, op. cit., pp. 73 y ss.

¹⁶⁰ Contextualización en la tradición del colonialismo europeo: Losurdo, Domenico, *Kampf um die Geschichte*, 3ª ed., Colonia, Papyrossa, 2013; Traverso, Enzo, *La Violencia Nazi, Una Genealogía Europea*, Madrid, FCE, 2003.

estilo del novelista Karl May, el tecno-centrismo industrial, la metafísica estatal y la crítica sociocultural. La extrema peligrosidad del nacionalsocialismo resultó de la combinación difusa de postulados razonables y todavía hoy estimados –por ejemplo la prevalencia del bien común y el ambientalismo– con justificaciones oscuras de crímenes que, por lo menos desde 1945, son considerados de lesa humanidad.

7. DEL *IUS BARBARUM* A LA DESJURIDIFICACIÓN (CASI) COMPLETA EN LOS AÑOS DE GUERRA

No se deben subestimar las radicalizaciones del derecho de seguridad en los años de la Segunda Guerra Mundial a partir de 1939, inicialmente todavía al estilo del *ius barbarum* seudo-positivista y finalmente bajo una desjuridificación y flexibilización casi completa. La justicia militar, reactivada en 1934 con base en el *Código Penal Militar* de 1872¹⁶¹, recibió rápidamente el perfil de *persecución penal por terror*. Con este fundamento se pueden ver los decretos-leyes como la *Ordenanza del procedimiento penal militar en la guerra* de 1938, con sus consejos de guerra (*Standgerichte*), y la *Ordenanza sobre el derecho penal excepcional en la guerra* del mismo año, enfocada en la persecución de delitos como espionaje, actividades de partisanos, disgregación del poder de defensa (*Wehrkraftzersetzung*) y desertión¹⁶². Estas normas buscaron la intimidación con una brutalidad máxima, pues según las convicciones del dictador Hitler, la caída de motivación y la desertión masiva habían sido las causas principales para la derrota de las potencias centrales en la Primera Guerra Mundial. Por *escape de la bandera* (*Fahnenflucht*), el Estado nazi ejecutó a más de quince mil soldados propios. Además, en el marco de la desestructuración penal, se hicieron invisibles las limitaciones entre los sectores militar y civil. El nuevo delito de la disgregación del poder de defensa fue aplicado para perseguir sistemáticamente a cualquier opinión que expresaba dudas sobre la *victoria final*, especialmente después de la derrota en la Operación soviética *Bagration* del verano de 1944 y, aún más, después de la entrada de las primeras tropas aliadas en las zonas fronterizas de Alemania a finales de 1944. Mediante otra norma penal novedosa de 1939, se criminalizó el “abuso” de la nueva tecnología de radiodifusión, entendido como escuchar estaciones de los enemigos de guerra, lo que pudo llevar incluso a penas de muerte selectas¹⁶³. Especialmente en el clima apocalíptico de la pre-derrota de los últimos cuatro meses de la guerra, la jurisprudencia militar tomó un carácter excesivamente mortal, siguiendo el lema del *imperativo categórico* penal de Kant que había postulado: si mañana se va a caer el mundo, “se debería ejecutar antes el último criminal en la prisión”¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* de 1872, en *RGBl.*, 1872, pp. 174-204.

¹⁶² *Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, núm. 137, p. 1457 y *Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, núm. 137, pp. 1455-1457. Véase Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 433; Vormbaum, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2011, pp. 205 y ss; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 497.

¹⁶³ *Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen* de 1939, en *RGBl.* I, 1939, p. 1683.

¹⁶⁴ Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., Königsberg, 1798, §§ 43-49.

Finalmente, la justicia militar nazi alcanzó aproximadamente treinta mil penas de muerte¹⁶⁵.

En este sentido, el régimen contuvo normas penales con un enfoque al terror, tales como la *Ordenanza sobre la justicia penal* de 1941, dedicada al control de la población polaca en los antiguos territorios del este prusiano–reincorporados al imperio en 1939–, incluyendo cláusulas generales muy amplias y juicios sumarísimos¹⁶⁶. La tendencia general, en dicha ordenanza, consistió en revocar y vengar la polonización étnica efectuada a partir de 1919. Para los territorios militarmente ocupados, se promulgaron medidas especiales aún más duras. Por una parte, pueden señalarse las *Directivas Noche y Niebla* de 1941 que posibilitaron la *desaparición forzada* de enemigos del Imperio Alemán por su deportación secreta a campos de prisión, con la participación de cortes penales de secreto¹⁶⁷. Por otra parte, pueden indicarse la *Ordenanza para el ejercicio de la justicia de guerra en Rusia* de 1941 y las *Directivas para el tratamiento de los comisarios políticos* del mismo año¹⁶⁸, que delegaron un poder penal especial a las fuerzas armadas en combate contra Stalin, obligándolas a la ejecución inmediata de comisarios comunistas y autorizándolas también para ejecutar a los demás sospechosos. Esto puede contextualizarse en la lógica de la *guerra de exterminio*¹⁶⁹, liderada con el fin de ganar *espacios vitales* –una transferencia conceptual del colonialismo poblador anglosajón en Norteamérica y Australia al interior de Europa–, que violó los estándares del Derecho Internacional Humanitario de entonces, incluidos en las *Convenciones relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre* de 1899 y 1907 y en el *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra* de 1929.

A pesar de que el Estado nacionalsocialista ha documentado casi todas sus decisiones anti-iushumanas y violentas en decretos-leyes, reglamentos y órdenes, cabe resaltar una excepción significativa fuera de este tipo de fuentes: el *religicidio* de aproximadamente 5,6 millones de judíos europeos, efectuado de 1941 a 1945, en reemplazo de la anterior política depresión a la emigración de los judíos alemanes, ahora imposibilitada por la guerra. Se puede reconstruir el camino normativo

¹⁶⁵ Brümmer, Kristina, *Desertion im Recht des Nationalsozialismus*, Berlín, BWV, 2006, pp. 203 y ss; Michael Löffelsender, *Strafjustiz an der Heimatfront*, Tübingen, Mohr, 2012, pp. 268 y ss; Wehler, Dt. *Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, op. cit., p. 907.

¹⁶⁶ *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten* de 1941, en *RGBl. I*, 1941, pp. 759 y ss. Véase Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 433.

¹⁶⁷ *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten* de 1941, ep. por Martin Moll (Ed.), *Führer-Erlasse 1939-1945*, Stuttgart, Steiner, 1997, pp. 125-126. Comp. Gruchmann, Lothar, “Nacht- und Nebel-Justiz”, en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, núm. 29-3, München, Institut für Zeitgeschichte, 1981, pags. 342-396; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 216 y ss; Schädler, Sarah, *Justizkrise und Justizreform im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 325 y ss.

¹⁶⁸ *Erlass über die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit im Gebiet Barbarossa und über besondere Maßnahmen der Truppe* de 1941, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.), *100(0) Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación virtual en: http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0093_kgs&l=de (31.03.2015) y *Richtlinien für die Behandlung politischer Kommissare* de 1941, en *100(0) Schlüsseldokumente*, op. cit. Comp. Römer, Felix, *Der Kommissarbefehl*, Paderborn, Schöningh, 2008.

¹⁶⁹ Jureit, Ulrike, et al., *Verbrechen der Wehrmacht*, Hamburgo, Institut für Sozialforschung, 2002.

hasta la expatriación y expropiación completa de los judíos alemanes en 1941¹⁷⁰, pero ningún historiador ha logrado encontrar una orden explícita de la cancillería imperial para el inicio del *judeocidio*; tan solo se conocen documentos secundarios como una orden del mariscal imperial Göring al jefe de la policía de seguridad Heydrich, para elaborar un concepto general sobre la organización de “la solución final de la cuestión judía” (julio de 1941), el protocolo de la conferencia interadministrativa de Wannsee (20 de enero de 1942) y los discursos secretos del comandante en jefe de las SS Himmler ante miembros de su organización en Posen (4 y 6 de octubre de 1943)¹⁷¹. Muchos de estos documentos mostraron un lenguaje abstracto, indirecto, borroso y cifrado con base en la pseudo-racionalidad de la terminología administrativa, que escondió, si se aplica un concepto famoso de la filósofa Hannah Arendt, *la banalidad del mal*¹⁷², al estilo de una armadura protectora frente a la conciencia propia. Para explicar el fenómeno de la ausencia de la orden escrita del dictador, pueden imaginarse tres posibilidades: primera, la existencia originaria de documentos que no sobrevivieron la fase final de la guerra, eventualmente a causa de una eliminación intencional de las huellas; segunda, una orden oral; tercera, en vez de una orden, la materialización anticipada de la supuesta voluntad del caudillo por parte de los niveles subordinados de poder, deducida de los discursos antisemíticos generales del mismo. Sin embargo, en contra de la última posibilidad, llama la atención la cooperación perfeccionista de múltiples ramas de la administración pública, como los *Ferrocarriles Imperiales*, que organizaron las deportaciones y cobraron para todo judío transportado los precios del tiquete.

