



Prohistoria. Historia, políticas de la historia
ISSN: 1851-9504
revistaprohistoria@prohistoria.com.ar
Prohistoria Ediciones
Argentina

Rosler, Andrés
*Quien dice Estado de derecho quiere engañar: Carl Schmitt
y el antipositivismo jurídico nacionalsocialista (1934-1936)*
Prohistoria. Historia, políticas de la historia, núm. 40, 1-36, 2023
Prohistoria Ediciones
Rosario, Argentina

DOI: <https://doi.org/10.35305/prohistoria.vi40.1854>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=380176128005>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Quien dice Estado de derecho quiere engañar: Carl Schmitt y el antipositivismo jurídico nacionalsocialista (1934-1936)*

Whoever says Rule of Law wants to cheat: Carl Schmitt and National Socialist legal antipositivism (1934-1936)

ANDRÉS ROSLER

Resumen

Este trabajo estudia la discusión nacionalsocialista sobre el Estado de derecho usando como caso testigo la obra de Carl Schmitt correspondiente al período entre 1934 y 1936. De esta forma veremos que no pocos de los que repudian a Carl Schmitt por su colaboración con el nacionalsocialismo comparten no sólo su teoría del derecho en esa época, sino particularmente su defensa de un Estado del derecho que viola los derechos fundamentales de los acusados. A la vez, estas consideraciones nos permitirán apreciar que el debate sobre el Estado de derecho está más vivo que nunca.

Palabras clave

Carl Schmitt; Estado de Derecho; Nacionalsocialismo; Antipositivismo Jurídico

Abstract

This paper studies the National Socialist debate on the rule of law by way of using the work of Carl Schmitt between 1934 and 1936 as a witness case. We will see that not a few of those who repudiate Carl Schmitt for his collaboration with National Socialism share not only his theory of law at the time, but particularly his defence of a conception of the rule of law that violates the fundamental rights of defendants. At the same time, these considerations will help us understand that the debate on the rule of law is more alive than ever.

Keywords

Carl Schmitt; Rule of Law; National Socialism; Legal Antipositivism



Recibido con pedido de publicación el 9 de agosto de 2023

Aceptado para su publicación el 2 de octubre de 2023

Versión definitiva recibida el 26 de octubre de 2023

doi: [10.35305/prohistoria.vi40.1854](https://doi.org/10.35305/prohistoria.vi40.1854)

Andrés Rosler, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e-mail: andres.rosler@gmail.com

* Agradezco las sugerencias realizadas por los evaluadores de *Revista Prohistoria*.



Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons. [Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

Rosler, A. (2023). Quien dice Estado de derecho quiere engañar: Carl Schmitt y el antipositivismo jurídico nacionalsocialista (1934-1936). *Prohistoria*, Año XXVI, 40, dic., 1-36.

Introducción

Hoy en día el pensamiento jurídico nacionalsocialista parece ser un objeto de estudio apropiado exclusivamente para los historiadores, no sólo por el tiempo transcurrido desde la caída del régimen sino especialmente porque el predominio actual del Estado de derecho y del discurso de los derechos humanos no podría ser más diferente de las aspiraciones y de la práctica nacionalsocialistas. Sin embargo, todo aquel que se dedique a estudiar el pensamiento jurídico nacionalsocialista no sólo se sorprenderá, v.g., por el debate que tuviera lugar al interior del nacionalsocialismo acerca del Estado de derecho, sino que en realidad ciertos aspectos del pensamiento jurídico nacionalsocialista, como por ejemplo su antipositivismo jurídico y punitivismo penal, están más vigentes que nunca, sobre todo en América Latina debido al auge del neoconstitucionalismo.

Por momentos el historiador del derecho nacionalsocialista, parafraseando la recomendación de Hamlet a los actores, parece estar sosteniendo un espejo ante la discusión actual: “pensar hasta en sus lógicas más profundas el discurso nazi puede ayudarnos a hacer salir, más allá de la sola imprecación moral, algunas lógicas malsanas que podrían, con otro rostro, estar en acción todavía hoy” (Jouanjan, 2017: 10). Como muestra, al menos en Argentina, debería bastar el botón de la sanción –y de la convalidación por parte de la Corte Suprema– de una ley penal retroactiva más gravosa, la 27.362 (v. Rosler, 2022a).

A continuación vamos a estudiar la discusión nacionalsocialista sobre el Estado de derecho usando como caso testigo la obra de Carl Schmitt correspondiente a ese período, más precisamente entre 1934 y 1936. De esta forma veremos que muchos de los que repudian a Carl Schmitt por su colaboración con el nacionalsocialismo comparten no sólo su teoría del derecho en ese momento, sino particularmente su defensa de un Estado del derecho que viola los derechos fundamentales de los acusados. Quizás esta exploración del uso del Estado de derecho en los primeros años del nacionalsocialismo nos permita apreciar que el debate sobre el Estado de derecho está más vivo que nunca.

El antipositivismo jurídico nacionalsocialista

Antes de ir a las reflexiones de Carl Schmitt sobre el Estado de derecho entre 1934 y 1936 convendría darse una idea en general acerca de cuál era la idea de derecho que debía tener un jurista para ser considerado nacionalsocialista. Me da la impresión de que el modelo nacionalsocialista de derecho y de razonamiento judicial sale más vívidamente a la luz en relación con el derecho penal, del cual podemos distinguir al menos cinco grandes rasgos.

El primero es la creencia en que el derecho no es una práctica social normativamente autónoma, sino que en todo caso esa normatividad está al servicio de una causa, y esa causa debe figurar en el razonamiento jurídico cada vez que el derecho es aplicado. Asimismo, los juristas nacionalsocialistas se entienden a sí mismos como “renovadores” del derecho que contribuyen a una verdadera revolución jurídica o legal, mientras que aquellos que –como los positivistas jurídicos– insisten con la autonomía normativa del derecho, son considerados “reaccionarios”. Por lo tanto, el razonamiento jurídico nacionalsocialista empieza siempre desde cero, el derecho que existe depende del derecho que debería existir. Si traducimos este punto en los términos de la jerga de la filosofía del derecho, el derecho positivo formal o normativo depende siempre de un derecho suprapositivo material o sustancial.

No es casual entonces que los teóricos nacionalsocialistas, verdaderos antecesores del neoconstitucionalismo,¹ vean “un déficit fundamental del positivismo jurídico en la falta de una idea suprapositiva del derecho. El concepto de derecho no puede ser reducido al derecho positivo, pues... según la concepción del derecho nacionalsocialista, el orden jurídico positivo sirve ‘a la realización de la idea del derecho’” (Pauer-Studer y Link, 2014: 26). De este modo, el dualismo entre el derecho suprapositivo y el legal “ofrece la feliz posibilidad de declarar obsoletas e inaplicables las leyes anteriores políticamente inconvenientes, en cuanto opuestas a la nueva idea del derecho” (Rüthers, 2016: 58).

La importancia que el nacionalsocialismo le da a la subordinación del derecho a una causa es tal que, tal como explica Heinrich Henkel en su influyente ensayo *El juez penal y la ley en el nuevo Estado* de 1934, el eslogan de la renovación jurídica nacionalsocialista era: “no reforma de la justicia, sino reforma de los juristas”, y “para ninguna otra rama de nuestro orden jurídico que ha de ser reconfigurado desde su base son más acertadas estas palabras que para nuestro derecho penal. Aquí deciden de hecho sobre el logro del nuevo orden no tanto las solas medidas legislativas, cuanto antes bien en mucho mayor grado la penetración de un nuevo espíritu del manejo del derecho en

¹ Cabe recordar el credo neoconstitucionalista actual: “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ‘derecho positivo’ con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución”. Aquello que “cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia” (Zagrebel'sky, 1995: 9). En última instancia, los juristas nacionalsocialistas también son los antecesores del interpretativismo de Ronald Dworkin, cuya obra se caracteriza por criticar a quienes, como los positivistas, trazan una línea entre el derecho que existe y el que debería existir, o entre qué es el derecho y qué debería ser (v. Dworkin, 1978: vii).

todos los órganos participantes en la justicia penal". De este modo, la "renovación del derecho penal es no sólo una ocupación del legislador nacionalsocialista, sino la tarea de todo órgano individual de la justicia penal. Esta renovación exige una colaboración" (Henkel, 1934: 7). Como buen interpretativista,² el jurista nacionalsocialista toma el derecho vigente y lo transforma mediante la interpretación sin necesidad de cambios legislativos: son mucho más importantes los agentes jurídicos que las normas que regulan su comportamiento. Vamos a volver sobre la colaboración más abajo cuando veamos el carácter suprapositivo del derecho, la materialización del injusto, el antiformalismo y el activismo judicial.

Para dar una idea de adónde apuntaba la revolución cultural del nacionalsocialismo, Henkel explicaba que todavía a comienzos del régimen predominaba la idea de que el principio de legalidad es "una ley fundamental del derecho penal, atemporal, eterna, que una vez introducida no podría ser dejada atrás sin que sea abandonada una conquista del progreso cultural, un elemento decisivo del derecho penal moderno civilizado y de este modo se produjera un retroceso hacia la situación de tiempos anteriores" (Henkel, 1934: 53). En cambio, para la revolución nacionalsocialista el retroceso consistía en respetar el principio de legalidad.

Como consecuencia de la subordinación del derecho que existe al que debería existir, el nacionalsocialismo defiende en segundo lugar una teoría suprapositiva de las fuentes jurídicas bastante generosa o amplia que gira alrededor del pueblo y su relación especial con el líder. Por supuesto, dado que el derecho no es natural en el sentido usual de la expresión, es decir dado que el derecho es un producto de la cultura, toda reflexión sensata sobre el derecho tiene que ser popular en cierto sentido, si por "pueblo" hacemos referencia a la naturaleza convencional del derecho. Pero el nacionalsocialismo no entendía al derecho en estos términos tautológicos, sino que creía que el "pueblo" era una fuente inmediata de derecho y a la vez un principio suprapositivo que podía aspirar a la validez legal en cualquier momento con independencia de lo que indicaran las normas jurídicas vigentes. El "pueblo" entonces podía irrumpir incluso en un juicio penal y exigir, por ejemplo, que no se reconocieran los derechos del acusado, incluso convalidar una ley penal retroactiva más gravosa tal como ocurrió en ocasión de la así llamada "Lex van der Lubbe" del 29 de marzo de 1933, que disponía la aplicación retroactiva de otra ley para posibilitar la condena a muerte de los imputados por el incendio del Reichstag.

² Cabe recordar que según el interpretativismo el derecho debe ser interpretado siempre, esa interpretación es moral y finalmente los jueces son coautores de una novela en cadena (v. Rosler, 2019: 121-175).

Al revés, el mismo “pueblo” podía exigir que se beneficiara a los acusados a pesar de que claramente habían violado el derecho positivo. De hecho, fue en nombre de esta concepción popular (*völkisch*) del derecho que fue legalizada retroactivamente la purga interna al régimen del 30 de junio al 2 de julio de 1934, en la que la SA fue prácticamente aniquilada, conocida como el Putsch Röhm o La Noche de los Cuchillos Largos: “De macabra delicadeza es la amnistía que sancionó el régimen nacionalsocialista después de la irrupción de la revolución legal, por la cual antiguos combatientes lograron gozar de la amnistía por sus hechos criminales, mientras que al mismo tiempo se suprimió la prohibición de leyes penales retroactivas para los ‘enemigos’” (Schnur, 1983: 142, n. 35). Werner Best ofrece un retrato inmejorable del Estado de derecho nacionalsocialista, al cual él mismo adhiere: Estado de derecho para los arios, excepcionalismo para sus enemigos (v. Meierhenrich, 2018: 144).³

Por otro lado, según el “populacherismo” (para usar la expresión de Eugenio Zaffaroni), sólo podían reclamar la protección de las leyes aquellos que efectivamente participaban de la comunidad del pueblo. Un delincuente común podía “tener derecho a la protección jurídica, pero no así los enemigos del pueblo” (Zaffaroni, 2017: 86). De ahí que aunque las normas jurídicas no hicieran distinciones en el reconocimiento de los derechos, solamente podían ser invocadas por aquellos que merecían caer bajo su órbita. La relevancia del pueblo en el razonamiento jurídico le daba asimismo un aire nítidamente movimientista al derecho, o si se quiere dinámico, por lo cual el derecho se mantenía precisamente en movimiento, “viviente” como se suele decir en algunos ámbitos del derecho constitucional.