De todos modos, a pesar de que los nazis creían en su misión salvadora de la humanidad contra la supuesta sangre mala, trataban el *judeocidio* como un tabú, pues tenían aparentemente un resto de conciencia de actuar por fuera de los estándares humanitarios reconocidos y dudaron del consenso de los alemanes para demoliciones masivas con los medios del Estado industrial. No obstante, las deportaciones como tal se realizaron abiertas y visiblemente –bajo la fórmula oficial de crear colonias en el este–. Otro elemento clave fue el carácter *internacional* del *judeocidio* en esferas con una naturaleza politizada y poco juridificada: solo el 3,5% de las víctimas fueron ciudadanos *alemanes*, mientras el resto se compuso de judíos *europeos*, tanto entregados de modo voluntario por los países adheridos al pacto del *Eje* –Croacia, Eslovaquia, Francia (Vichy), Hungría, Italia (República Social) y Rumania– como los capturados en los países invadidos. Especialmente en Europa Oriental –la zona de más del 80% de las víctimas– se desarrolló una colaboración activa y benevolente de la población polaca, ucraniana, bielorrusa, lituana y letona como denunciantes, policías auxiliares y *mob*, con base en un

¹⁷⁰ 11º reglamento de la Ley de ciudadanía imperial de 1941, *op. cit.*

¹⁷¹ *Ermächtigungsschreiben von Hermann Göring an Heydrich* de 31 de julio de 1941, en Latvijas Valsts Vestures Arhivs, Riga, P1026, *opis 1, B 3*, p. 164; *Protokoll der Besprechung über die Endlösung der Judenfrage* de 20 de enero de 1942, en Politisches Archiv des Auswärtigen Amtes, Berlin, R 100857, pp. 166-180; *Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4.10.1943*, en 100(0) *Schlüsseldokumente*, *op. cit.*

¹⁷² Arendt, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*, nueva ed., Barcelona, Lumen, 2003 (1967).

antisemitismo bastante acentuado contra judíos menos asimilados. También obsérvese que todos los *campos de exterminio* se localizaron en estas partes europeas, fuera de las fronteras imperiales de 1939¹⁷³. Sin duda alguna, el *judeocidio* fue llevado a cabo al estilo antijurídico y antipositivista, sin participación de los jueces, dirigido por militares de élite y funcionarios selectos e ideologizados de las SS que no cuestionaron ningún tipo de orden¹⁷⁴.

Del mismo modo, pueden observarse la desestructuración y disolución de las formas jurídicas básicas en el interior del Imperio Alemán, por ejemplo en la llamada *caza de conejos del Mühlviertel* de febrero de 1945. Cuando se escaparon 500 prisioneros de guerra rusos del campo de concentración de Mauthausen en Alta Austria, la policía regular y la población civil austriaca participaron con mucha motivación en una caza bestial de seres humanos, asesinando extralegalmente a casi todos¹⁷⁵.

Lo expuesto en los últimos párrafos tuvo lugar en las retroalimentaciones de la violentización de la Segunda Guerra Mundial, en la cual murieron 39 millones de europeos. Según los Estados involucrados, se calculan 20,6 millones de víctimas de la Unión Soviética, 7,5 millones del Imperio Alemán y 5,6 de Polonia, para mencionar solo los tres países más afectados¹⁷⁶. Ante las tentaciones tecnológicas de la guerra industrial, los círculos viciosos de la *guerra popular* entre pueblos en armas y las mentalidades del combate existencial y final entre ideologías salvadoras, se cayeron todas las limitaciones éticas y mecanismos de autocontrol de afectos negativos, dejando al derecho nada más que un papel confirmativo en nichos donde fue visto útil, pero sin permitir limitaciones al enfoque del logro bélico –así lo más acentuado en la *guerra de los dictadores del teatro oriental* de la guerra europea–.

Uno de estos nichos fue el derecho penal contra la corrupción. Entre 1943 y 1945, la dictadura nazi empleó al juez de las SS, Konrad Morgen, para perseguir *crímenes en los campos de concentración*, alcanzando varias condenas a comandantes de dichas instituciones, inclusive la pena de muerte del jefe Karl Koch de *Buchenwald*. Sin embargo, la cruda moral nazi fue subrayada por la interpretación de los *crímenes en los campos de concentración*: no fueron los de lesa humanidad, sino el enriquecimiento privado en bienes del Estado, robados de los detenidos¹⁷⁷.

¹⁷³ Auschwitz-Birkenau, Belzec, Chelmno, Majdanek, Sobibor y Treblinka.

¹⁷⁴ Asmuss, *Holocaust*, op. cit., pp. 103 y ss, 151 y ss; Benz, *A Concise History of the Third Reich*, op. cit., pp. 213 y ss; Íd., *Der Holocaust*, op. cit., pp. 50 y ss, 60 y ss, 101 y ss; Friedländer, *Nachdenken über den Holocaust*, op. cit., pp. 21 y ss; Hehl, *NS Herrschaft*, op. cit., pp. 25, 66 y ss; Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews*, 3ª ed., Yale, Univ. Press, 2003 (1961); Meyer, *Ausgrenzung und Vernichtung*, op. cit., pp. 207 y ss.

¹⁷⁵ Mauthausen Memorial (Ed.), *Mühlviertler Hasenjagd*, http://www.mauthausen-memorial.at/db/admin/de/index_main.php?cbereich=1&cthema=366&carticle=50&fromlist=1 (31.03.2015).

¹⁷⁶ Alemania e incluso Austria. Cifras según: Bruckmüller, Ernst, et al., *Putzger, Atlas und Chronik zur Weltgeschichte, Große Ausgabe*, Berlin, Cornelsen, 2002, p. 239.

¹⁷⁷ Gross, *Anständig geblieben*, op. cit., pp. 143 y ss.

8. LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE 1945 A 1948 Y LA LARGA SOMBRA DE LA IMPUNIDAD DESPUÉS DE 1949

Surge la pregunta acerca del tratamiento de los *juristas horrorosos* y demás responsables después de la caída bélica del imperio nacionalsocialista. En la época de la dictadura militar del *Consejo de Control Aliado* (1945-1949), se buscaron estrategias novedosas de una *justicia transicional* para condenar nuevos delitos, creados de modo *ad hoc* según las evaluaciones éticas propias, basándose en argumentos iusnaturalistas para derogar –similar como antes los nazis– la garantía liberal-positivista de la prohibición de la retroactividad, mediante la estipulación de los crímenes intemporales contra la paz, de guerra y contra la humanidad. Estos nuevos crímenes se establecieron en el protocolo inter-aliado de Londres y en la Ley 10 de dicho consejo. Originalmente, la *justicia transicional* fue ambicionada, y hasta 1951, los tres aliados occidentales dejaron ejecutar a aproximadamente 500 nazis, mientras casi el mismo número de sospechosos se escapó por las llamadas *líneas de las ratas* a Suramérica¹⁷⁸. De modo paralelo, el gobierno militar soviético ejecutó a 756 nazis. Se suma a estos, un número desconocido de ejecutados en el resultado de la práctica de extraer benevolentemente nazis a los nuevos gobiernos en Europa Oriental¹⁷⁹. De las figuras simbólicas del régimen nazi no sobrevivió ninguno¹⁸⁰, excepto los dos grandes almirantes y el arquitecto en jefe; también en el nivel regional de los gobernadores provinciales y distritales, fueron muy limitadas las opciones de sobrevivir. Hay que anotar una excepción notable a dicha mortalidad: los juristas. En el *juicio de los juristas* de 1947, una corte militar estadounidense condenó selectivamente a cuatro penas perpetuas, seis penas por periodos de cinco a diez años y cuatro absoluciones; todos resultaron liberados hasta 1957. En estas condenas fueron vistas como relevantes, la participación en las acciones de noche y niebla, las posiciones en el liderazgo del aparato penal y una membresía de las SS, una organización declarada como criminal¹⁸¹.

En la opinión pública alemana, quedó limitada la aceptación de juicios en manos de jueces de un partido de guerra, pues fueron estigmatizados como la *justicia de los vencedores* para profundizar su victoria. Para muchos alemanes, la justicia de los aliados subrayó ritualmente el haber combatido por una causa justa, pero sin tener en cuenta recíprocamente los crímenes de lesa humanidad cometidos por ellos mismos (*tu quoque*): como el *urbanicidio* sistemático de aproximadamente 160 ciudades alemanas desde el aire (1940-1945), la limpieza étnica de 12 a 15 millones de alemanes del este, llegando a excesos genocidiales (1945-1948),

¹⁷⁸ Goñi, Uki, *La autentica Odessa. Fuga nazi a Argentina*, nueva ed., Buenos Aires, Paidós, 2009.

¹⁷⁹ P. ej. fueron ejecutados en Polonia el gobernador de Danzig-Westpreussen Albert Forster (1952) y el gobernador de Wartheland Arthur Greiser (1946), así como en Yugoslavia el gobernador de Kärnten Friedrich Rainer (1947).

¹⁸⁰ Tampoco debe ignorarse la cuota alta de suicidios, incluyendo al dictador Hitler, al ministro de propaganda Goebbels, al comandante de las fuerzas aéreas Göring y al jefe policial Himmler.

¹⁸¹ US Military Tribunal, Nuremberg, *Judgment of 4 December 1947, The US of America vs. Josef Altstötter, et al.*, ed. por Humboldt-Universität Berlin, publicación virtual en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Justice%20Case%20Judgment.pdf> (31.03.2015).

y lo mismo con los polacos de Ucrania, las masacres soviéticas en Polonia y el Báltico, el exterminio del ejército croata en Bleiburg y las conquistas soviéticas desde 1940. La dinámica cambió cuando los tres aliados occidentales detectaron su nuevo desafío principal, en los inicios de la *Guerra Fría* contra el cuarto aliado, la Rusia soviética, de modo que buscaron la cooptación pragmática de los vencidos, ofreciendo una especie de olvido perpetuo si ellos se presentaban en nuevos vestidos democráticos¹⁸².

En este sentido, la nueva República Federal Alemana, con base en su *Ley fundamental* de 1949¹⁸³, restableció casi completamente el sustrato personal del aparato judicial de la época nacionalsocialista¹⁸⁴. El artículo 131 de la *Ley fundamental* previó dicha reactivación, llevada a cabo por la concreción normativa de 1951¹⁸⁵. La sentencia limitadora de 1953 del Tribunal Constitucional¹⁸⁶ –la única alta corte sin continuidad de personal– quedó sin efectos sustanciales. En los años 50, del 70 al 90% de los jueces y profesores de derecho, fueron ex miembros del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán. Entre los casos llamativos pueden señalarse: 1) el coautor y ex comentarista de las leyes raciales de Núremberg, Hans Globke, quien sirvió de 1953 a 1963 como jefe de la cancillería federal de Adenauer; 2) el ex juez nazi Wolfgang Fränkel, quien recibió en 1962, el puesto de fiscal federal general –a pesar de que había sido responsable de penas de muerte por delitos menores, como en 1942, el caso de un ladrón de un bolso de mano sin antecedentes penales–; 3) el ex fiscal superior Franz Nüßlein, participante en 900 penas de muerte en las cortes especiales del Protectorado de Bohemia y Moravia, quien trabajó a partir de 1955 como diplomático y cónsul general; 4) el ex presidente de una cámara penal de la corte especial de Praga, Kurt Bellmann, responsable de 127 penas de muerte, quien sirvió desde 1956 como director de la Corte provincial de Hannover, y 5) el ex autor de una tesis doctoral en pro de la eutanasia nacionalsocialista, Hans Puvogel, quien pudo servir de 1976 a 1978 como el ministro de justicia del Estado federado de Baja Sajonia¹⁸⁷.

¹⁸² Sobre la justicia transicional: Asmuss, *Holocaust, op. cit.*, pp. 215 y ss; Eichmüller, Andreas, “Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945”, en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 56, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2008, pp. 621-640, 626, 635; Kramer, *Richter vor Gericht, op. cit.*, pp. 122 y s; Müller, *Furchtbare Juristen, op. cit.*, pp. 352 y ss; Rössler, Ruth-K., *Justizpolitik in der SBZ/DDR 1945-1956*, Fráncfort, Klostermann, 2000, pp. 121 y s; Joachim Rückert, “Mitläufer, Weiterläufer und andere Läufer im BMJ”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenberg, op. cit.*, pp. 60-87, 75 y ss; Vormbaum, Thomas, “Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Justizverbrechen”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenberg, op. cit.*, pp. 142-168, 145 y s; Wesel, *Geschichte des Rechts, op. cit.*, pp. 539 y ss.

¹⁸³ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* de 1949, en *Bundesgesetzblatt (BGBl.)* I, 1949, pp. 1 y ss.

¹⁸⁴ Incluso para muchos ex miembros de la *Gestapo*, se posibilitó una segunda carrera en la policía -re-federalizada- de la RF Alemana. Comp. Klaus Mallmann & Andrej Angrick (Eds.), *Die Gestapo nach 1945*, Darmstadt, WBG, 2009.

¹⁸⁵ Godau, Klaus, “Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland”, en revista *Forum Historiae Iuris*, de 6 de junio de 2001, publicación virtual en: <http://www.forhistiur.de/2001-06-godau-schutke/> (31.03.2015), cap. B.9.

¹⁸⁶ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE 3 Beamtenverhältnisse*, 1953, pp. 58 y ss.

¹⁸⁷ Giordano, Ralph, *Der perfekte Mord*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2013; Godau-S., *Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung, op. cit.*, cap. c.1-2; Herbert, Ulrich, “Justiz und NS-Vergangenheit in der BRD 1945-1970”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenberg, op. cit.*, pp. 43-59, 43 y ss, 52 y ss; Kramer, *Richter*

De igual forma, debe indicarse la continuidad o reactivación rápida de los profesores de derecho, excepto el anti-constitucionalista Carl Schmitt (1888-1985). No obstante, la autonomía universitaria sirvió a personas como el (anti) constitucionalista Ernst Forsthoff (1902-1974), el (anti) constitucionalista Ernst R. Huber (1903-1990), el (anti) constitucionalista Theodor Maunz (1901-1993), el administrativista Otto Koellreutter (1883-1972), el civilista Karl Larenz (1903-1993), el penalista Erich Schwinge (1903-1994), el penalista Friedrich Schaffstein (1905-2001) y el penalista Georg Dahm (1904-1963)¹⁸⁸. Cabe resaltar que la República Federal no usó las alternativas viables y éticamente más correctas para promover el retorno de los juristas democráticos y judíos desplazados a los EE.UU. –aunque hubo en este espectro nombres de peso como Felix Kaufmann, Hans Kelsen, Otto Kirchheimer, Karl Loewenstein, Hans Morgenthau, Arthur Nussbaum y Hans Simons–, o para emplear a juristas jóvenes sin antecedentes llamativos en el Estado anti-constitucional.

A partir de su fundación en 1950, la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*) defendió enérgicamente el nuevo constructo del *privilegio de los jueces* (*Richterprivileg*), es decir, los jueces de la época nazi solo pudieron ser condenados por el delito de *prevaricación* (*Rechtsbeugung*), según el § 336 del *Código Penal*. Sin embargo, todos los procesos por prevaricación fracasaron¹⁸⁹, pues nunca fue posible probar la respectiva intención en la forma calificada del *dolus directus*. De modo adicional, se instrumentalizó la figura del *error de prohibición*, en vez de aplicar el lema *ignorantia legis non excusat*, es decir, ahora actuó sin culpa el que afirmó que había creído en la legalidad de los asesinatos nazis, sin haber podido reconocer dicho error. Incluso el juez nazi Otto Thorbeck –que había liderado el juicio antiterrorista contra varios de los coautores del intento de golpe de Estado del 20 de julio de 1944, al estilo de una farsa judicial que tampoco cumplió con los estándares oficiales de la dictadura– recibió en 1956 la declaración de legalidad por parte de los jueces supremos¹⁹⁰. Otro caso espectacular ante la Corte Federal fue en 1968 la absolución del ex juez del *Tribunal del pueblo*, Hans-Joachim Rehse, que había participado en 231 penas de muerte, incluyendo casos del delito de derrotismo por opiniones frustradas de un profesor universitario y de un sacerdote (1944)¹⁹¹. En

vor Gericht, op. cit., pp. 131 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 270 y s; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, op. cit., pp. 136 y ss.

¹⁸⁸ Comp. Frassek, *Karl Larenz (1903-1993)*, op. cit., pp. 69 y ss; Stolleis, *Theodor Maunz*, op. cit., pp. 323 y ss; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, op. cit., pp. 682 y s.

¹⁸⁹ Uno de los primeros casos, ocurrió en 1950 ante la corte provincial de Kassel, donde fueron absueltos los jueces nazi que habían condenado a muerte, en 1943, a un protestante con padres judíos, declarado judío de raza, por el delito de *vergüenza racial* al estilo de un *delincuente habitual*, por sus relaciones con varias mujeres no judías. Landgericht Kassel, *sentencia Schw 3/50, 3A Ks/50 Gr de 28.6.1950*, en Frank Löwenstein (Ed.), *Dokumentation des Todesurteil des Sondergerichts Kassel gegen W. Holländer und der Prozess gegen seine Richter*, Baunatal 2009/ 2010, publicación virtual en: http://www.recht21.com/urteile/Dokumentation_Werner_Hollaender.pdf (31.03.2015). En general: Kramer, *Richter vor Gericht*, op. cit., pp. 123 y ss, 127 y ss.

¹⁹⁰ Bundesgerichtshof (BGH), *sentencia 1 StR 50/56 de 19 de junio de 1956*, en revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, Beck, 1996, pp. 485 y ss. Similar: BGH, *sentencia del 7 de diciembre de 1956, 1 StR 56/56*, en revista *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Múnich, Beck, 1957, pp. 1158 y ss.

¹⁹¹ Véase Freudiger, Kerstin, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 386 y ss, 395; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 316 y ss; Spindel, Günter, *Rechtsbeugung durch*

otras palabras, existió una especie de solidaridad estamental, según la cual el juez no castigó al juez.

La justicia “democrática” tampoco estuvo dispuesta a anular las sentencias polémicas de los juzgados nacionalsocialistas. Por ejemplo, la pena de muerte de la Corte especial de Braunschweig contra la joven Erna Wazinski como *parasita del pueblo* por saqueos poco probables en el urbanicidio aliado (1944), llevó a múltiples reaperturas e intentos de reapertura (1952, 1959, 1960, 1964, 1966), pero los jueces siempre confirmaron la decisión de sus colegas nazis¹⁹². De modo consecuente, la RF Alemana rechazó en 1953 la *cláusula de Núremberg*¹⁹³ de la *Convención Europea de Derechos Humanos* de 1950¹⁹⁴ que había previsto una excepción de la prohibición de la retroactividad para delitos de lesa humanidad. Se pretendió conservar la leyenda blanca –y absurda– de la dictadura nazi como una especie de Estado de Derecho, inclusive la justicia política del *Tribunal del pueblo*.

De tal manera hay que contextualizar la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, según la cual el positivismo jurídico hubiera convertido en indefenso al estamento jurídico alemán frente a las injusticias de la dictadura. En el ámbito de la posguerra, sirvió como una fórmula cómoda de la *auto-amnistía colectiva* de los juristas. Así fue posible limpiarse de toda culpa bajo la apariencia de lo plausible y nadie tuvo que sufrir una mala consciencia¹⁹⁵. Un ejemplo influyente de este cuento de inocencia fue la obra de Hubert Schorn, *El juez en el Tercer Imperio* de 1959¹⁹⁶. Los nazis fueron supuestamente *los otros*, mientras los jueces se confirmaron mutuamente actuaciones honorables

nacionalsocialista de 1941 sobre la expatriación de los alemanes de fe judía¹⁹⁸, y no para abrir el camino al castigo de los perseguidores, sino al revés, para defender los derechos de sucesión de los herederos de los apátridas de entonces¹⁹⁹–.

Todo esto debe ser contextualizado en el marco de la política más amplia de la “amnistía fría”²⁰⁰ y de la “gran paz con los autores de delito”²⁰¹. La misma persiguió solo de modo casual y no sistemático a algunos de los asesinos ejecutivos más violentos de las SS, por el cargo de excesos personales más allá de sus órdenes concretas²⁰². El arte de adaptación de los juristas alemanes generó impresiones de un estamento dudoso, sin orientación humana profunda ni consciencia. Múltiples personas que habían respaldado enérgicamente la *comunidad popular* y el *principio del caudillo*, defendieron después de 1949 los principios constitucionales liberales y democráticos. De los profesores de derecho público, Forsthoff escribió en 1954 sobre los *Problemas constitucionales del Estado social*, Huber publicó a partir de 1957 una obra monumental de ocho tomos sobre la historia constitucional, y Maunz se dedicó desde 1958 al comentario estándar de la *Ley fundamental* democrática²⁰³.