Un tercer rasgo del derecho penal nacionalsocialista es lo que la jerga suele denominar como la “materialización del injusto”, que conlleva no sólo la subordinación del derecho positivo a la “idea” que tengamos de él, sino además la moralización total de la noción de delito. Para poner en marcha el aparato punitivo del Estado no hacía falta entonces que una acción estuviera prevista en el derecho vigente tal como reza el eslogan *nullum crimen sine lege praevia* del principio de legalidad, sino que era suficiente que dicha acción fuera digna de ser punible, que hubiera algo en la acción misma que llamara la atención al aparato del Estado con independencia del derecho positivo. Existen por lo tanto verdaderos delitos inherentes o naturales, *mala in se*, que deben ser castigados por el Estado a pesar de que no figuren en el derecho vigente.

No hacía falta entonces consultar el Código Penal para saber qué era un delito, sino que el razonamiento moral y/o la naturaleza de la cosa estaban

³ En este punto los nacionalsocialistas son fieles seguidores de los jacobinos. Jean-Marie Collot d’Herbois explicaba en 1793 que: “Los derechos del hombre no están hechos para los contrarrevolucionarios, sino solamente para los sans-culottes” (Tackett, 2015: 303).

totalmente a cargo de la discusión: “Lo que es el hurto no lo dice en verdad fundamentalmente la ley, sino que resulta de la esencia de la cosa” (Georg Dahm, cit. en Ambos, 2019: 111). Además, si los delitos son eternos como los diamantes, entonces no tiene sentido preocuparse por el principio de legalidad ni hablar de la retroactividad de la ley penal, ya que los delitos han existido siempre, antes incluso de que exista la ley: en lugar de que alguien deba ser castigado porque violó la ley, alguien violó la ley porque debe ser castigado (v. Rosler, 2022a: 37). Esto hace que el derecho que existe se confunde con el que debería existir e impide que el derecho penal se convierta en lo que Franz von Liszt llamaba la Carta Magna del delincuente, solo que von Liszt estaba de acuerdo en que los acusados tuvieran derechos fundamentales para protegerse de la persecución penal.

Tampoco es casualidad entonces que el eslogan característico del derecho penal nacionalsocialista fuera *nullum crimen sine poena*, es decir lograr que ningún delito quedara impune incluso a costa de los derechos fundamentales de los acusados, incluyendo la presunción de inocencia. La comisión de un delito entonces podía ser anterior a la recepción del delito por el derecho positivo. Primero viene el delito, después el derecho penal.

A decir verdad, el derecho penal nacionalsocialista positivizó su afán punitivista cuando el nuevo artículo 2 del Código Penal Alemán de 1935 se deshizo de la prohibición de la analogía otorgándole al juez penal el poder de castigar las acciones que no estuvieran previstas por la ley e hirieran “el sano sentimiento del pueblo”, con lo cual la moralización total del derecho terminó siendo legalizada.

La otra cara de la materialización o moralización completa del delito es, en cuarto lugar, el marcado anti-formalismo del derecho penal nacionalsocialista. En las palabras de Heinrich Henkel en su libro *El juez penal y el nuevo Estado* de 1934, lo que más le interesa al nacionalsocialismo “no es la seguridad atada a las formas de que ninguna pena tenga lugar sin una ley anterior, sino la certeza de que en todo caso sobrevenga una pena de tal forma que el hecho de que una acción sea digna de ser penada [*Strafwürdigkeit*] dependa de la convicción jurídica de la totalidad del pueblo” (Henkel, 1934: 48). El final del ensayo de Henkel adelantaba el futuro: “La atadura vigente hasta ahora del juez penal que se expresa en la garantía formal-individualista del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, será disuelta por una nueva atadura del juez penal, que debe hallar su contenido en la garantía liberada de las formas, acentuada sustancialmente, según la cual cada uno atrae hacia sí la pena adecuada según su injusto material y su comportamiento digno de pena y de culpabilidad” (Henkel, 1934: 69).

De este modo, el nacionalsocialismo liberaba las garantías de la sujeción al formalismo (incluyendo la presunción de inocencia), lo cual permitía que las

acciones recibieran la pena adecuada según sus propios méritos y no según las formas dispuestas por el derecho penal. Como explica Heinrich Henkel, “la liberalización del derecho penal” había ocasionado que fuera “indiferente si la ley penal es considerada en su auto-limitación como Carta Magna del ciudadano pacífico, obediente a ley, o del criminal de cuyo arbitrio nos debe proteger” (Henkel, 1934: 54). Si lo que más nos interesa es luchar contra la impunidad, un criminal no puede tener los mismos derechos que un ciudadano pacífico, incluso antes de que se expidan los tribunales.

Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, dos de los representantes más significativos de la Escuela de Kiel –es decir, la escuela penal insignia del nacionalsocialismo–, en un ensayo cuyo título es bastante revelador (*¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*), asocian al derecho penal liberal con un método de interpretación legal y una manera de entender la relación entre el poder legislativo y el judicial. Este método es el “jurídico-conceptual” que se caracteriza por “su rigurosa lógica formal, apoyada principalmente en el tenor literal del derecho escrito, negando la posibilidad de desandararlo hacia el fin de los preceptos y el ‘derecho natural’, que subyacen siempre detrás” (Dahm y Schaffstein, 2011: 63).⁴ De este modo, el derecho penal nacionalsocialista cancela “la diferencia entre derecho y eticidad”, ya que: “En lugar de un concepto de derecho orientado hacia el procedimiento formal debe surgir una comprensión material del derecho, enriquecida por la ideología y representaciones de valor políticamente marcadas” (Pauer-Studer y Link, 2014: 19).

Habiendo entonces supeditado el derecho a una causa, extendido el derecho al ámbito suprapositivo, moralizado completamente el injusto penal y liberado a los jueces de las ataduras de las formas jurídicas, no puede sorprender tampoco que, en quinto lugar, el derecho penal nacionalsocialista defendiera lo que suele ser denominado como “activismo judicial”. Para el nacionalsocialismo estaba muy bien visto que los jueces penales supeditaran el derecho vigente a una causa, invocaran fuentes y principios suprapositivos, castigaran acciones dignas de pena, aunque no figuraran previamente en el Código Penal y se liberaran de las ataduras de las formas jurídicas, anticipándose de este modo al interpretativismo contemporáneo. Los jueces nacionalsocialistas eran por lo tanto verdaderos coautores de una novela en cadena. En las palabras de Henkel nuevamente: “El pensamiento de la legalidad [*Gesetzmäßigkeit*] de la decisión judicial es disuelto mediante el pensamiento más profundo de la conformidad con el derecho [*Rechtmäßigkeit*] y la adecuación con el derecho [*Rechtsangemessenheit*] de la capacidad de juicio del juez” (Henkel, 1934: 68-69). Según el nacionalsocialismo, el verdadero

⁴ En el fallo “Riveros” de la Cámara Federal de Casación sobre delitos de lesa humanidad, haciendo referencia a la aplicación de la así llamada ley del “2 x 1”, se hace referencia asimismo a las “dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista” (f. 16).

Rechtsstaat o Estado de *derecho* es aquel que va más allá de la mera legalidad. Los nacionalsocialistas admiraban “el common law norteamericano hecho por los jueces, el cual había facilitado la creación de un derecho sano que ‘emergía del pueblo’, no un producto del estéril formalismo legal” (Whitman, 2017: 146; v. Henkel, 1934: 44).

Karl Larenz explica en 1935 que si bien el juez “está atado a la ley como expresión de la voluntad jurídica popular”, “la ley misma es solo una medio de expresión para la exposición de la idea jurídica popular y debe así ser entendida y aplicada. Es considerada entonces no únicamente en su existencia empírica, sino asimismo en su significado supraempírico como concreción del espíritu del pueblo”. “Ninguna ley”, entonces, “puede por sí sola lograr la realización de la justicia popular”. Por lo tanto: “El juez tiene que volver a ubicar a la ley en la conexión concreta total del derecho; él no sólo tiene que subsumir tipos individuales bajo el tipo abstractamente concebido de la ley, sino que él tiene que realizar el pensamiento jurídico contenido en la ley y de ese modo concretar el derecho” (Pauer-Studer y Link, 2014: 184). Al concretar el derecho el juez agrega un nuevo capítulo a la novela en cadena.

Según el activismo judicial, entonces, se invierte la figura del juez decimonónico, por no decir ilustrado. El nacionalsocialismo no podía estar más en desacuerdo con la idea liberal, formalista, según la cual: “La ley es ‘la misma para todos’, ella no distingue en cuanto a su aplicación entre buenos y malos, entre amigos y enemigos: ella es neutra y no hace política” (Jouanjan, 2017: 33). El juez activista “no es más la instancia neutral e imparcial que resuelve un litigio que no le concierne, sino un poder político que decide entre el amigo y el enemigo, sabiendo de antemano y claramente dónde está su propio campo”. En septiembre de 1944, el ministro de Justicia del Reich, Otto Georg Thierak, con toda nitidez explicaba que “la época del juez neutral, ostensiblemente apolítico, está terminada” (Jouanjan, 2017: 31-32). Los jueces no deben ser “rebajados” a ser “máquinas de subsunción” (Pauer-Studer y Link, 2014: 112). El juez ya no es más un “Paragraphenjurist”, un jurista que aplica mecánicamente el código y sus párrafos,⁵ sino que como Hércules (el titán favorito de Ronald Dworkin) está liberado de las formas jurídicas.

De modo correspondiente, “Dahm afirma la imagen transformada del juez en el sistema nacionalsocialista: ‘El juez ya no es más boca y esclavo de la ley, como suponía la Ilustración, sino que la ley y la sentencia hoy se encuentran en el mismo nivel. Ambas pues expresan el pensamiento jurídico popular, la visión del pueblo, como la fuente y fundamento últimos y

⁵ La Escuela jurídica de Kiel solía organizar campamentos de jóvenes juristas cuyo espíritu “queda simbolizado en una imagen de agosto de 1933: en medio de un grupo de instructores y alumnos se ve al ministro... Hanns Kerrl, bajo una horca de la que pende un bamboleante signo de párrafo: la ley en la horca. Los juristas ríen” (Rüthers, 2016: 77).

suprapositivos de toda validez jurídica. En relación a la visión del pueblo, la ley, no menos importante que la decisión del juez, sólo contiene los lineamientos generales según los cuales el juez pone de relieve la visión del pueblo'. Esta 'liberación del juez de la coacción de la norma formal' significa también una 'disociación' frente al pensamiento jurídico abstracto" (Pauer-Studer y Link, 2014: 115-116).

Como resultado de estos cinco rasgos no puede llamar la atención que para el derecho penal nazi, como muy bien explica Eugenio Zaffaroni, "si el juez se topaba con una ley no derogada pero que choque con el actual sentimiento del pueblo, debe decidir contra la ley anticuada, puesto que una decisión que provoque indignación en el pueblo no puede ser justa". Zaffaroni, sin embargo, inmediatamente a continuación explica que "incluso estos autores decididamente apegados al régimen advierten el peligro de esta potestad judicial, por lo que intentan evitar la arbitrariedad, limitándola a los casos en que su aplicación importe una bofetada en la cara al sentimiento del pueblo, en forma tal que sin necesidad de ningún atizamiento artificial, estallaría una tormenta de indignación" (Zaffaroni, 2017: 102-103). Lo que Zaffaroni no podía saber al momento de escribir estas proféticas líneas es que estaba anticipando la reacción popular ante el fallo "Muiña" de lesa humanidad sobre la aplicación de la ley del 2 x 1, que terminaría con la sanción de una ley penal retroactiva más gravosa (v. Rosler, 2022a).