Además, al igual que en la época nazi, los mismos jueces penales persiguieron a los mismos comunistas como enemigos públicos –ahora llamados *enemigos de la Constitución*– con base en el mismo derecho de la protección del Estado prolongado o reactivado, mientras que los ex nazis supuestamente purificados fueron salvaguardados de la inclusión en esta categoría estigmatizadora²⁰⁴. En la legislación de 1953²⁰⁵ sobrevivieron múltiples normas penales de la época nazi, inclusive el delito impreciso de coacción (§ 240 CP), de modo que los jueces de la antigua escuela pudieron perseguir libremente a la nueva cultura de derechos fundamentales con sus manifestaciones públicas y sentadas²⁰⁶, hasta que el Tribunal Constitucional lo prohibió en 1985²⁰⁷.

Cuando un grupo estudiantil organizó, de 1959 a 1962, la exhibición móvil *Justicia nazi impune* en ciudades como Karlsruhe y Berlín, tematizó la impunidad bien establecida en beneficio de jueces de sangre en buenas posiciones, ya no fue posible ignorar por completo la delicada temática. Sin embargo, con el § 116 de la

¹⁹⁸ 11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1941, *op. cit.*

¹⁹⁹ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE* 23 *Ausbürgerung*, 1968, pp. 98 y ss.

²⁰⁰ Friedrich, Jörg, *Die kalte Amnestie, NS-Täter in der Bundesrepublik*, nueva ed., Berlin, List, 2007.

²⁰¹ Giordano, Ralph, *Die zweite Schuld*, Hamburgo, Rasch & Röhling, 1987.

²⁰² Ejemplos: los juicios de *Ulm contra el comando de Tilst* de 1958 (10 penas de 3 a 15 años para 5.502 homicidios), los juicios de *Fráncfort sobre Auschwitz* de 1963 a 1968 (22 penas de 3 años a presidio perpetuo para homicidios en varios miles de casos) y el juicio de *Düsseldorf sobre Majdanek* de 1975 a 1981 (8 penas de 3 años a presidio perpetuo homicidios en varios miles de casos); Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, *op. cit.*, pp. 26, 42 y ss.

²⁰³ Forsthoff, Ernst, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, Aschendorff, 1954; Huber, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 tomos, Stuttgart, Kohlhammer, 1957-1991; Maunz, *Grundgesetz, Kommentar*, *op. cit.*

²⁰⁴ Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 296 y ss.

²⁰⁵ 3. *Strafrechtsänderungsgesetz* de 1953, en *BGBI.* I, 1953, pp. 735-750.

²⁰⁶ Wolf, *Befreiung des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 58.

²⁰⁷ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE* 69 *Brokdorf* de 1985, pp. 315 y ss.

Ley de los jueces de 1961 se les ofreció simplemente la jubilación anticipada, bajo la garantía de la remuneración completa, sin requerir ni confesiones ni arrepentimientos: cientocuarenta y nueve jueces aceptaron esta salida cómoda de los ojos de lo público²⁰⁸.

En resumen, se detecta uno de los excesos de impunidad más llamativos del siglo XX. Después del fracaso de 1933 a 1945, se trató del segundo gran fracaso en serie de la justicia alemana. Solo a partir del cambio gubernamental de 1969, la RF Alemana empezó a salir del carácter “demo-autoritario”²⁰⁹ de la “democracia en zancos”²¹⁰ o *democracia defectuosa* del pos-nacionalsocialismo. Pero hubo que esperar hasta 1998 para que el parlamento alemán estableciera la *Ley sobre la revocación de las sentencias de injusticia del nacionalsocialismo en el derecho penal*²¹¹, rehabilitando sumariamente a las víctimas del Tribunal del pueblo y de los consejos de guerra. En el 2002 siguió la rehabilitación legislativa de los *desertores*²¹², que reconoció la reevaluación en la sociedad pos-heroica, expresada por la ola de monumentos en las ciudades alemanas para desertores ejecutados del ejército nazi²¹³. Finalmente en el 2009, se rehabilitaron los *traidores de guerra*²¹⁴. Esto ocurrió en un momento, cuando prácticamente todos los asesinos en túnica ya habían fallecido.

No fue diferente el manejo en el segundo Estado sucesor de la dictadura nazi, Austria²¹⁵. En la *justicia transicional* inmediata bajo el liderazgo del gobierno militar aliado, hubo algunas pocas sentencias contra jueces. Por ejemplo, la *Corte popular* de Viena condenó en 1945 al juez nazi Victor Reindl a cinco años de cárcel y al fiscal Johann Karl Stich a ocho, pero por excesos en la justicia marcial de los últimos días de la guerra, más no por otras actividades de la justicia injusta; mientras, por otro lado, el juez fanático Friedrich Russegger recibió en 1948 la absolución por haber actuado supuestamente para el Estado y no para el partido²¹⁶. A partir de 1948, los juristas austríacos sabotearon la justicia transicional y los aliados abandonaron insistir en la misma²¹⁷. Prácticamente puede comprobarse la misma continuidad personal como en la República bonense. El ex militar nazi Kurt Waldheim sirvió

²⁰⁸ Glienke, Stephan A., “Nachkriegsskandal, Studenten gegen Nazi-Richter”, en *Der Spiegel*, de 24 de febrero de 2010, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/einestages/nachkriegsskandal-a-948742.html> (31.03.2015).

²⁰⁹ Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, p. 461.

²¹⁰ Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 599.

²¹¹ *Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile* de 1998, en BGBl. I, 1998, pp. 2501-2502.

²¹² *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege* de 2002, en BGBl. I, 2002, p. 2174. Véase Brümmer-P., *Desertion*, op. cit., p. 1; Wette, Wolfram, “Deserteure der Wehrmacht rehabilitiert”, en revista *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, núm. 52, Berlín, Metropol, 2004, pp. 505-527.

²¹³ P. ej. en 1990 en Göttingen, Hannover y Potsdam, en 1995 en Erfurt, en 2009 en Colonia y en 2014 en Hamburgo.

²¹⁴ 2. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nat.-soz. Unrechtsurteile* de 2009, en BGBl. I, 2009, p. 3150.

²¹⁵ Tampoco debe olvidarse que dos de los diez ejecutados en el resultado del *Juicio principal de Nuremberg* fueron austríacos: los juristas Ernst Kaltenbrunner y Arthur Seyß-Inquart.

²¹⁶ Landgericht Wien, Vg 12 Vr 1181, 1945; Landgericht Wien, Vg 1f Vr 2731, 1948.

²¹⁷ Butterweck, Hellmut. “Gnade für die Mörder?” en *Die Presse*, de 13 de junio de 2008, publicación digital en: <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/390836/Gnade-fur-die-Morder> (31.03.2015).

incluso, de 1986 a 1992, como presidente federal. También Austria espero mucho tiempo para la rehabilitación de las víctimas de la justicia bélica de la dictadura nazi, normativizando en 2005 la *Ley de reconocimiento*²¹⁸ y en 2009 la *Ley sobre la revocación y rehabilitación*²¹⁹, de modo que existe desde 2014 también en Viena un monumento para los desertores ejecutados del ejército nazi²²⁰.

9. EN VEZ DE UNA CONCLUSIÓN: 15 LECCIONES SOBRE LA HISTORIA DE LOS JUECES NAZI

Como primera lección de la historia de los jueces nazi, se anota que no estuvo fuera de la experiencia el hecho de que los jueces de una de las grandes naciones culturales se pusieron a disposición, de modo consciente y benevolente, de un Estado moral, que resultó al fin, un Estado criminal, transformándose así en delinquentes de túnica y ejecutores del terror estatal como derecho. A los ojos de las generaciones posteriores, aparecieron como *juristas horrorosos*, sin ética ni conciencia, mientras ellos mismos se percibieron en su época como los paladines en combate por un mundo más justo, tomando decisiones duras pero supuestamente justas.

Segunda lección, a diferencia de la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, los jueces de la época nazi no fueron *indefensos* ni estuvieron *ciegos*. Salvo el destino de los juristas socialistas y judíos presionados a la emigración en la fase inicial de la dictadura, típicamente los juristas no se autopercibieron ni amenazados ni presionados a estrategias defensivas, sino que ellos se identificaron con el Estado nacional y social de 1933 y pusieron a disposición del mismo su capacidad profesional, esperando un futuro mejor para los alemanes, siendo felices con la superación del parlamentarismo, del individualismo, del capitalismo y del tratado indignante de Versalles. El espectro incluyó una gran variedad de matices de la derecha política, con nazis ideológicos, autócratas, monarquistas y nacionalistas clásicos, pero también hubo oportunistas indiferentes. Para estos últimos, puede debatirse lo *indefenso*, pero no a causa de constructos iustécnicos, sino por la mentalidad alemana del súbdito obediente con una creencia acrítica en el Estado divinizado, proveniente del pasado monárquico. Pero todos, inclusive los seguidores indiferentes, tomaron una decisión y fueron responsables.

Tercera lección, a diferencia de la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, ni el Estado nazi ni sus jueces fueron positivistas. Los actores pretendieron superar el positivismo liberal de la época weimariana, promoviendo explícitamente la *identidad entre derecho y moral*, al estilo de un nuevo derecho natural basado en la “ética” y la ideología del nacionalsocialismo. Las nuevas fuentes supremas del derecho, como el programa del partido único, la percepción mundial

²¹⁸ *Anerkennungsgesetz* de 2005, en *Bundesgesetzblatt für die Rep. Österreich I*, 2005, núm. 86.

²¹⁹ *Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz* de 2009, en *Bundesgesetzblatt für die Rep. Österreich I*, 2005, núm. 110.

²²⁰ Röder, Matthias. “Wien erinnert prominent an Wehrmachtsdeserteure”, en *Die Welt*, de 23.10.2014, publicación digital en: <http://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article133589425/Wien-erinnert-prominent-an-Wehrmachtsdeserteure.html> (31.03.2015).

nacionalsocialista y el sentimiento popular sano, facilitaron la reinterpretación de las leyes antiguas acorde al espíritu de la dictadura; las nuevas leyes, desde luego, materializaron aquel *derecho moral* nacionalsocialista. Del “buen juez nazi” se esperaba anticipar la ideología oficial y concretarla en sus sentencias, en lugar de subsumir la letra exacta de las leyes provenientes de épocas que fueron vistas como superadas. No obstante, se compartió con el positivismo jurídico la creencia en la metafísica estatal del siglo XIX, que había promovido el credo de la infalibilidad del poder estatal. Mejor dicho, la dictadura fue *soberanista* pero no positivista.

Cuarta lección, a diferencia de la práctica de la mayor parte de las otras dictaduras y en contra de su autoimagen antipositivista, el Estado nazi positivizó partes sustanciales de su nuevo derecho ideológico y lo publicó en la gaceta oficial del imperio. Al respecto, se recuerda la hipótesis según la cual ningún Estado moderno puede ser dirigido por un iusnaturalismo puro. Este derecho no fue ni compatible con la Constitución de 1919 ni creado por un poder legislativo, sino que se trató de normas ejecutivas que brillaron por la desestructuración jurídica y la apertura a decisiones flexibles según preevaluaciones ideológicas y políticas. De tal manera, no contradijo la tendencia antipositivista, sino la reconfirmó.

Quinta lección, la dificultad del observador actual para reconocer en el derecho ideológico nazi una especie de iusnaturalismo, resulta de la tendencia a entender la categoría del derecho natural como algo justo *per se*, según *nuestras* percepciones éticas en las sociedades occidentales del siglo XXI. Se presume automáticamente algo cercano a la ética de los derechos humanos o a las *teorías de justicia* contemporáneas como las de Rawls, Pogge o Sen. No obstante, queda la incertidumbre estructural *del mago y del conejo*: lo que el artista esconde anteriormente en el sombrero, va a salir en la presentación mágica del mismo. A la gran pregunta ¿cuál es la verdadera naturaleza humana?, la historia mundial ha presentado muchas respuestas incompatibles, es decir, se detecta fácilmente que no son semejantes las respuestas de la antigua Grecia esclavista, del catolicismo feudal y estamental de la Edad Media, de la Ilustración individualista y liberal, del comunismo y del fascismo. Todos estos enfoques entran a la categoría del iusnaturalismo, aunque solo poco de lo señalado es cercano a la ética predominante de hoy. La figura del derecho natural puede justificar tanto el mejor como el peor régimen.

Sexta lección, el debate filosófico general no puede reducirse a una pregunta anti-tética tan simple como o positivismo o iusnaturalismo, sino que es indispensable diseñar una combinación adecuada entre ambos conceptos. Tanto se considera peligroso un positivismo agudo, tecnocéntrico y cuadrículado sin retroalimentación ética, como un iusnaturalismo que no sabe diferenciar entre principios éticos generales e ideologías más o menos extravagantes. En los últimos decenios, casi todas las asambleas constituyentes occidentales han preferido una fundamentación ética en el *pluralismo tridimensional* que combina *valores liberales, sociales y ambientales*, lo que también el autor de este texto ha defendido. No obstante,

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

con esta visión del siglo XXI tampoco es compatible el citado liberalismo contractualista de Rawls, que vuelve prácticamente a los antiguos debates fundadores de las revoluciones ilustradas. En los estados con un poder legislativo constitucional y democrático –que no fue el caso en la dictadura nazi–, no deben quedar dudas sobre el hecho de que los jueces civiles, penales y administrativos tienen que aplicar las leyes positivas, pero bajo el autocontrol y el control constitucional que velan que éstas no violen los principios fundamentales de justicia que hoy en día están constitucionalizados.

Séptima lección, se observa con preocupación las tendencias contemporáneas a un *neo ius barbarum*, bajo la fórmula de combate al terrorismo. El derecho antiterrorista de nuestros días pertenece a la misma familia jurídica que el derecho contra enemigos públicos de la época nazi. La experiencia histórica debería ser entendida como una advertencia seria en cuanto a los riesgos enormes de la pérdida de moderación en este ámbito.

Octava lección, la solución más adecuada para superar los problemas de la justicia material descritos en este artículo es el Estado constitucional exigente y eficaz, que precisa sus valores básicos en forma de derechos fundamentales de varias generaciones y en una norma de normas mucho más fuerte que la weimariana: bajo el control de constitucionalidad, en manos de un consejo particular de sabios compuesto por altos jueces, dedicados al control constitucional de las normas y al amparo iusfundamental. La *Ley fundamental* de la RF Alemana de 1949, pretendió evitar las debilidades de la carta de Weimar y ha servido como una de las constituciones modelo en la ola de profundización del constitucionalismo moderno después de la Segunda Guerra Mundial. La respectiva cultura jurídica requiere del juez crítico y activo, con autoestima, que ha superado el papel clásico del súbdito obediente y sabe asumir la función responsable de la *tercera rama* del poder estatal frente a los demás poderes.

Novena lección, los crímenes del Estado nazi han fortalecido el concepto de los *derechos humanos* en el mundo, pues representaron la antítesis acentuada que subrayó la necesidad de los mismos. No es ninguna casualidad que el concepto de la *dignidad humana* entró, a partir de la Constitución bávara de 1946, al constitucionalismo alemán y después al mundo. Bajo la fórmula del *Nunca más*, el *judeocidio* sirvió como el mito fundador para la mundialización de los derechos fundamentales liberales y sociales en el marco de las Naciones Unidas desde 1948.

Décima lección, los métodos jurídicos de los jueces nazis no fueron abandonados en 1945, por ejemplo la interpretación *teleológica* todavía hoy en día es considerada la reina de la mixtura metodológica. No han cambiado tanto los métodos, sino los contenidos materiales. Pero también las preguntas sobre los métodos deben considerarse inmediatamente preguntas relevantes para la calidad constitucional. De igual forma, si bien la teoría jurídica de la RF Alemana ha retomado elementos de un neo-iusnaturalismo bajo la fórmula solemne de no repetición de un drama

de injusticia como el de 1933 a 1945, esta justificación verbaliza solo la mitad de la verdad, pues se prolonga un antipositivismo ya dominante en los años de la dictadura. Hay que constatar una falta de consciencia para estas continuidades incómodas.

Undécima lección, para prevenir futuros *jueces horribles* es inevitable una buena educación jurídica en las universidades. Se observa con preocupación las tendencias actuales al neotecnocentrismo jurídico. En común con los jueces nazis, todavía hoy en día muchos juristas no son conscientes de los métodos que usan. Al lado del perfeccionamiento técnico debería profundizarse, al estilo de un verdadero segundo pilar formativo, los fundamentos del derecho que transmiten valores y desarrollan la capacidad del jurista para reflexionar autocríticamente su actuación en contextos complejos: la filosofía del derecho, la sociología jurídica, la teoría del derecho y la historia del derecho. Eventualmente, la última es la más importante, porque reúne los enfoques de los otros fundamentos con la base empírica de experiencias reales, es decir, el observador puede reconocer los efectos, tanto en lo bueno como en lo malo, de los sistemas jurídicos.

Duodécima lección, debería reconocerse que la *historiografía del derecho* de Alemania ha cumplido con su tarea de investigar el pasado difícil de la época nacionalsocialista. Eventualmente, lo hizo tarde, pero desde los años 80, en formas muy amplias y autocríticas, lo que entra en el patrón general del *Vergangenheitsbewältigung* (manejo crítico del pasado) de forma exigente. Estos estudios podrían servir como un modelo para otros países con un pasado anticonstitucional difícil, por ejemplo España (1936/39-1975), Chile (1973-1990) o Colombia (1949-1990), pues en cuanto a la respectiva involucración de los jueces y demás juristas se sabe todavía muy poco.

Decimotercera lección, para el caso colombiano se pretende motivar a estudios más profundos sobre la larga fase anticonstitucional de 1949 a 1990. La vaciación sistemática de la Constitución de 1886 en 1945 bajo la apariencia de lo pseudo-legal, mostró similitudes con el caso weimariano. Independiente de la ausencia del dictador personificado, después del primer decenio señalado, también Colombia tendió al estado-de-sitismo duro, a normas antiterroristas radicales, a la destrucción de la calidad material de los derechos humanos y a la pérdida de la separación de poderes. También en este caso puede comprobarse un fundamento ideológico sobrepositivo: el anticomunismo de la Guerra Fría.

Decimocuarta lección, en el contexto de América Latina se recomienda no citar tan acríticamente a juristas del Estado nazi, como por ejemplo Carl Schmitt o Karl Larenz. Dichas citas de supuestos “grandes expertos” pueden ser interpretadas como ofensivas para la dignidad humana. Además, las terminologías pueden ser seductoras si no se saben contextualizar. Parece que muchos latinoamericanos no son conscientes de en qué medida los textos traducidos de Schmitt

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

han servido como *libros de enseñanza* para las propias dictaduras y excesos de estado-de-sitismo.

Decimoquinta lección, en el enfrentamiento crítico y doloroso con el pasado nazi, los alemanes han aprendido algunas virtudes cívicas, inclusive el deber ético de contradecir activa, abierta y transparentemente a la injusticia de cualquier autoridad, mientras que han internalizado que son contraproductivos los comportamientos pasivos, sumisos y sobre-amables del tipo súbdito. Abrirse un poco más a una *cultura de la crítica directa* de este tipo, puede ser sano también en el contexto de América Latina.