A pesar entonces de lo que indica la así llamada "tesis de Radbruch", que asocia al nacionalsocialismo con el positivismo jurídico,⁶ la filosofía del derecho del nacionalsocialismo fue el *antipositivismo* jurídico. Si hay algo que los juristas nacionalsocialistas despreciaban era precisamente el positivismo jurídico:⁷ "En lugar de adaptarse al positivismo jurídico, como se los imputa

⁶ Según la tesis de Radbruch, el positivismo "con su convicción de que 'la ley es la ley' dejó indefensos a todos los juristas alemanes contra las leyes de contenido arbitrario y criminal [...] Dado que el positivismo educó a toda una generación de juristas en el espíritu de la separación del derecho y la moral, por lo tanto proveyó la preparación intelectual del sistema nacionalsocialista" (cit. en Pauer-Studer y Link, 2014: 20).

⁷ Michael Stolleis explica con mucha razón que: "Como la doctrina constitucional de la República Federal temprana se pensó a sí misma como decididamente antipositivista y siempre explicó que el positivismo arrastraba la culpa de la 'perversión del derecho' nacionalsocialista, el 'buen' antipositivismo continuó ininterrumpidamente. El 'orden de valores' de la Ley Fundamental, que posibilitó el contacto con los valores suprapositivos y entonces nuevamente infiltró 'puntos de entrada' en el derecho válido, pareció garantizar un futuro democrático y conforme al Estado de derecho. Que los nacionalsocialistas y sus constitucionalistas también se presentaban como decididos antipositivistas y asimismo hablaron de 'puntos de entrada', pareció ser ciertamente un desarrollo colateral marginal, si no es que esta circunstancia fue directamente reprimida" (Stolleis, 1999: 200). Bernd Rüthers también muestra que la perversión nacionalsocialista del derecho se debió al antipositivismo imperante (v. Rüthers, 2016) y en su reciente obra sobre la "revolución secreta" llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Federal

Radbruch, los juristas nacionalsocialistas afirman la tesis antipositivista de la unidad del derecho y de la moral” (Pauer-Studer y Link, 2014: 28). En 1934, Georg Dahm explica claramente que: “Hoy reconocemos como *el núcleo del mal* la autonomización y la neutralización del derecho, la separación y la oposición entre derecho y Estado, derecho y política, derecho y la visión del pueblo, derecho y ética. La superación de estas contraposiciones y la producción de la unidad dentro del derecho es justamente la presuposición para una verdadera renovación de nuestra vida jurídica” (cit. en Pauer-Studer y Link, 2014: 22, énfasis agregado).

El desprecio nacionalsocialista por el positivismo jurídico en el fondo derivaba de que este último era considerado como el epítome del judaísmo. El normativismo positivista representaba “el sometimiento de la ciencia jurídica alemana por el espíritu judío” (Jouanjan, 2017: 33). El positivismo jurídico era “too Jewish” para los nacionalsocialistas al menos debido a tres grandes razones (v. Meierhenrich, 2018). El primer motivo se refiere a la asociación que hacían los nacionalsocialistas del positivismo jurídico con el liberalismo. Huelga decir que el adjetivo “liberal” no era precisamente un elogio en la boca de un nacionalsocialista y se refería a todo el paquete al que se suele hacer referencia con este término: obviamente el materialismo y el individualismo, pero además el parlamentarismo (o la democracia deliberativa para usar un término más reciente), la tolerancia, los derechos individuales, los límites al poder del Estado, etc. El imperio de la ley estaba fuertemente vinculado al parlamentarismo, y de ahí el deber de los jueces de atenerse a la ley, y el consiguiente desprestigio a los ojos del nacionalsocialismo.

Además, para el nacionalsocialismo la idea misma del Estado sonaba demasiado liberal o individualista, ya que suponía la existencia de conflictos políticos que debían ser resueltos por el Estado, mientras que en una comunidad nacionalsocialista genuina lo que prevalecía era la armonía natural entre sus miembros, que en todo caso sólo necesitaba la conducción personal de un líder, pero no un conjunto de instituciones neutrales que hicieran frente a las facciones y corporaciones, y que mediaran entre los individuos y sus razones para actuar. De ahí que el discurso nacionalsocialista escondiera un núcleo anarquista o en todo caso hostil a la existencia del Estado, y por eso a los juristas nazis como Otto Koellreutter la autonomía de lo político les sonaba

alemán que convirtió al Estado de derecho democrático en un Estado judicial, llega básicamente a la misma conclusión. El “mismo método” de interpretación objetivo o teleológico-objetivo utilizado por el derecho nacionalsocialista para poner en marcha su plan de “renovación jurídica”, “prevaleció cada vez más en todas las áreas del derecho, después de 1949, sobre todo bajo el liderazgo del Tribunal Constitucional Federal, como el método prevaleciente de ‘interpretación’ (*Auslegung*) o más precisamente de ‘inserción’ (*Einlegung*), que se ha sostenido hasta hoy” (Rüthers, 2020: 52).

demasiado liberal (v. Rosler, 2023: 264). En una comunidad integrada no hay conflicto, no hay enemigos y por lo tanto, no hace falta el Estado.

Una segunda razón es el formalismo que ya hemos visto, que a su vez los nacionalsocialistas lo veían encarnado en la figura de Friedrich Stahl, el jurista conservador decimonónico, quien era blanco favorito de los juristas nazis (v. Meierhenrich, 2018: 102-103). Stahl, un intelectual conservador de origen judío que se había convertido al protestantismo, era el enemigo personificado debido a que encarnaba la representación del Estado de derecho como la separación entre el derecho y la moral, entendiendo al Estado de derecho como *self-binding* o auto-limitación en términos puramente formales o funcionales con independencia de su contenido. Los nacionalsocialistas, en cambio, entendían al Estado de derecho en términos sustanciales.

Todo esto nos conduce al antisemitismo en sí como la combinación del antiliberalismo y el antiformalismo que se expresa claramente en el rechazo a la lógica, la abstracción y la generalidad del pensamiento judío que según los nazis caracterizaba al positivismo jurídico y que hacía de este último un típico “pensamiento jurídico judío”. Esto explica por qué Stahl, a pesar de haberse convertido y de ser un conservador que se opuso a las revoluciones de 1830 y de 1848, un enemigo declarado de von Mohl y un defensor del Estado de derecho autoritario o en todo caso anti-liberal, seguía siendo un pensador judío para los nacionalsocialistas y en gran medida uno de los responsables de la República de Weimar (v. Meierhenrich, 2018: 105-106). Huelga decir que Hans Kelsen, quien también se había convertido al protestantismo, representaba otro de los blancos favoritos del pensamiento jurídico nacionalsocialista debido a que precisamente reunía según los nazis todo lo que estos últimos amaban odiar: el positivismo jurídico, la abstracción, la lógica, el liberalismo y el formalismo.

El debate nacionalsocialista sobre el Estado de derecho

A la luz de este breve panorama sobre el pensamiento jurídico nacionalsocialista, es hora de examinar los tres ensayos más importantes que Schmitt le dedica al Estado de derecho en aquellos años.⁸

Cabe recordar que las reflexiones de Schmitt sobre el Estado de derecho tuvieron lugar en el contexto de una discusión entre los juristas nacionalsocialistas acerca de si tenía sentido retener la expresión “Estado de derecho” bajo la revolución hitleriana. A primera vista, la discusión parece una

⁸ Por razones de espacio no voy a entrar en el ensayo de Schmitt sobre los tres tipos de pensamiento jurídico (Schmitt, 2006), en el que las acciones del positivismo jurídico suben considerablemente.

broma de mal gusto. Sin embargo, la sanción de la así llamada “lex van der Lubbe”, es decir del decreto-ley de 1933 por el cual se había sancionado retroactivamente con la pena de muerte el incendio del Reichstag, provocó una resistencia considerable en una reunión de gabinete del gobierno de Hitler, por parte del Ministro de Justicia Franz Gürtner (que continuaba en el cargo desde Weimar), del Secretario de Estado de Justicia Franz Schlegelberger (que luego sería Ministro de Justicia en 1941 y luego despedido por Hitler en 1942) y de Johannes Popitz (un jurista amigo de Carl Schmitt, ministro de Finanzas de Prusia, que terminaría siendo arrestado y ejecutado como resultado del fallido complot contra Hitler de 1944).⁹ En esa reunión de gabinete de 1933, Popitz expresó “su preocupación de que el Tribunal del Reich [la Corte Suprema] no iba a reconocer la validez jurídica de un decreto que estipulaba la pena de muerte con vigencia retroactiva” (Koenen, 1995: 480, n. 158). No es entonces una exageración decir que la violación del principio de legalidad encontró más rechazo –al menos temporario– en una reunión del gabinete de Hitler que en Argentina en democracia en ocasión de la sanción de la ley 27.362 (v. Rosler, 2022a).

El caso de Franz Gürtner es bastante representativo del intento por parte de los juristas más conservadores de mantener a raya la revolución nacionalsocialista. Como un jurista entrenado en el razonamiento jurídico –es decir, fiel al principio de legalidad y al valor del precedente, ya que, como se dice en inglés, “los antiguos hábitos son difíciles que mueran”–, Gürtner defendía al Estado de derecho en términos de la acción legalista de los órganos estatales y la independencia de los jueces. Su defensa del Estado de derecho no era absoluta sin embargo ya que creía que la sujeción a la ley y la independencia judicial no podían llegar a afectar los intereses nacionales, y en esos casos la “razón de Estado” exigía ir en contra de los principios del Estado de derecho.

Hasta aquí la posición de Gürtner no es reprochable en sí misma ya que puede haber situaciones en las que la defensa misma del Estado de derecho requiere apartarse temporalmente de sus principios, y en cierta medida la indefensión de Weimar ante el ascenso del nacionalsocialismo podría ser un buen ejemplo si no fuera que la Constitución de Weimar en su artículo 48 disponía de las medidas necesarias para hacer frente al peligro nazi. En todo caso, el problema con la posición de Gürtner y con la de todo jurista que participara del nacionalsocialismo era que Hitler decidía cuál era el contenido concreto de lo que exigía la razón de Estado. Esto explica por qué Gürtner abandonaba sus pruritos legalistas una vez que Hitler decidía las medidas ilegales llevadas a cabo por los órganos estatales y los del Partido. En todo caso,

⁹ Carl Schmitt le dedicó a Popitz sus *Ensayos Constitucionales* de los años 1924-1954.

Gürtner “buscaba salvar del derecho lo que se podía sólo en la medida en que la decisión de Hitler no era unívoca o parecía ‘desteñida’ mediante los mensajeros respectivos. Dado que Gürtner sabía para cuáles fines se utilizaba la primacía de los ‘intereses nacionales’ por sobre el derecho, se había puesto durante mucho tiempo en una situación de la que sólo una renuncia del cargo podría haberlo liberado” (Gruchmann, 2001: 69). Y a la pregunta acerca de por qué Gürtner no renunció, quienes lo conocieron respondían que se quedó en el cargo para evitar en la medida de lo posible una declinación todavía mayor del Estado de derecho hacia un Estado sin derecho (v. Gruchmann, 2001: 79).

Gürtner era plenamente consciente de que la sanción de una ley penal retroactiva representaba llegar a un verdadero umbral cualitativo de la legislación penal que implicaba la clara violación de los principios del Estado de derecho. Gürtner anunció sus reparos pero terminó cediendo ante Hitler, “lo cual hizo que el umbral fuera cruzado para siempre” (Gruchmann, 2001: 830). Fue esta misma consciencia de haber cruzado el Rubicón penal que llevó a que Gürtner se viera obligado a justificar su aprobación unas pocas semanas después ante los jefes de las administraciones de justicia del interior del modo siguiente:

“Me fue reprochado en algunos lados y ciertamente de lados que deben ser tomados muy en serio, cómo el gobierno del Reich alemán puede llevarse bien con la Lex Lubbe [...] Se ha encontrado en eso una violación de un principio jurídico general internacional [...] Yo mismo me he resignado internamente a la Lex Lubbe y he podido consentir su retroactividad y ciertamente a partir de la siguiente razón: si nosotros queremos combatir el terrorismo internacional, entonces aquellas personas que hoy incendian el parlamento danés, mañana el alemán, allí hacen saltar un castillo por el aire, tiran una bomba en una iglesia en Sofía y lo que son actos terroristas similares, entonces no debemos mantenernos dentro de los límites que traza el derecho internacional para la lucha contra el delito político. Quiero decir que frente a este tipo de criminalidad, en la cual yo veo un peligro europeo o mundial, si ustedes quieren, sólo puede haber una voluntad, la del Estado dispuesto a la aniquilación, o mejor todavía la de los Estados. En este marco se puede acordar y yo he acordado también sacrificar un principio en tanto que la ley penal pueda ser retroactiva” (cit. en Gruchmann, 2001: 830-831).