Bibliografía

Fuentes Primarias

a) Normatividad

- (1872) *Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, en *Reichsgesetzblatt*, 1872, pp. 174-204.
- (1878) *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie*, en *Reichsgesetzblatt*, 1878, pp. 351 y ss.
- (1896) *Bürgerliches Gesetzbuch*, en *Reichsgesetzblatt*, 1896, pp. 195 y ss.
- (1918) *Gesetzüber die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich*, en *Staatsgesetzblatt*, núm. 5, 1918.
- (1919) *Verfassung des Deutschen Reiches*, en *Reichsgesetzblatt*, 1919, pp. 1383 y ss.
- (1919) *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne, Traité de Versailles, le 28 juin 1919*, ed. por Grewe, Wilhelm G. (Ed.): *Fontes Historiae Iuris Gentium*, tomo 3-2, 1815-1945, Berlín, De Gruyter, 1992, pp. 683-700.
- (1920) *Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird*, en *Bundesgesetzblatt*, 1920, pp. 1 y ss.
- (1922) *Gesetz zum Schutze der Republik*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1922, pp. 585-590.
- (1923) *Mieterschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1923, pp. 353 y ss.
- (1930) *Gesetz zum Schutze der Republik*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1930, pp. 91-93.
- (1932) *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen de 1932*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1932, p. 377.
- (1933) *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des Deutschen Volkes*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, pp. 35-40.
- (1933) *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, p. 83.
- (1933) *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, Ermächtigungsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, pp. 141 y ss.
- (1933) *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe, Lex van der Lubbe*, en *Reichsgesetzblatt 1933 I*, p. 151.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1933) *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 175.
- (1933) *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 479.
- (1933) *Schriftleitergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, pp. 713-717.
- (1933) *Reichstierschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, p. 987.
- (1933) *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, p. 995.
- (1933) *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 1016.
- (1933) *Gesetz über die Errichtung eines Geheimen Staatspolizeiamts*, en *Preußische Gesetzssammlung*, 1933, pp. 122-123.
- (1933) *Gesetz über die Geheime Staatspolizei*, en *Preußische Gesetzssammlung*, 1933, p. 413.
- (1934) *Gesetz über den Neuaufbau des Reichs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 75.
- (1934) *Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, pp. 341-348.
- (1934) *Reichs-Straßenverkehrs-Ordnung nebst Einführungsverordnung*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 455.
- (1934) *Gesetz über die Maßnahmen der Staatsnotwehr*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 529.
- (1934) *Reichsjagdgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 549
- (1934) *Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 747.
- (1934) *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, pp. 1269-1271.
- (1934) *Lagerordnung Dachau*, ed. por Zámečník, Stanislav. *Das war Dachau*, 3ª ed., Fráncfort, Fischer, 2007, pp. 406-411.
- (1935) *Reichsnaturschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, núm. 68, pp. 821-825.
- (1935) *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, pp. 839-843.

- (1935) *Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, p. 1146.
- (1935) *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Blutschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, pp. 1146-1147.
- (1935) *Energiewirtschaftsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, p. 1451.
- (1936) *Erlass über die Einsetzung eines Chefs der Dt. Polizei im Reichsministerium des Innern*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1936, pp. 487 y s.
- (1936) 3. *Gestapo-Gesetz*, en *Preußische Gesetzsammlung*, 1937, pp. 21-22.
- (1937) *Deutsches Beamten-gesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1937, pp. 39 y ss.
- (1938) *Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 237-238.
- (1938) *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 807 y ss.
- (1938) *Testamentsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, p. 973.
- (1938) 2. *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, p. 1044.
- (1938) 5. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 1403-1406.
- (1938) *Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, núm. 137, pp. 1455-1457.
- (1938) *Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, núm. 137, p. 1457.
- (1938) *Eisenbahn-Verkehrsordnung*, en *Reichsgesetzblatt II*, 1938, p. 663.
- (1939) *Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 864.
- (1939) *Verordnung gegen Volksschädlinge*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 1679.
- (1939) *Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 1683.
- (1941) *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten*, ep. por Moll, Martin (Ed.): *Führer-Erlasse 1939-1945*, Stuttgart, Steiner, 1997, pp. 125-126.
- (1941) *Reichsautobahngesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, p. 313.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1941) *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, pp. 549-550.
- (1941) 11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, p. 722.
- (1941) *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, pp. 759 y ss.
- (1941) *Erlass über die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit im Gebiet Barbarossa und über besondere Maßnahmen der Truppe*, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.): 100(o) *Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación digital en: http://www.100odokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0093_kgs&l=de (31.03.2015).
- (1941) *Richtlinien für die Behandlung politischer Kommissare*, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.): 100(o) *Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación digital en: http://www.100odokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0088_kbe&l=de (31.03.2015).
- (1943) *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1943, pp. 339-342.
- (1949) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, pp. 1 y ss.
- (1950) *Convención Europea de Derechos Humanos*, ed. por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicación digital en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (31.03.2015).
- (1953) 3. *Strafrechtsänderungsgesetz*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1953, pp. 735-750.
- (1954) *Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, en *Bundesgesetzblatt II*, 1954, p. 14.
- (1998) *Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1998, pp. 2501-2502.
- (2002) *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*, en *Bundesgesetzblatt I*, 2002, p. 2174.
- (2005) *Anerkennungsgesetz, Bundesgesetz über die Anerkennung der Leistungen im österreichischen Widerstand sowie zur abschließenden Beseitigung nationalsozialistischer Unrechtsakte*, en *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I*, 2005, núm. 86.
- (2009) 2. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*, en *Bundesgesetzblatt I*, 2009, p. 3150.

(2009) *Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz*, en *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I*, 2005, núm. 110.

b) *Jurisprudencia*

(1932) Staatsgerichtshof: *Preußen contra Reich*, sentencia de 25 de octubre 1932, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), tomo 138, 1932, anexo, pp. 1-43.

(1933) Landgericht Köln, 5. Zivilkammer: sentencia 5 R 66/33, en revista *Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege*, Berlin, Decker, 1933, pp. 819 y ss.

(1933) Reichsgericht, 4. Strafsenat: *Sentencia XII H 42/33 de 23 de diciembre de 1933, Reichstagsbrandprozeß*, ed. por *Opinioluris, Die freie juristische Bibliothek*, publicación digital en: <http://opinioiuris.de/entscheidung/1668> (31.03.2015).

(1934) Reichsgericht, 4. Zivilsenat: *Sentencias IV 89/34, IV 94/34 y 104/34 de 12 de julio de 1934*, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), tomo 145, 1934, pp. 1 y ss.

(1936) Reichsgericht, Zivilsenat: *Sentencia Die Heimkehr des Odysseus de 1936*, en revista *Juristische Wochenschrift* (JW), Leipzig, Moeser, 1936, pp. 2537 y ss.

(1938) Amtsgericht Halle: *Sentencia de 18 de agosto de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, pp. 2975 y ss.

(1938) Amtsgericht Schöneberg: *Sentencia de 16 de septiembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, ppágs. 3045 y ss.

(1938) Reichsgericht, Strafsenat: *sentencia de 22 de septiembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, p. 2957.

(1938) Landgericht Berlin: 48. Zivilkammer, *Sentencia de 7 de noviembre de 1938*, en *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, pp. 3342 y ss.

(1938) Amtsgericht Nürnberg: *Sentencia de 26 de noviembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, 1938, Leipzig, Moeser, pp. 3243 y ss.

(1939) Reichsgericht, 2. Strafsenat: *Sentencia de 2 de febrero de 1939*, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (RGSt), tomo 73, pp. 94 y ss.

(1942) Sondergericht Leslau: *Sentencia Sd 4 Kls 108/42 de 22 de julio de 1942*.

(1945) Landgericht Wien: *Vg 12 Vr 1181*, 1945, *Das Wiener Volksgerichtsverfahren gegen Viktor Reindl und Johann Karl Stich*, publicación digital en: http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/volksg/stich_index.php (31.03.2015).

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1947) US Military Tribunal, Nuremberg: *Judgment of 4 December 1947, The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*, ed. por Humboldt-Universität Berlin, publicación digital en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Justice%20Case%20Judgment.pdf> (31.03.2015).
- (1948) Landgericht Wien: *Vg 1f Vr 2731*, 1948, publicación digital en: <http://www.tenhumbergreinhard.de/taeter-und-mitlaeufer/gerichtsverfahren-nach-1945/lg-wien-vg-1f-vr-2731-48.html> (31.03.2015).
- (1950) Landgericht Kassel: *Sentencia Schw 3/50, 3A Ks/50 Gr de 28 de junio de 1950*, en Löwenstein, Frank (Ed.): *Dokumentation des Todesurteils des Sondergerichts Kassel gegen Werner Holländer und der Prozess gegen seine Richter*, Baunatal 2009/ 2010, publicación digital en: http://www.recht21.com/urteile/Dokumentation_Werner_Hollaender.pdf (31.03.2015).
- (1953) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 3 Beamtenverhältnisse*, pp. 58 y ss.
- (1956) Bundesgerichtshof: *Sentencia 1 StR 50/56 de 19 de junio de 1956, Beihilfe zum Mord durch Richter eines Standgerichts der SS*, en revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Múnich, C.H. Beck, 1996, pp. 485 y ss, y publicación digital en: <http://opinioius.de/entscheidung/1665> (31.03.2015).
- (1956) Bundesgerichtshof, *Sentencia del 7 de diciembre de 1956, 1 StR 56/56, Rechtsbeugung*, en revista *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich, C.H. Beck, 1957, pp. 1158 y ss.
- (1968) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 23 Ausbürgerung*, pp. 98 y ss.
- (1985) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 69 Brokdorf* de 1985, pp. 315 y ss.
- (1995) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Sentencia 7/1994/454/535, Vogt vs. Alemania* de 1995, en revista *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Múnich, C.H. Beck, 1996, p. 375.

c) *Textos administrativos*

- (1941) *Ermächtigungsschreiben von Hermann Göring an Heydrich vom 31. Juli 1941*, en LatvijasValsts Vestures Arhivs, Riga, P1026, opis 1, B 3, p. 164, ed. por Haus der Wannsee-Konferenz, publicación digital en: http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/dokumente/goerings_beauftragung_heydrich_juli1941_barrierefrei.pdf (31.03.2015).
- (1942) *Protokoll der Besprechung über die Endlösung der Judenfrage vom 20. Januar 1942*, en Politisches Archiv des Auswärtigen Amtes, Berlin, R 100857, pp. 166-180, ed. por Haus der Wannsee-Konferenz, publicación digital en: http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/dokumente/protokoll-januar1942_barrierefrei.pdf (31.03.2015).

(1943) *Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4. Oktober 1943*, en 1000 Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte, publicación digital en: http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0008_pos&object=abstract&st=REDE%20DES%20REICHSF%C3%BCHRERS%20SS&l=de (31.03.2015).

d) Autores históricos

(1798) Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., Königsberg, 1798.

(1895) Meyer, Georg: *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.

(1897) Anschütz, Gerhard: *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt*, Berlín, C. Heymanns, 1897.