Como se puede apreciar, Gürtner ya no apela a consideraciones liberales sino que hace referencia a principios internacionales del derecho penal, cuya violación puede tener complicaciones no menos internacionales. La violación del principio de legalidad al menos no fue camuflada mediante la referencia a

una “ley de interpretación auténtica”. De todos modos, la discusión sobre la posibilidad de reconciliar el Estado de derecho con el nacionalsocialismo quedó en el olvido para 1937, cuando el régimen terminó de adquirir un perfil revolucionario.

Nacionalsocialismo y Estado de derecho

Yendo ahora al pensamiento de Schmitt, en uno de los principios que recomienda en 1933 para la práctica jurídica, nuestro autor da la tónica de la manera en que el nacionalsocialismo intentó acomodar la noción del Estado de derecho: “Si [el nacionalsocialista] es un ‘Estado de derecho’ depende de cuál contenido especial se le da a esta palabra ambigua y hasta qué punto se quiere poner en contraste el Estado de derecho con el Estado justo. El liberalismo del siglo XIX le dio al concepto un significado determinado y de ese modo hizo del Estado de derecho un arma política en la lucha contra el Estado”. Por lo tanto, concluye Schmitt, “quien hoy usa la expresión Estado de derecho debe decir exactamente qué entiende por ella, en qué su Estado de derecho se diferencia del Estado de derecho liberal y hasta qué punto su Estado de derecho debe ser un Estado de derecho *nacionalsocialista* u otra de las muchas otras clases de Estado de derecho”. De otro modo, “existe el peligro de un abuso político que le posibilite a los enemigos del Estado nacionalsocialista poner en campaña otras concepciones de derecho y de justicia contra el derecho y la justicia nacionalsocialistas, y hacer de los jueces, abogados, funcionarios judiciales o docentes de derecho herramientas de sus aspiraciones políticas” (Schmitt, 2021b: 56).

“Nacionalsocialismo y Estado de derecho” es el primer texto que Schmitt le dedica al tema en este período, en ocasión de una conferencia muy influyente que diera en el primer congreso de la Federación Nacionalsocialista de Juristas publicada en la revista *Administración alemana (Deutsche Verwaltung)* el 20 de marzo de 1934. Schmitt inicia su alocución sosteniendo con razón que la expresión misma “Estado de derecho” hace que nos preguntemos por la relación que existe entre Estado y derecho (Schmitt, 2021d: 131). Más adelante, Schmitt sostiene que existen buenas y malas combinaciones de palabras. Un ejemplo de una buena combinación para Schmitt es “nacionalsocialismo”, ya que responde a las dos grandes cuestiones del último siglo, la nacional y la social, “y supera los desgarramientos tanto reaccionarios como internacionales de lo nacional y de lo socialista”. El Estado de derecho, en cambio, es un ejemplo de una mala combinación de palabras debido a que “no es autosuficiente. Con responsabilidad científica jamás podemos hablar del Estado de derecho sin otra aclaración. Hay docenas y docenas de Estados de derecho: Estado de derecho estamental, feudal-estamental, puramente burgués, democrático-liberal, social, liberal nacional, fascista, etc. También el concepto es

diferente según las naciones: hay un Estado de derecho francés, americano, inglés, etc. Entonces sólo se le puede quitar la ambigüedad a través de un adjetivo claro, unívoco en sí mismo y evitarle de ese modo el peligro de los malentendidos” (Schmitt, 2021d: 138).

Schmitt agrega entonces que “no debemos hablar más *‘del’* Estado de derecho, sino sólo del Estado de derecho alemán nacionalsocialista, en la medida en que nosotros no tengamos una nueva palabra para nuestras propias cosas” (Schmitt, 2021d: 143). Esto puede querer indicar que Schmitt se cuenta entre los revolucionarios que quieren deshacerse completamente del Estado de derecho. Sin embargo, Schmitt afirma tajantemente que: “Desde luego que todos queremos de alguna manera un ‘Estado de derecho’” (Schmitt, 2021d: 133).¹⁰ Y haciendo referencia al caso van der Lubbe –para el cual, como hemos visto, se había sancionado a medida una ley penal retroactiva más gravosa– y en respuesta a las críticas que había recibido el juicio en diarios del exterior, Schmitt no tiene empacho en afirmar que “el Estado nacionalsocialista de hoy es sin duda un Estado de derecho modelo, quizás incluso más que el de la mayoría de los otros países de la tierra”, a la vez que sostiene que: “*nosotros no hemos querido someternos espiritualmente a un concepto foráneo del Estado de derecho*” (Schmitt, 2021d: 139). Los nacionalsocialistas entonces querían tener su propio Estado de derecho, ya que “la revolución ha terminado según las conocidas declaraciones de julio de 1933, pero el *movimiento no ha terminado*” (Schmitt, 2021d: 140).

Como ya había sostenido con anterioridad a su adhesión al nacionalsocialismo,¹¹ Schmitt suscribe la tesis de la polemicidad de los conceptos políticos: “cuando se combate tan impetuosamente por esta palabra se trata en realidad de quién se apodera de la tan impresionante palabra ‘derecho’, para de ese modo imponer sus concepciones de derecho y de Estado, y así ejercer el fuerte poder sugestivo que tienen palabras tales como derecho, libertad, Estado de derecho, etc. sobre los ánimos de los seres humanos, sobre la opinión pública mundial, sobre las sensaciones y el sentimiento jurídico”. Schmitt está convencido de que: “La historia del mundo no es sólo una lucha de

¹⁰ De hecho, en 1933, en los inicios del nacionalsocialismo, Schmitt sostiene que “una formación guiada por documentos liberales no es un Estado de derecho. No necesitamos dejar que los custodios liberales de un concepto muy abusado nos enseñen qué es el derecho y la justicia, y qué es el Estado de derecho” (Schmitt, 2021a: 30).

¹¹ Por ejemplo: “todos los conceptos, ideas y palabras políticas tienen un sentido *polémico*; tienen en vista una contraposición concreta, están atadas a una situación concreta, cuya consecuencia última es un agrupamiento amigo-enemigo (sea que se exprese en la guerra o la revolución), y se vuelven abstracciones vacías y fantasmales cuando falta esta situación. Palabras como Estado, república, sociedad, clase; más allá: soberanía, Estado de derecho, absolutismo, dictadura, plan, Estado neutral o total, etc., son incomprensibles si no se sabe a quién se afecta, combate, niega y rechaza *in concreto*” (Schmitt, 1963: 31).

armas militares y una lucha de medios económicos de poder; también es una lucha de conceptos y convicción jurídicas. Una lucha tal no es un mero juego de palabras. Se trata de la victoria y de la derrota, de amigo y enemigo” (Schmitt, 2021d: 133).

La aplicación de la tesis de la polemicidad al Estado de derecho le permite a Schmitt decir que si bien siempre se habló de la justicia, de “comunidades justas”, la expresión Estado de derecho no tenía más que cien años. La primera fase del término Estado de derecho en Alemania es de origen liberal y se opone al “Estado de policía”, ya que el Estado de derecho “se limita a la protección jurídica” (Schmitt, 2021d: 134). Entre 1820 y 1850 el Estado de derecho sirvió como contraconcepto de diversas concepciones antiliberales del Estado, de los intentos de restauración después de 1815, del Estado patrimonialista del Estado popular democrático, de la tentativa de volver a instituir un Estado sobre bases cristianas después de “la invasión de las ideas liberales de 1789. Según el Estado de derecho el Estado no debe dedicarse a la religión y al cristianismo, sino a aplicar exclusivamente un derecho humano hecho por seres humanos. Esta primera fase entonces del Estado de derecho es fundamentalmente ideológica y anticristiana, lo cual explica por qué el Estado de derecho se convierte en el Estado de los usureros” (Schmitt, 2021d: 134-135).

Schmitt indica una segunda fase del Estado de derecho de naturaleza científico-estatal. Los grandes eruditos alemanes, como Robert von Mohl, Lorenz von Stein y Rudolf von Gneist, usan este concepto para resolver “problemas auténticos del siglo XIX”, a saber la relación y la reconciliación entre el Estado alemán y la sociedad civil, cómo insertar la sociedad civil, la cultura burguesa y la propiedad burguesa en el Estado militar y burocrático monárquico de entonces (v. Schmitt, 2021d: 135).

La tercera fase del Estado de derecho es la positivista, que tal vez sea la más conocida. Un Estado de derecho es aquel que cuenta con ciertas instituciones organizativas para asegurar el principio de la sujeción a la ley de la justicia y de la administración, un Estado que garantiza la independencia judicial, que tiene una justicia administrativa y en el que el ciudadano sabe qué esperar del Estado en general. Este Estado de derecho como Estado de la ley o de la legalidad es el contraconcepto del *Führerstaat*, de la *lex* contra el *rex* y el *dux*, contra todo régimen personal (v. Schmitt, 2021d: 136-137).

A Schmitt le preocupa que el Estado de derecho liberal se muestre en términos neutrales, a pesar de que en el fondo sirve a ciertos fines políticos:

“Lo que todavía hoy nos interesa de esta manera de pensar es que también en el derecho político [*Staatsrecht*] positivista, supuestamente apolítico, el concepto de Estado de derecho presupone una concepción total y por cierto una concepción total liberal del Estado y de la sociedad. Las exigencias liberales

de la independencia de los jueces y de su sujeción a la ley, de la vinculación de todas las instituciones en la justicia y de la administración a normas previsibles, determinadas de antemano, del imperio de la ley y de la mayor seguridad jurídica, no se pueden aislar del resto de la estructura del Estado, pues evidentemente uno siempre se pregunta de *dónde* viene la ley que debe ser válida exclusiva e inviolablemente, y quien hace la ley que ‘impera’ sola” (Schmitt, 2021d: 137).

Así como los liberales tienen su propio Estado de derecho, Schmitt reclama para los nacionalsocialistas otro tanto: “Nosotros no determinamos el nacionalsocialismo a partir de un concepto anterior del Estado de derecho, sino que al revés determinamos el Estado de derecho a partir del nacionalsocialismo” (Schmitt, 2021d: 139). El Estado de derecho nacionalsocialista debe ser entendido “sólo sobre la base y en el marco de la estructura completa de nuestro Estado nacionalsocialista, sólo sobre la base y en el marco de la unidad ternaria de Estado, movimiento y pueblo. En esta estructura, no en la dualidad de Estado y sociedad civil, se yergue nuestro Estado, entonces también nuestro Estado de derecho”. Y para que no quepan dudas, Schmitt agrega que para el nacionalsocialismo el Estado “no es todopoderoso, no es lo que era el Estado del siglo XVIII. Él es en su totalidad un órgano del líder del movimiento” (Schmitt, 2021d: 140-141). El Estado dejó de ser neutral para convertirse en el apéndice de una facción, de un movimiento.

Hasta aquí los propios defensores del Estado de derecho liberal podrían estar de acuerdo con la descripción hecha por Schmitt de las tres etapas del Estado de derecho y con la contraposición entre el Estado de derecho liberal y el nacionalsocialista, con el agregado de que un liberal sabe de dónde viene la ley en un régimen democrático deliberativo, a saber del Congreso, lo cual ya es en sí mismo una razón para defender el principio de legalidad y subyace a la defensa de la ley o *lex* contra el rey o *rex*. Lo mismo vale para lo que dice Schmitt en *Sobre los tres tipos del razonamiento jurídico* acerca del positivismo jurídico del siglo XIX: “Para la ciencia jurídica del siglo XIX ‘positivismo’ significaba algo polémico: el rechazo de todo derecho ‘extralegal’, de todo derecho no creado mediante una disposición humana, sea que emerja como derecho divino, natural o racional. El pensamiento jurídico se vuelve pensamiento de la legalidad” (Schmitt, 2006: 26).