(1914) Mann, Heinrich: *Der Untertan*, nueva ed., Fráncfort del Meno, Fischer, 2012.

(1919) Kern, Fritz: *Recht und Verfassung im Mittelalter*, nueva ed., Darmstadt, WBG, 1952.

(1922) Gumbel, Emil Julius: *Vier Jahre politischer Mord*, Berlín, Neue Gesellschaft, 1922.

(1922) Schmitt, Carl: *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 8ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2004.

(1932) Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Leipzig, Quelle & Meyer, 1932.

(1933) Schmitt, Carl: *Staat, Bewegung, Volk, Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburgo, Hanseat. Verlagsanstalt, 1933.

(1933) Forsthoff, Ernst: *Der totale Staat*, Hamburgo, Hanseat. Verlagsanstalt, 1933.

(1934) Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig & Viena, Deuticke, 1934. Traducción española de la 2ª ed. revisada de 1960: *Teoría pura del Derecho*, 14ª ed., México, Porrúa, 2005.

(1934) Schmitt, Carl: "Der Führer schützt das Recht, Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934", en revista *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 15, Múnich, C.H. Beck, 1934, pp. 945-950; traducción en español: *El Führer defiende el derecho*, en Íd. & Orestes, Héctor: *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

(1935) Larenz, Karl: "Rechtsperson und subjektives Recht", en Íd. et al. (Eds.): *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünhaupt, 1935, pp. 225-260.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1938) Forsthoff, Ernst: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938.
- (1939) Huber, Ernst R.: *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2ª ed., Hamburgo, Hanseat. Verlagsanstalt, 1939.
- (1941) Fraenkel, Ernst: *The Dual State, A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Nueva York, Oxford Univ. Press, 1941.
- (1946) Radbruch, Gustav: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en revista *Süddeutsche Juristenzeitung*, tomo 1, Tübingen, Mohr, 1946, pp. 105-108, 105.
- (1946) Hippel, Fritz von: *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, Eine juristische Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1946.
- (1954) Forsthoff, Ernst: *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, Aschen-dorff, 1954.
- (1957) Huber, Ernst R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 tomos, Stuttgart, Kohlhammer, 1957-1991.
- (1958) Maunz, Theodor & Dürig, Günter (Eds.): *Grundgesetz, Kommentar*, 73 ediciones, München, C.H. Beck, 1958-2015.
- (1959) Schorn, Hubert: *Der Richter im Dritten Reich, Geschichte und Dokumente*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1959.

e) Prensa histórica

- (1933) *Das Verbot der SPD, Wohlverdientes Ende der marxistischen Landesverratspartei*, en periódico *Völkischer Beobachter*, Norddeutsche Ausgabe, de 24 de junio de 1933, publicación digital en: <http://www.demokratiegeschichte.eu/index.php?id=207> (31.03.2015).
- (1978) Redacción Der Spiegel: “Affäre Filbinger, Was Rechtens war”, en *Der Spiegel*, núm. 20, de 15 de mayo de 1978, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-40615419.html> (31.03.2015).

Bibliografía secundaria

- Alexy, Robert: “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, Coruña, Universidade da Coruña, 2001, pp. 75-95.
- Álvarez, Leonardo: “La Constitución de Weimar ¿Una República sin republicanos?” en revista *Historia Constitucional*, núm. 12, Madrid & Oviedo, Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales & Universidad de Oviedo, 2011, pp. 443-459.

Aly, Götz: *Hitlers Volksstaat, Raub, Rassekrieg und nationaler Sozialismus*, Fráncfort del Meno, Fischer, 2005. Traducción: *La utopía nazi, Cómo Hitler compró a los alemanes*, 2ª ed., Barcelona, Crítica, 2008.

Angermund, Ralph: *Deutsche Richterschaft 1919-1945, Kriegserfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1990.

Arendt, Hannah: *Eichmann en Jerusalén, Un estudio sobre la banalidad del mal*, nueva ed., Barcelona, Lumen, 2003 (1967). Versión en alemán: *Eichmann in Jerusalem*, nueva ed., Múnich, Piper, 2011 (1964).

Asmuss, Burkhard (Ed.): *Holocaust, Der nationalsozialistische Völkermord und die Motive seiner Erinnerung*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002.

Benavides Vanegas, Farid S.: “Continuidades y discontinuidad en Carl Schmitt”, en Múnera Ruíz, Leopoldo (Ed.): *Normalidad y excepcionalidad en la política*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 51-84.

Benz, Wolfgang: *A Concise History of the Third Reich*, Berkeley, University of California Press, 2006. Título original en alemán: *Geschichte des Dritten Reiches*, Bonn, Múnich, C.H. Beck, 2000.

— *Der Holocaust*, 8ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014. Traducción inglesa: *The Holocaust*, Nueva York, Columbia University Press, 1999.

Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 2013.

Boldt, Hans: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tomo 2, *Von 1806 bis zur Gegenwart*, 2ª ed., Múnich, DTV, 1993.

Brauneder, Wilhelm: *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 10ª ed., Viena, Manz, 2005.

Brenner, Michael: *A short History of the Jews*, Princeton, University Press, 2010. Título original en alemán: *Kleine Jüdische Geschichte*, Múnich, C.H. Beck, 2008.

Bruckmüller, Ernst et al.: *Putzger, Atlas und Chronik zur Weltgeschichte, Große Ausgabe*, Berlín, Cornelsen, 2002.

Brümmer-Pauly, Kristina: *Desertion im Recht des Nationalsozialismus*, Berlín, BWV, 2006.

Butterweck, Hellmut: “Gnade für die Mörder?” en *Die Presse*, de 13 de junio de 2008, publicación digital en: <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichen-derzeit/390836/Gnade-fur-die-Morder> (31.03.2015).

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Büttner, Ursula: *Weimar, Die überforderte Republik, 1918-1933*, Bonn, BPB, 2010.
- Clark, Christopher: *The Sleepwalkers, How Europe went to War in 1914*, Londres, Penguin Books, 2013.
- Cristi, Renato: “La lección de Schmitt, Poder constituyente, soberanía y principio monárquico”, en revista *Ciencia Política*, vol. 28, núm. 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica, 2008, pp. 17- 31.
- Darnstädt, Thomas: “Mephisto als Untertan”, en *Der Spiegel Special, Hitlers Machtergreifung*, de 29 de enero de 2008, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelspecialgeschichte/d-55573687.html> (31.03.2015).
- Deiseroth, Dieter: “War der Positivismus schuld? Anmerkungen zum Thema Juristen und NS-Regime achtzig Jahre nach dem 30. Januar 1933”, en revista *Betrifft Justiz*, núm. 113, Mühlthal, Verein Betrifft Justiz, 2013, pp. 5-10.
- Deutscher Bundestag (Ed.): *Deutscher Parlamentarismus, Nationalsozialismus (1933-1945)*, publicación digital en: http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/parlamentarismus/drittes_reich/ (31.03.2015).
- Dreier, Ralf & Sellert, Wolfgang (Ed.): *Recht und Justiz im Dritten Reich*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1989.
- Dyzenhaus, David: “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, en revista *American Political Science Review*, tomo 9, núm. 1, New Hampshire, American Political Science Association 1997, pp. 121-134.
- Eichmüller, Andreas: “Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945, Eine Zahlenbilanz”, en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 56, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2008, pp. 621-640.
- Eisenhardt, Ulrich: *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2013.
- Frassek, Ralf: “Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra”, en revista *Academia*, año 5, núm. 9, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007, pp. 55-75.
- Freudiger, Kerstin: *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- Friedländer, Saul: *Nachdenken über den Holocaust*, Múnich, C.H. Beck, 2007.
- Friedrich, Jörg: *Die kalte Amnestie, NS-Täter in der Bundesrepublik*, nueva ed., Berlín, List, 2007.
- Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo: *Verfassungsgeschichte*, 13ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

- García Amado, Juan Antonio: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1991.
- Giordano, Ralph: *Der perfekte Mord, Die deutsche Justiz und die NS-Vergangenheit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2013.
- Giordano, Ralph: *Die zweite Schuld, oder, Von der Last Deutscher zu sein*, Hamburgo, Rasch & Röhrling, 1987.
- Glienke, Stephan A.: "Nachkriegsskandal, Studenten gegen Nazi-Richter", en *Der Spiegel*, de 24 de febrero de 2010, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/einestages/nachkriegsskandal-a-948742.html> (31.03.2015).
- Godau-Schüttke, Klaus-Detlev: "Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland", en revista electrónica *Forum Historiae Iuris, Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, de 6 de junio de 2001, publicación digital en: <http://www.forhistiur.de/2001-06-godau-schuttke/> (31.03.2015).
- Goñi, Uki: *La autentica Odessa, Fuga nazi a Argentina*, nueva ed., Buenos Aires, Paidós, 2009.
- Gössner, Rolf: *Die vergessenen Justizopfer des Kalten Krieges*, Hamburgo, Konkret, 1994.
- Gross, Raphael: *Anständig geblieben, Nationalsozialistische Moral*, Bonn, BPB, 2010.
- Gruchmann, Lothar: *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 3ª ed., Múnich, Oldenbourg, 2001.
- "Generalangriff gegen die Justiz?", en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 51, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2003, pp. 509-520.
- "Nacht- und Nebel-Justiz", en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, año 29, núm. 3, Múnich, Oldenbourg, 1981, pp. 342-396.
- Grüttner, Michael & Kinas, Sven: "Die Vertreibung von Wissenschaftlern aus den deutschen Universitäten 1933-1945", en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, núm. 1, Múnich, Oldenbourg, 2007, pp. 123-187.
- Haferkamp, Hans-Peter: *Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR*, Colonia, Schmidt, 2005.
- Hannover, Heinrich & Hannover-Drück, Elisabeth: *Politische Justiz 1918-1933*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1966.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Hehl, Ulrich: *Nationalsozialistische Herrschaft*, 2ª ed., Múnich, Oldenbourg, 2001.
- Herbert, Ulrich: “Justiz und NS-Vergangenheit in der BRD 1945-1970”, en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 43-59.
- Hermann, Hans-Georg et al. (Eds.): *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus*, Colonia, Viena & Weimar, Böhlau, 2008.
- Hetzel, Marius: *Die Anfechtung der Rassenmischehe in den Jahren 1933-1939, Die Entwicklung der Rechtsprechung im Dritten Reich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- Hilberg, Raul: *The Destruction of the European Jews*, 3ª ed., Yale, University Press, 2003 (1961).
- Hoke, Rudolf: *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Viena & Weimar, Böhlau, 1992.
- Hüpers, Bernd: *Karl Larenz, Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, Berlín, BWV, 2008.
- Jüdisches Museum Berlin & Haus der Geschichte der BRD (Eds.): *Heimat und Exil, Emigration der deutschen Juden nach 1933*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006.
- Jureit, Ulrike et al.: *Verbrechen der Wehrmacht, Dimensionen des Vernichtungskrieges 1941-1944*, Hamburgo, Institut für Sozialforschung, 2002.
- Korb, Axel-Johannes: *Kelsens Kritiker, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- Kramer, Helmut: “Richter vor Gericht, Die juristische Aufarbeitung der Sondergerichtsbarkeit”, en Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Ed.): *Juristische Zeitgeschichte*, tomo 15, Düsseldorf, Justizministerium, 2007, pp. 121-172.
- Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, *Seit 1650*, 3ª ed., Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001.
- Linz, Juan José: *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner Publ., 2000.
- Llinás A., David E.: “Anti-constitucionalismo y dictadura soberana, La responsabilidad de la ciencia jurídica”, en Marquardt, Bernd (Ed.): *Constitucionalismo Científico II*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 199-249.