Yendo a las implicancias del Estado de derecho en materia penal, Schmitt afirma que es una exigencia de justicia que los criminales expíen su culpa (v. Schmitt, 2021d: 132). Sin embargo, agrega Schmitt, a quienes hablan del Estado de derecho en relación al caso van der Lubbe no les interesa que “un delito malvado” encuentre la expiación correcta. A los liberales les interesa mucho más aplicar el principio de legalidad y proteger los derechos y garantías penales básicas que la expiación correcta de un delito. De hecho, sostiene

Schmitt en sus reflexiones al cumplirse “un año del Estado constitucional nacionalsocialista”: “A un Estado, v.g., que en lugar del principio ‘*nulla poena sine lege*’ –ninguna pena sin ley anterior– aplica el principio más justo y más racional ‘*nullum crimen sine poena*’ –ningún delito sin expiación– el liberal no lo llama Estado de derecho” (Schmitt, 2021c: 119).

Por el contrario y volviendo a su trabajo sobre el nacionalsocialismo y el Estado de derecho, Schmitt afirma que: “Yo le opongo a este *nulla poena sine lege* [ningún castigo sin ley] del Estado de derecho el principio de justicia *nullum crimen sine poena* [ningún crimen sin castigo]. La discrepancia entre el ‘Estado de derecho’ y el Estado justo se vuelve entonces rápidamente visible”. La protección de los derechos de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado impide la consecución de un Estado justo. El Estado de derecho es un obstáculo para “la justicia sustancial notoria”, ya que “con la ayuda del concepto ‘Estado de derecho’ se mete una serie de métodos, principios, normas e instituciones formales, en cuyo caso no se trata de la justicia sino ante todo de la ‘seguridad jurídica’, que hacen del Estado de derecho un mero Estado de la ley y que sin embargo, bajo la abierta renuncia a la justicia del caso, tienen la pretensión de ser ‘conformes al Estado de derecho’”. Esto se debe a que el “individualista liberal piensa en términos normativos, porque no confía en ser humano alguno, en ningún líder o rey, sino que se aferra a reglas fijas, inviolables y predeterminadas, calculables y sólidas. Entonces se siente seguro y habla de un ‘Estado de derecho’” (Schmitt, 2021d: 133). Asimismo, en su ensayo en defensa de casi todo lo ocurrido durante “La Noche de los Cuchillos Largos”, Schmitt afirma que la “ceguera jurídica del pensamiento del Estado de derecho liberal” se puede apreciar en que convierte al derecho penal en una “Carta Magna del delincuente”, a tal punto que los criminales tienen “derechos adquiridos” (Schmitt, 1994a: 228).

Nuevamente, un defensor del Estado de derecho liberal no podría estar más de acuerdo con las consideraciones de Schmitt, las cuales en gran medida explican por qué el Estado de derecho liberal es superior al anti-liberal. Un liberal no puede tolerar que la lucha contra la impunidad sea librada a expensas de los derechos de los acusados y de los condenados. El nacionalsocialismo, en cambio, prefería asegurarse de que ningún delito quedara impune, incluso a expensas de violar los derechos fundamentales de los acusados y de los condenados.

Respecto a la teoría de la interpretación judicial que acompaña al derecho nacionalsocialista, Schmitt explica que las leyes no derogadas del régimen anterior –es decir de la República de Weimar– siguen siendo válidas, “pero sólo como norma de funcionamiento del aparato burocrático estatal, no con el espíritu y los principios que les subyacían en el antiguo Estado. No está permitido conservar un espíritu del pasado anteriormente subyacente, que probablemente sea de naturaleza liberal, con la ayuda de las miles de disposiciones que

continúan en vigencia, y oponerlos al espíritu nacionalsocialista para socavar claros conceptos fundamentales nacionalsocialistas o para hacerlos insignificantes". Por lo tanto, la

“totalidad del derecho alemán actual, incluyendo las disposiciones que continúan estando vigentes, no derogadas positivamente, deben ser dominadas exclusivamente por el espíritu del nacionalsocialismo. Este es el *primer principio de interpretación* que debemos tener en vista también respecto al complejo gigante de normas que siguen estando vigentes. Toda interpretación debe ser una *interpretación en el sentido nacionalsocialista*” (Schmitt, 2021d: 141-142).

Lo mismo vale para todas las cláusulas generales o conceptos indeterminados, los cuales “deben ser aplicados incondicionalmente y sin reservas en el sentido nacionalsocialista” (Schmitt, 2021d: 142). Los jueces nacionalsocialistas deben interpretar el derecho en su mejor luz. Como explica Bernd Rüthers:

“La nueva dirección política sólo en unas pocas y parciales ramas de lo jurídico sacó tiempo y energía para grandes proyectos legislativos. El derecho heredado de la República de Weimar fue adaptado a los objetivos del Estado nacionalsocialista mediante ‘interpretación’ o, por mejor decir, mediante el añadido de los principios fundamentales de la ideología nacionalista. Para ese fin actuaron de consuno la burocracia ministerial, los tribunales y las universidades” (Rüthers, 2016: 122).

En un trabajo de 1934 publicado poco después de su conferencia sobre el nacionalsocialismo y el Estado de derecho, Schmitt propone una breve anatomía del “pensamiento jurídico nacionalsocialista” que complementa sus apreciaciones sobre el Estado de derecho. Al inicio Schmitt explica que: “La gran e incomparable acción del movimiento nacionalsocialista es que ha superado la tensión y el desgarramiento de muchos siglos que estuvo al servicio de determinadas tendencias políticas”. Este desgarramiento es “un sistema total de antítesis...al servicio de una determinada cosmovisión”: “cuerpo y alma, espíritu y materia, derecho y política, derecho y economía, derecho y moral” (Schmitt, 2021e: 156). Obviamente, la cosmovisión es la del positivismo liberal y la antítesis que más nos interesa aquí a nosotros es la distinción abstracta entre ser y deber ser, derecho y política (o derecho moral), derecho positivo y derecho suprapositivo, etc. Aquí se aprecia nítidamente el primero de los cinco rasgos que habíamos indicado más arriba del pensamiento jurídico nacionalsocialista. Todo antipositivista jurídico que se precie de ser tal tiene que estar en contra de

la distinción entre el derecho y la moral (o la política), y el nacionalsocialismo no es una excepción.

Schmitt explica que “no es asombroso que todo *reaccionario* o espécimen de un tiempo pasado se aferre a tales antítesis” (Schmitt, 2021e: 156, énfasis agregado). En efecto, no se suele tener en cuenta lo suficiente que el pensamiento jurídico nacionalsocialista era revolucionario e incluso progresista: “Nosotros tenemos de nuestro lado... a todos los pueblos buenos de la tierra y todos sus espíritus buenos [...] ¡Nosotros estamos del lado de las cosas venideras!” (Schmitt, 2021e: 164). Y es precisamente por eso que Schmitt advierte: “Pero no debemos permitir que un sentimiento y una opinión jurídicas de seres humanos decentes sean trastocadas con la ayuda de este truco, a saber de la antítesis de lo jurídico y lo ideológico, de tal forma que a los jóvenes y valientes nacionalsocialistas que sean estudiantes o practicantes se les enseñe que lo que sienten y piensan como nacionalsocialistas es por cierto ideológicamente bello y loable, pero jurídicamente falso” (Schmitt, 2021e: 156).¹²

Huelga decir que los positivistas jurídicos se cuentan entre los “reaccionarios” que se niegan a dejar atrás la distinción entre derecho y moral (o política). En primer lugar, tal como explica Schmitt haciendo referencia a “El camino del jurista alemán”, para el positivismo “un esquema muerto emerge como lo ‘antiguamente comprobado’, y determinados métodos, conceptos y expresiones sólo necesitan haber predominado a lo largo de media generación para aparecer con la mayor evidencia como verdades jurídicas eternas” (Schmitt, 2021f: 166). La naturaleza reaccionaria del positivismo se puede apreciar asimismo en “el corte exagerado entre el derecho válido y el derecho futuro”, que “en verdad no significa otra cosa que el corte entre el pasado y la actualidad de gran porvenir. Es una separación de lo antiguo y de lo nuevo, pero sólo a favor de lo antiguo y pasado a costa de lo nuevo y de lo actual. Lo pasado y sobrevivido de pronto se da como lo ‘positivo’ y lo únicamente válido, lo nuevo y lo vívidamente real es expulsado como un asunto ‘ajurídico’ hacia la ‘política’ y la legislación [...] De este modo, la actividad jurídica aparece como algo que sólo se refiere a cosas pasadas y el jurista se transforma en un funcionario o un servidor de lo antiguo en su lucha contra la vida nueva” (Schmitt, 2021f: 167).

En la terminología actual, que en realidad se remonta hasta los padres de la Iglesia como Orígenes (v. Lubac, 2002: 53), el Schmitt nacionalsocialista

¹² Le agradezco a Damián Rosanovich por haberme recordado que Schmitt no quiere dejar el término mismo de “progreso” en manos de los enemigos del nacionalsocialismo: “La lucha por la palabra y el concepto del ‘Estado de derecho’ tiene el mismo significado político que la lucha por la libertad, la constitución, el progreso, etc., es decir, por la palabras y conceptos que fueron reclamadas con éxito como un *monopolio* por el movimiento liberal del siglo XIX” (Schmitt, 2021d: 132).

sostiene que el derecho es una práctica “viva” o “viviente”, reacia a quedar atada a la mano muerta del pasado. Otra metáfora favorita actual para indicar la naturaleza transformadora o revolucionaria del derecho es la de la novela en cadena, popularizada por Ronald Dworkin. Irónicamente, en el prefacio a la traducción italiana de *El concepto de lo político* de 1971, Schmitt se convierte en un positivista jurídico –para el cual, recordemos, todo derecho proviene de una fuente que por definición se encuentra en el pasado (v. Rosler, 2019, 2022b)– que critica implícitamente a su otro yo nacionalsocialista de 1934 que defendía la idea de “revolución legal” característica de la “agresividad inmanente” de la “auto-comprensión moderna” y del “progreso de la humanidad”:

“Hoy lo nuevo está muy seguro de sí mismo; cree que ya no necesita una justificación o una legitimación. En la medida en que todavía se habla de derecho y de legitimidad, se argumenta o bien con criminalizaciones, o bien con justificaciones a partir del futuro. Lo que antes se entendía como derecho se refería a decisiones, normas, precedentes o costumbres pasadas. El derecho valía, como lo ha formulado Rudolf Sohm, “en razón de hechos que yacen en el pasado”. Pero en una revolución moderna vale lo que ya ha señalado el historiador francés de la Revolución francesa, François Auguste Mignet: “en tiempos de revolución todo lo que es antiguo es enemigo”. Esto significa la legitimidad de lo nuevo como tal. No respeta nada y utiliza todo. Corresponde a un progreso desatado, que produce directa y automáticamente una superestructura ideológica por sí mismo” (Schmitt, 2018: 52).¹³

Obviamente, para poder mantener el derecho vivo, o en todo caso estar en condiciones de distinguir aquello que está jurídicamente vivo de aquello que está muerto, es imprescindible negar toda distinción entre la letra y el espíritu de la ley: “La separación entre la letra y el espíritu, la palabra y el significado de la ley es básicamente inconcebible. A las grandes y fundamentales visiones científicas que le agradecemos al nacionalsocialismo, les corresponde que deben ser superados los falsos desgarramientos y tensiones entre materia y espíritu, sangre y alma, palabra y sentido” (Schmitt, 2021f: 168). Schmitt tiene razón al sostener que la letra por sí misma, separada de toda convención o contexto, es incomprensible, pero nadie en su sano juicio sostiene que la letra tiene un significado inherente. La discusión es si ocasionalmente es suficiente comprender el derecho o si además hay que interpretarlo siempre, tal como sostiene el así llamado “interpretativismo”.

¹³ Sobre la contradicción en general entre el concepto de lo político y el nacionalsocialismo v. Rosler, 2023.

A qué se refiere Schmitt cuando se niega a separar la letra del espíritu queda claro en el párrafo siguiente: “Hay en la práctica jurídica algunos ejemplos de un amplio reconocimiento totalmente extraordinario de la *autonomía del juez asimismo respecto a la clara voluntad de la ley*, que está en marcada oposición al fuerte positivismo legalista declarado en la mayoría de los casos [...] También el sentido de palabras determinadas puede modificarse debido a que se ha renovado totalmente la base de un sistema jurídico” (Schmitt, 2021f: 169-170). Aquí se revela el interpretativismo nacionalsocialista en toda su luz:¹⁴ a pesar de que la ley es clara, el juez la puede interpretar. Dado que no tiene sentido interpretar lo que uno entiende, lo que está ocurriendo en realidad es que el juez valora el derecho en lugar de aplicarlo. El juez no está razonando jurídicamente sino moral o políticamente.

En 1934 Schmitt quiere mantener vivo el derecho, “interpretarlo”, para poner en cuestión conceptos como “Estado de derecho” y principios como “*nulla poena sine lege*” que hasta entonces prevalecían en términos teóricos o fundamentales, de tal manera que “ya no son suficientes las cómodas indicaciones y referencias a precedentes, doctrinas o comentarios preferidos” (Schmitt, 2021f: 167). Con mucha razón, Schmitt explica que “no es un accidente sino una comprobación de la nueva vida jurídica, que, v.g., la discusión sobre el principio ‘*nulla poena sine lege*’ adquiera semejante amplitud. Pues cuando se logra romper el dominio en el *derecho penal* de un positivismo legalista que se dirige exclusivamente a una voluntad legal pasada, está despejado el camino para una praxis jurídica más viva también en todas las otras áreas del derecho” (Schmitt, 2021f: 168). Schmitt tiene entonces un punto cuando sostiene incluso antes de la reforma del código penal de 1935 que: “Hoy todos perciben el principio ‘ningún delito sin pena’, *nullum crimen sine poena*, frente al principio ‘ninguna pena sin ley’, *nulla poena sine lege*, como la más alta y poderosa verdad jurídica e interpretan correspondientemente el concepto de ley en el principio ‘ninguna pena sin ley’”. Anticipándose al neoconstitucionalismo o al interpretativismo en general, en 1934 Schmitt, tratando de impresionar a sus colegas nacionalsocialistas, cree que ya no existe un “abismo profundo” entre la legislación que existe (*lex lata*) y la que debería existir (*lex ferenda*), sino que el

¹⁴ Cabe recordar aquí la primera tesis del interpretativismo dworkiniano, que precisamente le da nombre a su posición, a saber: “cada vez que los jueces desean identificar el derecho vigente, tienen que interpretarlo:

Justo como los críticos literarios necesitan una teoría operativa o al menos un estilo de interpretación para construir [*construct*] el poema detrás del texto, del mismo modo los jueces necesitan algo así como una teoría de la legislación para hacer esto con las leyes. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en la ley sufren de un defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. *Pero también es necesaria una teoría de la legislación cuando estas palabras son impecables desde el punto de vista lingüístico*” (Dworkin, 1986: 17, el énfasis es mío). V. Rosler, 2019: 121-175.

derecho vigente es una discusión a cielo abierto que mira al futuro. El principio de legalidad deja de tener autoridad para convertirse en una cuestión “que exige una decisión de todo jurista, quien siente que afecta su existencia como jurista” (Schmitt, 2021f: 167).

Hablando de lo cual, en segundo lugar, el carácter “reaccionario” del positivismo jurídico explica su rechazo a la materialización del injusto o del delito debido a que se aferra porfiadamente al formalismo jurídico. Schmitt lo explica muy claramente: “De este modo se ha llegado a que en nombre del ‘positivismo’, en nombre de la ciencia jurídica, acciones punibles sean declaradas impunes porque *según la manera normativista de pensar, la pena no es explicada a partir del delito, sino que el delito es explicado a partir de la amenaza normativa de pena*”. La “marca distintiva del normativista es que define al revés y para atrás. De este modo, define, por ejemplo: ‘Delito es una acción amenazada con pena de prisión’. En verdad, actúa al revés; algo no es delito porque es amenazado con pena de prisión, sino que porque es delito es amenazado con pena de prisión. Pero un jurista de este tipo de pensamiento sólo puede y quiere pensar al revés” (Schmitt, 2021e: 160).¹⁵

En otras palabras, el positivista se ata las manos debido al principio de legalidad, ese “dogma normativista” por el cual siente un “fanatismo fetichista” (Schmitt, 2021e: 162). Schmitt tiene un punto al sostener que el positivismo liberal no sólo puede dar lugar a “impunidad para acciones dignas de ser punibles” en la medida en que tales acciones no figuran en una ley penal anterior, sino que además, al revés, el positivismo jurídico puede dar a lugar a que “acciones que no son dignas de ser punibles aparezcan como delitos” (Schmitt, 2021e: 161). Sin embargo, al positivista jurídico, dado que separa tajantemente el derecho de la moral a la hora de identificar el derecho vigente, siempre le queda la posibilidad de desobedecer el derecho. Lo único que pide el positivismo jurídico es que mantengamos las cuentas claras. El antipositivismo jurídico, en cambio, moraliza y politiza el derecho de tal manera que no puede creer que algo sea derecho y sin embargo no deba ser obedecido.

Cabe destacar que en el informe jurídico escrito por Schmitt en el verano de 1945 en defensa de Friedrich Flick, un industrial alemán acusado ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, consta que para Schmitt los actos cometidos por Hitler y sus cómplices “saltan el marco de todas las medidas

¹⁵ Salta a la vista que Schmitt tiene aquí en mente a Hans Kelsen, para quien: “Lo que hace que un comportamiento humano determinado valga como contrario a derecho, como un delito—en el sentido más amplio de la palabra—no es alguna cualidad inmanente y tampoco alguna relación con una norma metajurídica o moral, es decir trascendente al derecho positivo, sino exclusivamente y sólo que se ha puesto en la norma jurídica como condición de una consecuencia específica que el orden jurídico positivo reaccione a este comportamiento con un acto de coacción” (Kelsen, 2008: 37-38).

usuales y acostumbradas del derecho internacional y del derecho penal. Tales crímenes proscriben en toda su extensión al autor, en la medida en que lo colocan por fuera del derecho y lo convierten en alguien que está afuera de la ley". Por lo tanto, se trata de verdaderos delitos inherentes o *mala in se* y entonces no hace falta recurrir a "una ley penal positiva preexistente" (Schmitt, 1994b: 16, 23). De este modo, se puede apreciar la continuidad entre el pensamiento nacionalsocialista de Schmitt y su obra posterior acorde a los principios seguidos por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Estado de derecho de manual

Schmitt escribe, en segundo lugar, una entrada "Estado de derecho" ubicada estratégicamente al comienzo del *Manual nacionalsocialista de derecho y legislación*, editado por Hans Frank y publicado en 1935 por la editorial del Partido Nacionalsocialista de los Trabajadores, justo cuando el "debate" sobre el Estado de derecho había alcanzado su punto culminante (v. Stolleis, 1999: 333).

Aquí Schmitt explica que la expresión "Estado de derecho" le debe "su popularidad y expansión ante todo a la circunstancia de que se deja usar como una designación efectiva para concepciones distintas y totalmente opuestas del derecho y del Estado. Evidentemente, no hay ningún Estado que se declare públicamente como un Estado de no derecho [*Unrechtsstaat*], y en este sentido todo Estado quiere ser un Estado de derecho".¹⁶ Nuevamente, Schmitt aplica la tesis de la polemicidad al entender el "Estado de derecho como un concepto político-polémico" y explica que la claridad y la determinación del concepto dependen de un contraconcepto: el *Machtstaat* ("Estado de poder"). Según el liberalismo, "todo Estado no liberal, se trate de una monarquía absoluta, un Estado fascista, nacionalsocialista o bolchevique" es un Estado de poder. Existen otros contraconceptos frente al Estado de derecho: "Estado de funcionarios, Estado de dinero, Estado de bienestar y ante todo Estado de policía" (Schmitt, 1995a: 109).

En este manual nacionalsocialista Schmitt distingue entre el Estado de derecho como un concepto iusfilosófico y como un concepto técnico-jurídico del siglo XIX. En lo que atañe a la filosofía del derecho, Schmitt trata de mostrar que, a pesar de sus aspiraciones universales, el Estado de derecho liberal en realidad es un producto del siglo XIX: "Ciertamente, la teocracia corresponde a la forma de vida religiosa del pueblo; el despotismo a la forma de vida meramente sensual; el Estado patriarcal a la perspectiva simple de la familia; pero el así llamado Estado de derecho le corresponde a la percepción racional de los planes de vida [...] Según esta perspectiva de vida, la libertad del

¹⁶ Kelsen está de acuerdo en que todo Estado se convierte por el mero hecho de existir es un *Rechtsstaat* (Kelsen, 2008: 136).

ciudadano es el principio más importante. En el siglo XIX la concepción individualista del Estado y de la sociedad se apoderó de la palabra ‘derecho’ (Schmitt, 1995a: 111). Schmitt también señala que el Estado de derecho “es equiparado con el *Estado constitucional liberal*”, pero necesariamente “a esto le corresponde *un concepto de ley determinado*”, según el cual “ley en sentido formal es solo una decisión tomada bajo la participación de una representación popular libremente elegida, según un procedimiento determinado de acuerdo con una discusión pública, porque según la opinión liberal sólo la participación de la representación popular y sólo este procedimiento pueden lograr la razón y justicia necesarias para una ley, que le da a la ley su ‘primacía’ ante todos las otras manifestaciones de la voluntad del Estado” (Schmitt, 1995a: 114).

En lo que respecta al Estado de derecho como concepto técnico-jurídico, Schmitt responsabiliza a Friedrich Stahl por el triunfo en Alemania del Estado de derecho liberal como una noción independiente de contenido, puramente formal. Esta manera de entender el Estado de derecho conduce necesariamente al positivismo legalista, que se ufana de su neutralidad, lo cual “transforma al Estado de derecho en su contrario, es decir en un Estado de la ley, indiferente”, de tal forma que el ejercicio del poder estatal se vuelve previsible como un itinerario gracias a la aplicación de normas establecidas de antemano, lo cual implica sacrificar ocasionalmente las consideraciones de justicia (v. Schmitt, 1995a: 112). Schmitt tiene mucha razón en que si bien el Estado de derecho de Stahl se muestra como “neutral e instrumental”, en realidad “es un típico medio del individualismo liberal” (Schmitt, 1995a: 112). Esto también muestra que el positivismo legalista no es tan ingenuo como parece sino que tiene un agenda que consiste en la protección de los derechos individuales, lo cual no suena tan desacertado, particularmente si estamos hablando de derecho penal.

Hablando de lo cual, este trabajo de Schmitt contiene algunas indicaciones muy reveladoras sobre el derecho penal liberal:

“el pensamiento del Estado de derecho liberal conduce a ver las normas penales principalmente bajo el punto de vista de la seguridad de la libertad individual y de la previsibilidad de las intervenciones estatales. De este modo, según la famosa fórmula de F. v. Liszt el código penal se vuelve una “*Magna Carta* de los criminales”. En lugar del principio de justicia “*nullum crimen sine poena*” emerge el principio positivista del Estado legal “*nulla poena sine lege*”, que primero se originó en el pensamiento individualista, ilustrado del siglo XVIII. El delito es definido como una acción amenazada con una pena, es decir la pena ya no aparece como consecuencia del delito, sino que el delito se vuelve un producto intelectual [*Denkprodukt*] de la amenaza de pena. El cumplimiento de la pena justa se disuelve en la pretensión de la ejecución penal estatal y de este modo se

relativiza. De esta manera, como la escuela de Liszt de la sociología del derecho penal exigía un “derecho penal de autor” y enfatizaba el pensamiento de una prevención especial, la dirección liberal social de esta forma de pensar y de hablar de la época apareció en términos del “Estado de policía”, mientras que la dirección conservadora o liberal nacional pudo ser designada en términos del ‘Estado de derecho’ [...] Esta oposición entre las escuelas penales sociológica y conservadora hoy las conocemos como un agrupamiento interno *liberal*; como lo han aclarado los trabajos de Dahm, Henkel y Schaffstein, esta oposición es demodé para el planteo actual nacionalsocialista” (Schmitt, 1995a: 115-116).