- Loewenstein, Karl: *Verfassungslehre*, 4ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2000. Traducción: *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Löffelsender, Michael: *Strafjustiz an der Heimatfront, Die strafrechtliche Verfolgung von Frauen und Jugendlichen im Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1939-1945*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Losurdo, Domenico: *Kampf um die Geschichte, Der historische Revisionismus und seine Mythen*, 3ª ed., Colonia, Papyrossa, 2013.
- Mai, Gunther: *Die Weimarer Republik*, Múnich, C.H. Beck, 2009.
- Mallmann, Klaus-Michael & Angrick, Andrej (Eds.): *Die Gestapo nach 1945, Karrieren, Konflikte, Konstruktionen*, Darmstadt, WBG, 2009.
- Marquardt, Bernd: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2015.
- Marquardt, Bernd: “200 años del Congreso de Viena (1814/1815) y 100 años de la Primera Guerra Mundial (1914/1918), Dos transformaciones del Derecho Internacional Público y de la política internacional”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 40, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp. 15-68.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 1, *Sociedades preestatales y Reinos dinásticos*, Bogotá, Temis, 2012.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Temis, 2013.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe, 2014.
- Marquardt, Bernd: “Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria: reflexiones sobre dos modelos de Estado en el bicentenario del constitucionalismo moderno”, en Íd (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, Anuario IV*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, pp. 19-130.
- Marquardt, Bernd: *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), Historia constitucional comparada*, tomo 1, *Metodología y 1810-1880*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- Mauthausen Memorial (Ed.): *Mühlviertler Hasenjagd*, publicación digital en: http://www.mauthausen-memorial.at/db/admin/de/index_main.php?cbe_reich=1&c Thema=366&carticle=50&fromlist=1 (31.03.2015).
- Meder, Stephan: *Rechtsgeschichte, Eine Einführung*, 2ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2005.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Mehring, Reinhard: *Carl Schmitt, Aufstieg und Fall*, München, C.H. Beck, 2009.
- Mejía Quintana, Oscar: *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998.
- Meyer, Beate: “Ausgrenzung und Vernichtung der der deutschen Juden 1933-1945”, en Herzig, Arno & Rademacher, Cay (Eds.): *Die Geschichte der Juden in Deutschland*, Bonn, BPB, 2008, pp. 196-217.
- Möller, Horst: *Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie*, 10ª ed., München, DTV, 2012.
- Mommsen, Hans: *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996. Título original en alemán: *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar 1918-1933*, nueva ed., München, DTV, 2004.
- Müller, Ingo: *Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Justiz*, nueva ed., Berlín, Tiamat, 2014. Traducción española: *Los juristas del horror*, Bogotá, Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.
- Ogorek, Regina: *Aufklärung über Justiz*, tomo 2, *Richterkönig oder Subsumptions-automat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 2ª ed., Fráncfort del Meno, Klostermann, 2008.
- Ossa Henao, Mario: “El derecho natural”, en Botero Bernal, Andrés (Ed.): *Filosofía del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 85-160.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo: *Historia general del derecho*, Oxford, University Press, 2008.
- Pauler-Studer, Herlinde: “‘Jenseits von Chaos und Interessenkonflikten’, Aspekte und Rechtsentwicklung im NS-System der 1930er Jahre”, en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.): *Moralisierung des Rechts, Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Kontinuität*, Fráncfort del Meno, Campus, 2014, pp. 11-35.
- Pauli, Gerhard: *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlín, De Gruyter, 1992.
- Plazas Vega, Mauricio Alfredo: *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, tomo 4, Bogotá, Temis, 2014.
- Przyrembel, Alexandra: *Rassenschande, Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- Radkau, Joachim & Uekötter, Frank (Eds.): *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Fráncfort del Meno, Campus, 2003.

- Röder, Matthias: "Wien erinnert prominent an Wehrmachtsdeserteure", en *Die Welt*, de 23.10.2014, publicación digital en: <http://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article133589425/Wien-erinnert-prominent-an-Wehrmachtsdeserteure.html> (31.03.2015).
- Römer, Felix: *Der Kommissarbefehl, Wehrmacht und NS-Verbrechen an der Ostfront 1941/42*, Paderborn, Schöningh, 2008.
- Rössler, Ruth-Kristin: *Justizpolitik in der SBZ/DDR 1945-1956*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2000.
- Rückert, Joachim: "Mitläufer, Weiterläufer und andere Läufer im Bundesministerium der Justiz", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenberg*, Bonn, BPB, 2013, pp. 60-87.
- Rüthers, Bernd: "Die Gesetzgebung, Vom Dritten Reich zur BR Deutschland", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 119-141.
- Rüthers, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Rüthers, Bernd: *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2ª ed., Múnich, C.H. Beck, 1989.
- Rüthers, Bernd: *Rechtstheorie*, 2ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2005. Traducción: *Teoría del Derecho*, México, Ubijus, 2009.
- Schädler, Sarah: *Justizkrise und Justizreform im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- Schlosser, Hans: *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001.
- Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- Schönehoven, Klaus: "Republik ohne Rechtsschutz, Politische Justiz in der Weimarer Republik", en Hutter, Franz-J. & Tessmer, Carsten (Ed.): *Die Menschenrechte in Deutschland, Geschichte und Gegenwart*, Múnich, C.H. Beck, 1997, pp. 73-88.
- Scriba, Arnulf: *Emigration aus dem NS-Staat*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2006, publicación digital en: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/etablierung/paris/> (31.03.2015).
- Senn, Marcel: *Rechtsgeschichte, Ein kulturhistorischer Grundriss*, 4ª ed., Zürich, Schulthess, 2007.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Senn, Marcel, & Gschwend, Lukas: *Rechtsgeschichte II, Juristische Zeitgeschichte*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2010.
- Sosa Wagner, Francisco: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, Coincidencias y confidencias*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Spendel, Günter: *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, Sechs strafrechtliche Studien*, Berlin, De Gruyter, 1984.
- Stolleis, Michael: *A history of Public Law in Germany*, tomo 3, 1914-1945, Oxford, University Press, 2004. Título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, tomo 3, 1914-1945, München, C.H. Beck, 2002.
- Stolleis, Michael: *The Law under the Swastika*, Chicago, University Press, 1998. Título original: *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1994.
- Stolleis, Michael: "Theodor Maunz, Ein Staatsrechtslehrerleben", en Redaktion Kritische Justiz (Ed.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staates*, Baden Baden, Nomos, 1998, pp. 323-331.
- Traverso, Enzo: *La Violencia Nazi, Una Genealogía Europea*, Madrid, FCE, 2003.
- Uekötter, Frank: *Umweltgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München, Oldenbourg, 2007.
- Ullrich, Volker: "Furchtbare Nachkriegsjustiz", en *Die Zeit*, núm. 14, 1995, publicación digital en: http://www.zeit.de/1995/14/Furchtbare_Nachkriegsjustiz (31.03.2015).
- Vogel, Joachim: "Fortwirkende Einflüsse aus nationalsozialistischer Zeit auf das Strafrecht als Ausdruck übergreifender Entwicklungslinien im Strafrecht des 20. Jahrhunderts", en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.): *Moralisierung des Rechts, Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Kontinuität*, Frankfurt del Meno, Campus, 2014, pp. 87-126.
- Vormbaum, Thomas: "Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Justizverbrechen", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 142-168.
- Vormbaum, Thomas: *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, Berlin, Lit, 2011.
- Vormbaum, Thomas: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2011.

- Wagner, Walter: *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, München, Oldenbourg, 2011.
- Walther, Manfred: “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, en revista *Kritische Justiz*, núm. 21, Baden Baden, Nomos, 1988, pp. 263-280.
- Wehler, Hans U.: *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, tomo 4, 1914-1949, München, C.H. Beck, 2003.
- Wesel, Uwe: *Ein Staat vor Gericht, Der Honecker-Prozeß*, Francfort del Meno, Eichborn, 1994.
- Wesel, Uwe: *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2014.
- Wesel, Uwe: *Juristische Weltkunde*, 5ª ed., Francfort del Meno, Suhrkamp, 1990.
- Wette, Wolfram: “Deserteure der Wehrmacht rehabilitiert, Ein exemplarischer Meinungswandel in Deutschland (1980-2002)”, en revista *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, núm. 52, Berlín, Metropol, 2004, pp. 505-527.
- Willoweit, Dietmar: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 7ª ed., München, C.H. Beck, 2013.
- Wittreck, Fabian: *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- Wolf, Gerhard: “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, en revista *Humboldt Forum Recht*, Berlín, Humboldt Universität, 1996, publicación digital en: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html> (31.03.2015), pp. 52-63.