Otra vez, todo cultor del derecho penal liberal no tendrá reparo alguno en sostener que la caracterización que Schmitt hace del liberalismo es inobjetable. El Estado de derecho liberal entiende el derecho penal desde el punto de vista de la libertad individual y por eso tiene como meta principal la previsibilidad de las intervenciones estatales en la vida de los habitantes. Es con mucho orgullo que von Liszt entendía al código penal como la Carta Magna de los delincuentes. Asimismo, todo penalista liberal siempre preferirá el eslogan *nullum crimen sine lege* antes que la máxima *nullum crimen sine poena*, ya que el solo interés de combatir la impunidad, incluso a expensas del principio de la legalidad, solo puede conducir a la violación de los derechos fundamentales y/o humanos de aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado. Asimismo, para el derecho penal liberal primero viene la pena (es decir el código penal) y luego el delito: si no figura previamente en la ley penal, por más grave o atroz que fuera la acción, entonces el delito no existe. De hecho, es imposible superar la precisa formulación de Schmitt: “El delito es definido como una acción amenazada con una pena, es decir la pena ya no aparece como consecuencia del delito, sino que el delito se vuelve un producto intelectual de la amenaza de pena”. Si von Liszt propone un “derecho penal de autor” lo hace siempre desde adentro del derecho penal liberal, es decir, no se propone castigar al autor antes que al hecho, sino que quiere asegurarse de que la pena cumpla con su misión preventiva especial –a tal punto que toda retribución solo tiene sentido si logra evitar el delito– y para eso la pena debe adecuarse a las condiciones del autor del delito.

Schmitt tiene el *jutzpah* de terminar su entrada con el párrafo siguiente:

“desde luego que también en el Estado nacionalsocialista impera la seguridad jurídica, las leyes de este Estado son válidas inviolablemente, los jueces son independientes y existe una extendida protección jurídica. Por lo tanto, como ha sucedido a menudo a partir del flanco antiliberal [...] se puede designar al Estado nacionalsocialista como un *Estado de derecho*

[...] Un Estado vigoroso con un liderazgo político indiscutible está en mejores y más efectivas condiciones de lograr la seguridad y la tranquilidad de la vida pública así como de la esfera privada [...] Si la expresión problemática Estado de derecho debe ser tomada para el Estado nacionalsocialista y superada por él, entonces me parece que la mejor acuñación y la que menos malentendidos provoca reside en la fórmula que creó el Dr. Hans Frank en su presentación del 20 de marzo de 1934: *el Estado de derecho alemán de Adolf Hitler*” (Schmitt, 1995a: 116-117).

¿Qué significa la disputa por el Estado de derecho?

Finalmente, en 1935 Schmitt publica un artículo en la *Revista de la ciencia general del Estado* con el título siguiente: “¿Qué significa la disputa por el ‘Estado de derecho’?”. Aquí Schmitt nuevamente le reprocha a los liberales haberse adueñado del Estado de derecho y usarlo como un contraconcepto del Estado de no derecho (*Unrechtsstaat*), de tal forma que toda forma de Estado que no sea la del Estado de derecho liberal queda automáticamente descalificada (Schmitt, 1995b: 121). En *El concepto de lo político*, Schmitt ya había explicado que la “peor confusión se origina cuando conceptos como derecho y paz son utilizados políticamente”, a saber, para “evitar el claro pensamiento político, legitimar las aspiraciones políticas propias y descalificar o desmoralizar al adversario”. Esto sucede especialmente cuando se habla de la “autoridad de la ley” para describir lo que en realidad no es sino “la legitimación de un *statu quo* determinado, en cuya conservación tienen interés obviamente todos aquellos cuyo poder político o ventaja económica se estabilizan mediante este derecho”. Después de todo, siempre “son grupos concretos de seres humanos los que luchan contra otros grupos concretos de seres humanos en nombre del ‘derecho’ o de la ‘humanidad’ o del ‘orden’ o de la ‘paz’” (Schmitt, 1963: 65-66, 66-67).

Hablando del concepto de lo político, para defender la nueva concepción del Estado de derecho nacionalsocialista, en su artículo de 1935 Schmitt retoma su ensayo sobre la era de las neutralizaciones y las despolitizaciones al sostener que “en las grandes luchas espirituales de los tiempos y las épocas” no hay un combate “del sentido contra el sinsentido, sino del sentido y el contrasentido, y de la vida contra la vida. Solo un combate tal es realmente el ‘padre y el rey de todo’, también del conocimiento jurídico y político fructífero” (Schmitt, 1995b: 121). Ahora bien, para que el combate otorgue carta de ciudadanía o un igual reconocimiento a los contendientes, las armas –es decir los argumentos– y sus propósitos deben ser al menos comparables. De otro modo, es suficiente que exista una mera diferencia entre las posiciones para que se transforme en un

conflicto genuino. Huelga decir además que el nacionalsocialismo no era muy generoso que digamos en el reconocimiento del status de sus enemigos.

Sin embargo, hay que reconocer que en este trabajo Schmitt es consciente del status político del liberalismo inicial al distinguirlo de la variante meramente legislativa de fines del siglo XIX. Mientras que “el Estado de derecho liberal temprano todavía tenía una cosmovisión y era capaz de un combate político”, “la única cosmovisión” correspondiente a “un Estado legal positivista” es la del “relativismo, agnosticismo o nihilismo indefenso, para el cual el derecho es un ‘mínimo ético’, que cree en la ‘fuerza normativa de lo fáctico’ y al que la justicia inmediata del principio *nullum crimen sine poena* infunde un terror pavoroso”. Los juristas nacionalsocialistas precisamente creyeron haberse aprovechado del relativismo o agnosticismo de Weimar para poder alcanzar el poder incluso legalmente: “La revolución nacionalsocialista conquistó este Estado de derecho” (Schmitt, 1995b: 126).

Al final del ensayo Schmitt indica su preocupación por la influencia que el Estado de derecho pueda llegar a tener en la revolución nacionalsocialista. Así como puede haber un Estado de derecho cristiano, nacional liberal, fascista y comunista, nada sería más fácil para el nacionalsocialismo que “instituir un Estado de derecho nacionalsocialista” (Schmitt, 1995b: 127). Pero Schmitt no quiere que el contenido nacionalsocialista quede sometido al Estado de derecho neutral o formal. En todo caso, esto puede ser útil para las “cuestiones de la transición”, en la medida en que todavía no se haya logrado la “renovación” o “revolución legal”, es decir que no haya nuevos métodos, conceptos, capacitación de los funcionarios, etc. En otras palabras, Schmitt no quiere que, tal como ha ocurrido en otros casos, los vencidos en el campo del poder terminen venciendo en el ámbito de la cultura de tal forma que el triunfador se quede con los dioses, himnos, ritos, etc., de sus vencidos. Ciertamente, la “conquista espiritual de la palabra y del concepto Estado de derecho es un gran beneficio”, ya que sigue prevaleciendo en el ámbito cultural y espiritual, sigue teniendo muy buena prensa. Sin embargo, el nacionalsocialismo tiene que “desliberalizar y transformar el concepto de Estado de derecho”, para recuperar “el concepto alemán del Estado de derecho”. En todo caso, conviene mantener el “significado técnico provisorio” del Estado de derecho durante la transición en aras de la “nivelación [*Gleichschaltung*] técnica del aparato de Estado” para aspirar al “destino final en términos histórico-espirituales de esta palabra discutida” (Schmitt, 1995b: 129).

La lucha por la liberación judicial

En un artículo publicado en la *Revista Jurídica Alemana* de agosto de 1935: “¿Codificación o novela? Sobre la tarea y el método de la legislación actual”, Schmitt analiza las modificaciones de 1935 al derecho penal y el derecho

procesal penal alemán. Schmitt se muestra muy entusiasmado con las reformas que “han sido consideradas con razón como innovaciones precursoras”. La descripción de Schmitt habla por sí misma:

“El pensamiento de un método más libre, dirigido a la justicia interna en lugar de la legalidad externa, ha logrado una gran victoria en la patria y núcleo de una conformidad con la tipicidad especialmente cautelosa. La abolición de la así llamada prohibición de la analogía en el derecho penal se describe a sí misma como la introducción de la “creación del derecho mediante la aplicación correspondiente de las leyes penales”; en los títulos de la segunda ley resuena la palabra “libre” una y otra vez casi como una advertencia permanente del legislador: “posición más libre del juez”, “más libre discreción de los tribunales en la apreciación de las pruebas”, “superación de las ataduras unilaterales de los tribunales de apelación”, “liberación de la Corte Suprema de las ataduras de las sentencias viejas”, “más libre posición del ministerio público fiscal”. Si esto vale para el manejo de la legislación en el derecho penal y el procesal penal, debe repercutir todavía más fuerte y evidentemente para otras esferas jurídicas” (Schmitt, 2021g: 275).

De ahí que Schmitt, con razón, perciba que un “nuevo espíritu ha penetrado” todo el derecho alemán. Es por eso que a Schmitt le llama la atención que estas “nuevas leyes pioneras” se llamen “solamente ‘leyes para la reforma’ del código penal de 1871 y de leyes judiciales que se remontan al año 1879”. A juzgar por los títulos de las leyes, son “meras ‘novelas’” (Schmitt, 2021g: 275), es decir son consideradas leyes suplementarias de un código. Hablar de “novelas” o “leyes suplementarias” implica que las nuevas disposiciones “permanecen en el marco y dentro del fundamento de las codificaciones anteriores”. De este modo, “se origina la impresión de que, en la medida en que no existe una nueva codificación, la reforma del derecho se agota en meras correcciones y en la elaboración oportunista de retazos. El antiguo edificio es mantenido y las habitaciones individuales son renovadas. Esta comparación extraída de la construcción y de la arquitectura está desarrollada en forma ingeniosa en el discurso del profesor Justus Hedemann en la última sesión de la Academia de Derecho Alemán en Munich, el 27 de junio de 1935” (Schmitt, 2021g: 276).

Schmitt, por su parte, quiere superar la oposición entre codificación y novela, “ya que deja aparecer las tareas legislativas actuales en una luz falsa”. Hablar de codificación implica someterse a un ideal legislativo ya superado, que se remonta al código penal alemán de 1871, el civil de 1896, etc. Esta concepción de la codificación

“presupone un determinado método de interpretación, una determinada relación del juez con la ley y de este modo un tipo determinado de juez. A la codificación le corresponde la pretensión fundamental de regular en forma exhaustiva un área objetiva, una “materia”, según normas sistemático-científicas y una descripción conforme a tipos. Una suma de cláusulas generales y conceptos indeterminados o una serie de principios no sería una codificación. Cuando se trata de una codificación, al juez no le debe quedar colaboración esencial alguna. La ficción de un “sistema” sin lagunas, cerrado, científico, inherente a toda codificación significa que el derecho positivo termina allí donde termina la normativa conforme a tipos del legislador codificador, y en este límite comienza un “espacio libre” para el individuo y la sociedad, en el cual está todo permitido y es lícito lo que el legislador no ha prohibido expresamente” (Schmitt, 2021g: 276-277).

La idea misma de codificación supone que las manos del juez están atadas, particularmente en derecho penal: “Cuanto mejor y más apropiada sea la codificación, más fuerte será la desconfianza respecto a los jueces y más abierta no sólo la prohibición de la analogía sino la prohibición de toda interpretación en general. El código prusiano de 1791 fue aquí por lo tanto consciente y correspondió a la esencia de la codificación, la cual entendía la atadura a la ley y la interpretación como opuestas. El juez debe obedecer la ley, no interpretarla; debe aplicar la ley, no explicarla. *Judicem legi parere, non legem interpretari oportet* [‘El juez debe obedecer la ley, no interpretarla’]”.¹⁷ Inmediatamente a continuación Schmitt agrega: “Pero la prohibición de la analogía en el derecho penal revela el núcleo del problema de la codificación: a falta de un tipo legal el juez debe positivamente absolver al autor y certificarle de este modo que no actuó de forma contraria a ley, sino conforme al derecho; a falta de un tipo legal el juez no puede rechazar la decisión, él debe absolver,

¹⁷ La cita en latín corresponde a Cicerón, *De inventione*, II. Una de las consecuencias que Beccaria, basándose en Montesquieu, extrae del principio de legalidad es que “la autoridad de interpretar las leyes penales [no] puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores” y agrega que: “Nada hay tan peligroso como el axioma común de que es preciso consultar el espíritu de la ley. Este es un dique roto frente al torrente de las opiniones [...] Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letras de una ley penal no es comparable con los desórdenes originados por la interpretación” (Beccaria, 2011: 121-122). Beccaria con razón teme que la aparición de la interpretación convierte al derecho en un apéndice del razonamiento moral o político. Huelga decir que el rechazo de la interpretación no implica que el significado de la letra de la ley es evidente por sí mismo, sino que no hay que confundir la comprensión del derecho con su interpretación (v. Rosler, 2019: 131-145).

porque todo lo que ocurre por fuera de la normativa legal cae en un espacio 'libre' en todo sentido" (Schmitt, 2021g: 277).

Además, toda codificación tiene lugar al final de un desarrollo anterior: "Ella cae como una fruta madura del árbol del trabajo intelectual jurídico de muchas generaciones". Schmitt de hecho está dispuesto a entender la codificación liberal del siglo XIX como el resultado de un "movimiento liberal" de por lo menos cincuenta años. Este es precisamente el punto de Schmitt: "El trabajo legislativo actual sin embargo no se encuentra al final sino al inicio de una época. No quiere codificar lo antiguo y de ese modo sancionarlo, sino crear nuevos caminos intelectuales". Schmitt en 1935 quiere llamar las cosas por su nombre en lugar de, como hacían otros juristas nacionalsocialistas, ocultar el hecho de que estaba teniendo lugar una verdadera revolución a través del uso de metáforas de la construcción parcial de edificios.

El dilema entre codificación y novela estaba superado mediante un nuevo estilo de legislación –el nacionalsocialista–, al cual le correspondía una nueva relación entre el juez y la ley. Precisamente, las leyes del 28 de junio de 1935 que habían modificado el derecho penal y el derecho procesal penal son "verdaderas leyes de transformación": "No crean un nuevo código penal, pero sí un nuevo derecho penal, en la medida en que derogan la *prohibición* de la analogía y lo reemplazan con un *mandato* de analogía y esperan una colaboración creativa del juez. De este modo, desquician el código penal actual. Esto es una transformación fundamental, no una mera 'modificación'" (Schmitt, 2021g: 279). La nueva ley "deroga la prohibición de la analogía, que descansaba sobre el concepto de delito del Estado de derecho liberal, y la reemplaza con el mandato de la consideración 'del sano sentimiento del pueblo' y del 'pensamiento básico' de la ley penal" (Schmitt, 2021h: 433). En lugar de atarle las manos, el derecho nacionalsocialista convierte al juez en una especie de titán coautor del derecho que aplica. Nótese que para Schmitt el código penal puede seguir siendo el mismo, pero el derecho penal es totalmente diferente. En otras palabras, no importa el derecho vigente sino lo que los jueces hacen con él. Tal como hemos visto más arriba, la concepción revolucionaria del derecho nacionalsocialista iba necesariamente acompañada del activismo judicial.

Por si hubiera dudas, Schmitt termina su artículo sobre la nueva tarea y el nuevo método legislativos haciendo referencia a que: "Hoy, la ley es *voluntad y plan del Führer*". Ahora bien, "esto no significa que la voluntad del Führer sea concebida como la voluntad de un príncipe absolutista del siglo XVIII y que con esta voluntad se transfieran a la relación del funcionario judicial todos los métodos y formas de comportamiento que se desarrollaron en otros tiempos y situaciones constitucionales para un tipo totalmente diferente de legislación. *El legislador de hoy ve en el juez alemán el colaborador de la voluntad y del plan del Führer*" (Schmitt, 2021g: 281, énfasis agregado). En otras palabras, Schmitt sabe que la sujeción del juez a la ley se corresponde con el modelo soberano del

principio de legalidad –o para decirlo de otro modo, el principio de legalidad supone un soberano que dicta la ley–, mientras que el nacionalsocialismo exige la colaboración o el activismo judicial, jueces que sean creadores del derecho revolucionario: “Con el tipo de legislación se transforman las representaciones sobre los jueces [...] El legislador conduce, el juez lo sigue de la mano de la ley, que no es el imperativo de un príncipe absoluto, ni el resultado de un arreglo entre partidos parlamentarios, sino voluntad y plan del Führer de la comunidad del pueblo alemán”. En el “Estado del Führer”, “el juez es un colaborador en el derecho” (Schmitt, 2021g: 281).

Dado que el juez debía colaborar en la creación del derecho siguiendo los pasos del Führer, la actividad jurisdiccional ya no podía ser entendida en términos funcionales o burocráticos, sino que los jueces debían ser entendidos como verdaderas “personalidades”, agentes dotados de capacidades sobresalientes o titánicas (como las de Hércules o Prometeo para el caso) que explicaban por qué se podía confiar más en su discreción que en la atadura a la ley. Esto explica por qué no sólo no tenía sentido prohibirles a los jueces penales el recurso a la analogía, sino que además se les daba la orden de que al momento de considerar la criminalidad de un acto tuvieran en cuenta el sano sentimiento del pueblo así como el razonamiento valorativo que subyacía a la criminalización, de tal manera que ningún acto digno de ser punible pudiera escapar a la persecución penal, tal como surge del eslogan nacionalsocialista: *nullum crimen sine poena*. Tal como explica Schmitt en su toma de posición acerca del proyecto de un nuevo ordenamiento procesal penal de 1936, había que respetar las formas, pero sin caer en el formalismo: “Recién la forma y la configuración delineadas hacen del proceso penal un proceso verdadero. Pero esto no significa que se deba aspirar a un proceso formalista, sólo técnico o ‘neutral’. La meta de una nueva regulación legal no es justamente una regulación general del proceso, de la que sólo resulta una forma vacía con un contenido intercambiable para los tiempos y los pueblos más diferentes” (Schmitt, 2021h: 434).¹⁸

¹⁸ Cabe agregar que en su monografía sobre Hobbes, Schmitt en 1938 termina identificándose con él, a pesar de que Hobbes sólo era un autor extranjero, a punto de convertirse en un enemigo, sino que además–como diría Schmitt después de la guerra– Hobbes es el padre espiritual del positivismo jurídico moderno, el precursor de Jeremías Bentham y John Austin, el pionero del Estado de derecho liberal. Fue el primero que desarrolló con toda claridad sistemática el principio esencial para el derecho penal liberal ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’” (Schmitt, 1982: 157), contra el cual–tal como hemos visto–Schmitt había luchado denodadamente entre 1934 y 1936.

Conclusión

Si bien el nacionalsocialismo fue derrotado militarmente en 1945, la supeditación del derecho a una causa, la idea de un derecho suprapositivo, la materialización del injusto, el antiformalismo jurídico y el activismo judicial –en una palabra, el antipositivismo jurídico del nacionalsocialismo– han sobrevivido hasta el día de hoy. De hecho, son estos los rasgos característicos del neoconstitucionalismo y del interpretativismo que todavía predominan en el pensamiento y en la práctica al menos del derecho latinoamericano.

Por supuesto, no estoy diciendo que todo neoconstitucionalista o interpretativista es nacionalsocialista, sino que todo jurista nacionalsocialista –al ser necesariamente antipositivista jurídico– es neoconstitucionalista o interpretativista. De hecho, neoconstitucionalistas como Robert Alexy se han propuesto claramente luchar contra el nacionalsocialismo. La gran ironía es que los antipositivistas jurídicos contemporáneos se han propuesto un combate en el cual usan las mismas armas que su adversario (v., v.g., Rütters, 2020; Heuschling, 2002: 33). Ciertamente, los valores o el razonamiento moral que emplean nuestros jueces pueden ser diferentes de los del nacionalsocialismo, pero el problema está en que los jueces abran la puerta a la valoración y no tanto en los valores que utilizan. Después de todo, no hay que olvidar que los valores pueden ser progresistas o conservadores (v. Rosler, 2019: 152), pero estos son temas que deben discutirse en los recintos constituyentes o parlamentarios, no en los tribunales. Los valores pueden llegar a ser atractivos, siempre y cuando sean los mismos que los nuestros.

En todo caso, todavía son los positivistas jurídicos los que tienen que dar explicaciones por su inexistente relación con el derecho alemán entre 1933 y 1945, mientras que el antipositivismo jurídico goza de tanta popularidad y sigue lejos del alcance de la sombra funesta del nacionalsocialismo.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2019). *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibañez, Trotta.
- Dahm, G. y Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*, traducción de Leonardo G. Brond, Ediar.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Duckworth.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Harvard University Press.
- Gruchmann, L. (2001). *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, 3ra. ed., Oldenbourg.

Henkel, H. (1934). *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt.

Heuschling, L. (2002). *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz.

Jouanjan, O. (2017). *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Presses Universitaires de France.

Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre*, 1ra. ed., ed. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck.

Koenen, A. (1995). *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum "Kronjuristen des Dritten Reiches"*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Lubac, H. (2002). *Histoire et Esprit. L'intelligence de l'Écriture d'après Origène*, Les Éditions du CERF.

Meierhenrich, J. (2018). *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press.

Pauer-Studer, H. y Fink, J. (eds.) (2014). *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*, Suhrkamp.

Rosler, A. (2019). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz Editores.

Rosler, A. (2022a). *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de derecho*, Editores del Sur.

Rosler, A. (2022b). Legal Authority and the Dead Hand of the Past. Dworkin's *Law's Empire* and Plato's *Laws* on Legal Normativity, *Ancient Philosophy Today*, (4), 45-65.

Rosler, A. (2023). *Estado o revolución. Carl Schmitt y El Concepto de lo Político*, Katz Editores.

Rüthers, B. (2016). *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, traducción e introducción de Juan Antonio García Amado, Marcial Pons.

Rüthers, B. (2020). *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, traducción de Francisco J. Campos Zamora, Marcial Pons.

Schmitt, C. (1963). *Der Begriff des Politischen*, texto de 1932 con un prefacio y tres corolarios, Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1982). *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, ed. Günter Maschke, Stuttgart, Klett-Cotta.

Schmitt, C. (1994a). *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, 3ra. ed., Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1994b). *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege"*, ed. Helmut Quaritsch, Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1995a). Der Rechtsstaat. En *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916 bis 1969*, (pp. 108-120), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1995b). Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'? En *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916 bis 1969*, (pp. 121-132), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2006). *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2018). *Der Begriff des Politischen. Synoptische Darstellung der Texte*, Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021a). Das gute Recht der deutschen Revolution. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 28-31), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021b). Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 54-56), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021c). Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungstaat. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 119-126), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021d). Nationalsozialismus und Rechtsstaat. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 131-146), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021e). Nationalsozialistisches Rechtsdenken. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 156-164), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021f). Geleitwort. Der Weg des deutschen Juristen. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 165-173), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021g). Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, (pp. 275-281), Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2021h). Stellungnahme der Wissenschaftlichen Abteilung des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes zu dem von der amtlichen Straprozeßkommission des Reichsjustizministeriums aufgestellten Entwurf einer Strafverfahrensordnung. En *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit*

ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs, (pp. 431-481), Duncker & Humblot.

Schnur, R. (1983). *Revolution und Weltbürgerkrieg*, Duncker & Humblot.

Stolleis, M. (1999). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III: Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Beck.

Tackett, T. (2015). *The coming of the Terror in the French Revolution*, Harvard University Press.

Whitman, J. (2017). *Hitler's American model. The United States and the making of nazi race law*, Princeton University Press.

Zaffaroni, E. (2017). *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta.