

Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico*

Lessons from Legal Nazism for Legal Philosophy: Radbruch and Legal Positivism

Antonio Manuel Peña Freire

Autor:

Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada, España
apena@ugr.es
<https://orcid.org/0000-0001-9432-6690>

Recibido: 9-5-2019

Aceptado: 23-11-2019

Citar como:

Peña Freire, Antonio Manuel, (2020). Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, pp. 59-81. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.03>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Antonio Manuel Peña Freire

Resumen

Numerosos estudios sobre la experiencia jurídica, política e institucional nacionalsocialista alemana ofrecen una imagen del llamado «derecho nazi» muy distinta de la que Radbruch presupuso cuando acusó al iuspositivismo de haber propiciado el nazismo y el derecho nazi. En este trabajo, se repasan los rasgos básicos de ese singular orden, caracterizado por el desorden institucional, la confusión entre derecho y voluntad del Führer, moral racial o ideología nacionalsocialista, la extrema vaguedad de algunos de sus conceptos jurídicos clave, la confusión de las fuentes del derecho, el incremento de la discrecionalidad de autoridades y jueces, etcétera. Después se comprueba hasta qué punto ese modelo de derecho es compatible con el de cada una de las distintas variantes del iuspositivismo. Se concluye señalando que las afirmaciones de Radbruch a propósito de la relación entre iuspositivismo y derecho nazi fueron erróneas y que el peso que han tenido estos planteamientos en la reflexión iusfilosófica posterior podría no estar justificado.

Palabras clave: nacionalsocialismo alemán; derecho nazi; positivismo jurídico; Radbruch.

Abstract

Many studies on the German National Socialist legal, political and institutional experience offer an image of the labelled «Nazi law» very different from the one Radbruch assumed when he blamed legal positivism for having propitiated Nazism and Nazi Law. In this paper, the basic features of this singular order –characterized by institutional

* Una versión preliminar de las ideas que componen este texto fue presentada en el Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Agradezco a los promotores de esas reuniones su invitación y a los participantes sus aportaciones y críticas.

disorder, confusion between Nazi law and the will of the Führer, racial ethics or National Socialist ideology, the extreme vagueness of some of its key legal concepts, the confusion of the sources of law, in increasing of authorities and judges' discretion, etc.— are review. Then it is verified to what extent that model of law is compatible with that of each one of the different variants of legal positivism. We conclude by pointing out that Radbruch's statements regarding the relationship between legal positivism and Nazi law were erroneous and that the weight that these theses have had in the subsequent legal philosophical reflection might not be justified.

Keywords: German National Socialism; Nazi law; Legal Positivism; Radbruch.

1. INTRODUCCIÓN

Estoy convencido del enorme interés del nazismo jurídico y del llamado «derecho nazi» para la reflexión iusfilosófica. Por esa razón, en este artículo me referiré a algunas de las lecciones que la filosofía del derecho puede obtener, aún hoy, de esa experiencia. Con la expresión «nazismo jurídico» me refiero al derecho y la práctica judicial y político-institucional nacionalsocialistas, incluyendo también las aportaciones y estudios de los juristas alemanes vinculados al nazismo. Por derecho nazi entiendo la parte normativa de esa práctica, parcialmente superpuesta y difícilmente segregable de ella, es decir, la relativa a estándares y normas de comportamiento proferidos o respaldados por las autoridades nazis¹.

Es de sobra conocido que el nazismo jurídico y el derecho nazi han estado presentes en algunas de las discusiones iusfilosóficas más relevantes de las últimas décadas: así, por ejemplo, una parte importante de las polémicas de los iusnaturalistas con los iuspositivistas y de estos con sus críticos se han dilucidado precisamente a propósito de cuestiones relacionadas con el derecho y el régimen nazis.

Sin embargo, pese a la posición central que la *cuestión nazi* ha ocupado en los debates iusfilosóficos, el nazismo jurídico y, de modo especial, el derecho nazi podrían estar aún pendientes de un análisis adecuado. Para ilustrarlo, bien valen las afirmaciones de Bernd Rüthers, quien considera que aunque contamos con abundantes materiales empíricos poco usados provenientes de la reciente historia del derecho alemán aprovechables por la teoría del derecho y por la práctica judicial, lo cierto es que «el material disponible no ha sido hasta la fecha suficientemente analizado ni tratado con vistas a mantener la conciencia metodológica y la capacidad de análisis autocrítico de los juristas» (Rüthers, 1988, pp. 194, 225). Si una parte significativa de la reflexión iusfilosófica de los últimos setenta años se ha construido en relación al nazismo jurídico y si esa experiencia yace ante nosotros aún inexplorada y a la espera un análisis adecuado, hay buenas razones para pensar que algunas conclusiones iusfilosóficas relevantes podrían

1. Sin embargo, como se verá al momento de analizar el modo en que operó el régimen nazi y se manifestó el nazismo jurídico, no está claro que existiera un derecho nazi en sentido estricto, si por derecho entendemos un sistema normativo ordenado, sistematizado con un elevado grado de diferenciación o autonomía respecto de otros sistemas normativos.

estar en un estado de interinidad teórica y no habría que descartar la necesidad de revisarlas si los presupuestos sobre los que se formularon no fueron correctos.

Para ilustrar todo lo anterior, en lo que sigue me detendré en un episodio iusfilosófico acaecido al poco del fin de la Segunda Guerra Mundial y que ha tenido un gran impacto en el modo en que se ha desarrollado la labor iusfilosófica de las últimas décadas: las afirmaciones de Gustav Radbruch sobre la responsabilidad del iuspositivismo en los crímenes y atrocidades de los nazis².

2. RADBRUCH, LOS NAZIS Y SUS SECUACES IUSPOSITIVISTAS

La trayectoria vital y teórica de Radbruch es conocida: al término de la Segunda Guerra Mundial y tras haber padecido los rigores del régimen nacionalsocialista, Radbruch revisó algunos de sus planteamientos a propósito de la relación entre derecho y justicia³. Señaló al iuspositivismo como el responsable de haber propiciado el nazismo o, al menos, de no haber permitido una reacción de la comunidad jurídica frente a la injusticia legal de los nazis. El nacionalsocialismo, afirmó Radbruch (1946, p. 21), «supo maniar a sus secuaces, por una parte soldados, por la otra juristas, por medio de dos principios “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley” [...] El principio “la ley es la ley” [...] era la expresión del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decenios predominó casi sin oposición entre los juristas alemanes». El iuspositivismo, a juicio de Radbruch, habría «desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario y delictivo»⁴ (p. 35). Por esa razón, «por doquier se entabla la lucha contra el positivismo desde el punto de vista de la “arbitrariedad legal y el derecho supralegal”» (p. 34). Dice Radbruch (p. 41) que «tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación “fundamental” del positivismo,

2. En estas tesis de Radbruch puede encontrarse el acto inaugural del resurgimiento del pensamiento iusnaturalista, que recuperó parte de su prestigio tras la Guerra Mundial. Además de Radbruch y su derecho supralegal, ilustran este renacimiento Coing (1961, pp. 175 y ss.) y sus principios supremos de derecho, Henkel (1964) con sus *topoi* o criterios preestablecidos del derecho correcto y Welzel (1962) con sus notables intentos por conectar legalidad y moralidad, entendida como la percepción de la trascendencia en la inmanencia. Al respecto, Kaufmann (2000, pp. 233 y ss.) o Horn (2002, pp. 84 y ss.).

3. No obstante, Paulson (1995, pp. 489 y ss.) señala que algunas de esas tesis ya habían sido objeto de revisión con anterioridad: elementos que estaban latentes en la preguerra ocuparon después una posición central. Así ocurre con la idea de justicia, en una posición subordinada en los primeros escritos de Radbruch, que pasó a ocupar un primer plano en su concepción final del derecho (Paulson, 1994, p. 320).

4. En idéntico sentido, Rommen (1959, pp. 1, 3) quien considera al iuspositivismo y a su tesis *la ley es la ley* responsables de la indefensión de los jueces y juristas ante las leyes de contenido criminal y arbitrario y de la expansión de una definición de la ley como expresión irrestricta e incondicionada del legislador soberano. También Welzel (1962, p. 230), para quien «el formalismo e historicismo [...] se habían mostrado incapaces de impedir o superar la reducción del Derecho al poder, que era la consecuencia necesaria del positivismo y de la teoría de las ideologías», que habría «destruido la razón [...] haciendo de ella un entendimiento técnico e instrumental. Para el Derecho, ello significa su entrega total al poder establecido. Derecho es lo que está determinado por la autoridad competente; el poder soberano puede imponer todo contenido jurídico, incluso el absolutamente inmoral» (p. 259).

que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista». Su propia aportación a ese combate filosófico fue su conocida fórmula, según la cual «el conflicto entre la justicia y la seguridad podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia». De ese modo, «donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia, es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica» (p. 37).

No pasaron desapercibidas la falta de sintonía entre la experiencia vital de los iuspositivistas en la Alemania nazi y su supuesta complicidad con el nazismo⁵, ni tampoco la manifiesta complicidad de nazis y críticos del iuspositivismo⁶. Relevantes juristas alemanes, vinculados más o menos estrechamente al régimen nazi, habían rechazado el iuspositivismo por considerarlo una excrecencia del liberalismo y porque no lo consideraban apropiado al nuevo orden nacional-socialista⁷. Además de Carl Schmitt –sin duda, el ejemplo más conocido–, otros, como Larenz, Maunz, Forsthoff, Koellreutter o Nicolai, también habían abogado por la necesidad de una nueva concepción del derecho apropiada a la época histórica en la que el derecho y el Estado habían entrado con el nacionalsocialismo⁸. Nada de eso casaba con el supuesto acomodo teórico entre iuspositivismo y nazismo.

Hoy en día, se admite la idea de que la incompatibilidad entre el iuspositivismo y el nazismo jurídico va más allá del dato de las afinidades ideológicas de iuspositivistas y críticos⁹, porque ni el derecho nazi ni la práctica de jueces y juristas nazis fueron como

5. Valga como ejemplo la trayectoria vital de Hans Kelsen. Al respecto, Metall (1969), Robles (2014) o De Miguel y Tajadura (2019, pp. 21-46).

6. Expresivamente, García Amado (1991, pp. 346-350 y 2016, p. 16) se refiere a acusaciones como las de Radbruch como una «miserable cantinela» que ocultaba la responsabilidad de muchos cómplices de los victimarios y, más o menos sutilmente, culpaba a algunas de sus víctimas de los males padecidos. En efecto, cierta lectura de Radbruch tenía efectos exculpatorios para los victimarios: según la tesis de la exoneración, los cargos públicos y jueces vinculados al nazismo no serían responsables de las atrocidades que cometieron al aplicar las leyes injustas de los nazis, porque su formación iuspositivista les impedía reaccionar frente a lo establecido o concebir que sus responsabilidades profesionales iban más allá de la aplicación estricta de las leyes (Paulson, 1994, p. 314).

7. Las referencias las tomo de Garzón Valdés (1985, pp. 5-14) e Hirvonen (2010, p. 120).

8. A la filosofía del derecho se la ha acusado de ser la «ramera» del régimen nazi por haber encubierto la opresión, la degradación e incluso el asesinato en masa y porque abundaron entre los filósofos del derecho contorsionistas que plegaron sus ideas al orden político del momento a fin de conferirle respetabilidad filosófica (Tammelo, 1977, pp. 173-155, citado por Kaufmann, 1988, p. 1649, García Amado, 1991, p. 342 o Garzón Valdés, 1985, p. 14, quien refiere que el número de filósofos del derecho que *causaron baja* en sus puestos durante el nazismo –bajo en comparación con los de otros académicos y científicos– abona la acusación). Sin embargo, la acusación se ha extendido a otras áreas del derecho: Stolleis (1994, p. 99) advierte, por ejemplo, que no es posible encontrar constitucionalistas o administrativistas entre quienes se opusieron al nazismo y aventura que la proximidad de los juristas al poder les lleva a difuminar los límites entre el bien y el mal.

9. En ese sentido, por ejemplo, Paulson (1994, pp. 314-315).

Radbruch presupuso al momento de formular sus tesis. El adecuado procesamiento de los materiales jurídicos disponibles de la época nazi nos trasmite una imagen del derecho que apenas guarda relación con la que Radbruch consideró como característicamente iuspositivista. Para comprobarlo, veamos, en primer lugar, cómo fue el derecho nazi y, en segundo lugar, si puede ser considerado como la expresión paradigmática de algún modelo de derecho iuspositivista o de las tesis que definen al positivismo jurídico.

3. EL DERECHO NAZI DESVELADO

No parece descabellado presuponer que el *derecho nazi* fue exhaustivo, riguroso, exigente y opresivo o que fue gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado, porque esto es lo que parece corresponder a un régimen autoritario. Sin embargo, ni el gobierno ni el derecho de los nazis tuvieron esos rasgos.

Tempranamente, Neumann (1944) cuestionó que el régimen nazi fuese un auténtico Estado. Lo describió como un entramado amorfo e inestable, compuesto por elementos diversos –partido¹⁰, administración, ejército, corporaciones industriales–, cuyas competencias respectivas no estaban establecidas de antemano por ninguna regla formal de competencia. Los conflictos planteados entre los componentes de esa amalgama solían resolverse en función del carácter personal, conexiones o prestigio de los implicados¹¹ y proliferaron plenipotenciarios, delegados y departamentos especiales en un marco de confusión y luchas internas ajeno a las formalidades administrativas. Esa caótica estructura organizativa e institucional –efecto de la debilidad del nazismo como teoría social y política¹² (Neumann, 1944, pp. 331-335)– está alejada de la que es característica de un Estado. De ahí la conclusión de Neumann: el sistema de dominación nazi no fue un Estado, pues no existió una maquinaria coactiva unificada, ni una estructura racional de dominación –burocracia, partido, ejército y poder económico actuarían en diversas áreas como soberanos, de acuerdo a principios propios y conforme a la lógica

10. Sobre la confusión Estado-partido, es muy relevante el análisis de Fraenkel (1941, pp. 6 y ss.).

11. «Darwinismo institucional» es, expresivamente, la denominación que Hayes (2009, p. XII de la Introducción al libro de Neumann) reserva para este modelo, en el que ganaba quien estaba en condiciones de imponer su voluntad a la de los rivales.

12. Tampoco fue el nazismo una doctrina política rigurosa: Stolleis (1994, p. 98) ha señalado que no existió una teoría política o constitucional nazi estable ni mucho menos merecedora de la consideración de sistema y ha referido también el escaso interés de Hitler por la dimensión jurídica de su proyecto (Stolleis, 2014, pp. 123, 127). Más allá de mucha retórica racista y nacionalista y soflamas propagandísticas, lo cierto es que no existió una filosofía del derecho nacionalsocialista sistemática, ni una teoría o metodología jurídicas y sí «varias y diferentes doctrinas que competían por la “renovación jurídica popular”» (Rüther, 1988, p. 52). La teoría de la sociedad y la teoría política del nacionalsocialismo, afirma Neumann (1944, pp. 331-335), tampoco tuvieron ninguna relación apreciable con las filosofías o éticas acreditadas en el momento (hegelianismo, conservadurismo, relativismo, positivismo, etcétera) y carecieron de una estructura congruente de valores o principios. Los valores y conceptos sobre los que construyeron su discurso (raza, sangre, pueblo, comunidad, etcétera) no fueron sino artificios o instrumentos –*arcana dominationis*– utilizados de manera fungible e interesada para manipular a las masas y mantener, conseguir o acrecentar el poder.

del liderazgo, sin ningún poder institucional unificador o racionalizador de su actuación o sus conflictos–, ni ningún control del derecho, pese a la existencia formal de normas y regulaciones técnicas. El nazismo fue una forma de dominación no mediada por la estructura formal-racional a la que normalmente conocemos con el nombre de Estado.

En un sentido similar, Fraenkel (1941, pp. 1 y 9 y ss.) atribuyó naturaleza dual al Estado nazi alemán. La *constitución* de este peculiar Estado –Decreto del Incendio del Reichstaat de 28 de febrero de 1933 y Ley Habilitante de 24 de marzo de 1933 (Ermächtigungsgesetz)– sustrajo a las autoridades de la jurisdicción del derecho general. De ese modo, la esfera política quedó configurada como un vacío jurídico, en el que no había reglas que gobernasen la actividad de los gobernantes, pese a que pervivieron algunos elementos de orden y predictibilidad puramente fácticos. Los gobernantes, operando fundamentalmente a través de medidas arbitrarias (Massnahmen) a través de los que ejercían su discrecionalidad, perfilaron un auténtico Estado-prerrogativa (Massnahmenstaat), especialmente relevante en la esfera pública. Junto a él, existió un Estado-normativo, válido en aquellas cuestiones en las que las autoridades políticas decidían no ejercer su poder de prerrogativa, para las que regía el derecho legislado tradicional o el promulgado recientemente (Fraenkel, 1941, p. 57). Hay que destacar, en cualquier caso, el carácter subsidiario del Estado-normativo respecto del Estado-prerrogativa, lo que significa que el sistema jurídico en su totalidad devino un instrumento de las autoridades, pues si estas reclamaban decidir sobre algún asunto, el derecho quedaba *ipso facto* suspendido¹³.

Refiriéndose específicamente al nazismo jurídico y, en particular, al derecho nazi, Stolleis (2007, p. 222) lo caracteriza como un derecho étnico-natural, fruto, por lo general, de la interpretación judicial de las leyes –en muchos casos provenientes de Weimar y el Imperio– en un sentido afín a los postulados nacionalsocialistas, según máximas interpretativas como «la voluntad del Führer», «las necesidades del Volk», «el bienestar común», «los sanos sentimientos del pueblo», «la concepción nacionalsocialista del Estado» y otras similares. Conceptos como raza, pureza, cultura, pueblo, comunidad popular o carisma, durante el nazismo, pasaron a ser conceptos jurídicos clave y su validez fue afirmada como necesaria, independientemente de que hubiesen sido formalmente promulgados (Hirvonen, 2010, p. 128). En esta misma línea, Rùthers (1988) señala que el nazismo era poco amigo de lo jurídico¹⁴, tanto por su biologismo racista como por su preferencia por la lucha y el dominio, definidos en función de la

13. La jurisdicción del Estado-prerrogativa no estaba predefinida. Tampoco lo estuvo el alcance de su capacidad para decidir sus propios límites, que son los del Estado normativo, con lo que la prerrogativa era potencialmente omnipotente (Fraenkel, 1941, p. 71). Los mismísimos derechos fundamentales de la Constitución de Weimar quedaron afectados por la ley marcial. Fraenkel (1941, p. 15) se refiere, por ejemplo, al caso del art. 137 que reconoce la libertad religiosa y que, según afirmación de los jueces en la época, era modificable por resolución administrativa o decisión del ejecutivo.

14. Meierhenrich (2018, pp. 98-111) identifica tres factores definitorios e inspiradores del pensamiento jurídico-político nacionalsocialista: el antiliberalismo, el antiformalismo y el antisemitismo. Los tres, por cierto, apuntalan el rechazo del nacionalsocialismo a instituciones como el Estado de derecho o a los principios de legalidad, considerados vacuos, individualistas y condenados por su supuesta asociación con el judaísmo.

idea de enemigo: los nazis identificaban derecho y poder e hicieron de la excepción la regla de gobierno. Su gobierno presuponía junto al derecho escrito o incluso sobre él, la existencia de una idea rectora prepositiva, suprapositiva, anterior a toda ley estatal y jerárquicamente superior a ella. Esa idea del derecho encarna la finalidad del derecho mismo y es el ideal jurídico que ha de inspirar cualquier formulación a propósito del sentido de la justicia. La ideología, el sentir popular y moral no eran vistos como expresiones normativas distintas de las típicamente jurídicas. El sistema jurídico no era concebido como un orden de normas autónomo o diferenciado, sino como una parte del espíritu alemán, del que también emanaba el ideario nacionalsocialista. Es más, en caso de conflicto entre ley formal y el ideario nacionalsocialista debía darse preferencia a este último¹⁵. En consecuencia, el eslogan *la ley es la ley*, señalado acusadoramente por Radbruch, pudo haber sido una idea de cierto peso entre los jueces y juristas alemanes durante el nazismo, pero esa *ley* hay que entenderla en el marco de una idea de derecho singular (*Rechtsidee*), referida no a un conglomerado de leyes formalmente promulgadas, sino a un *derecho* en un sentido muy amplio, cuyo fundamento último es el orden inmanente del Pueblo (*Volk*) alemán, expresado por el Führer en tanto que líder carismático del propio Pueblo y del movimiento que aspira a preservar su pureza racial, a garantizar su supremacía y realizar el ideal de la comunidad étnica (*Volksgemeinschaft*).

El papel del Führer en la identificación del derecho de la comunidad nacional alemana es clave. Hay que tener en cuenta al respecto que la distinción entre individuo y Estado, entre interés general y derechos individuales o entre sociedad civil y política fueron abolidas en la Alemania nazi. En su lugar, se preconizó la existencia de una identificación mística entre la voluntad del Führer y el espíritu de la comunidad racial: el Führer no fue visto como un dictador, pues sus órdenes no eran expresión personal de un individuo, sino de la encarnación mística del espíritu del pueblo¹⁶. El Führer estaba indisolublemente vinculado a sus seguidores y en comunión con ellos (Roetter, 1945, pp. 522-524).

En ese contexto, el deterioro de la forma del derecho era inevitable. Meierhenrich (2018, p. 122 y ss.) relata cómo el número de leyes formales decreció de manera significativa al tiempo que aumentaron los decretos del Führer (*Führererlasse*): muchos de estos decretos eran secretos, una práctica esta defendida por Theodor Maunz o Johannes Heckel por la necesidad de proteger la seguridad de los intereses del Estado, al tiempo

15. Así, en una decisión judicial del Tribunal Supremo Administrativo de Prusia de 27 de mayo de 1936 se concluyó afirmando que el derecho de todo funcionario a acceder a su expediente personal, reconocido formalmente por la ley, no tenía validez, porque era contrario al modelo de relación nacionalsocialista entre los funcionarios y el Estado, de donde se sigue que la ideología nazi prevalece sobre la literalidad de las leyes (Fraenkel, 1941, p. 16).

16. Al respecto, también, Larenz (1935), citado por Fraenkel (1941, p. 124). Sobre las relaciones entre valores de la comunidad étnico-nacional y la voluntad del Führer, Fraenkel (1941, p. 113), que parece optar por un modelo voluntarista de ejercicio del poder, pues aunque el Führer estaba formalmente constreñido por unos valores populares antecedentes, sin embargo, estos quedaban a la absoluta disposición de su liderazgo carismático. Sobre la condición de fuente suprema del derecho de la voluntad del Führer, también Rütters (1988, pp. 59-61).

que otros, como Ulrich Scheuner, expresaron su indiferencia hacia la jerarquía de fuentes y su preferencia por un *derecho* en el que todas las normas, validada materialmente su sustancia, tuviesen el mismo valor¹⁷.

Los cambios en la concepción del orden jurídico se manifestaron de un modo especial en el caso del derecho penal. Según Roetter (1945, pp. 529-535): su función y alcance se vieron sujetos a cambios importantes para garantizar el gobierno de las masas de Hitler. Se introdujo un nuevo delito: el traidor al pueblo, es decir, quien se oponía a la ideología nazi y a Hitler. También se borraron los límites entre derecho y política, algo que aplaudieron diversos académicos nazis. Pese a la pretensión inicial de que se aboliese todo el sistema de derecho penal alemán y se sustituyese por uno nuevo exclusivamente basado en la noción de traición al Führer, lo cierto es que las modificaciones fueron puntuales, pero de calado: las tentativas pasaron a castigarse como los delitos consumados, lo que permitió castigar delitos puramente imaginarios cuando convenía a los intereses de los nazis; se derogó la prohibición de la analogía penal y se favoreció la interpretación extensiva *in malam partem*, con lo que cualquier acción que se considerara contraria a los «sanos sentimientos populares» (*gesundes Volksempfinden*) podía ser punida; se sustituyeron los principios *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena* y se introdujeron nociones como malicia, bajeza, actitud dañina, etcétera para justificar la punición en los casos que interesase.

En el terreno administrativo, es llamativo que los juristas nazis se interesaran más por la administración que por el derecho administrativo (Stolleis, 2014, pp. 123, 127). Consecuentemente, la reflexión sobre el asunto distó mucho de las anteriores elaboraciones sobre el derecho administrativo como método para asegurar la actuación reglada y el control de la administración. En su lugar, la administración pasa a ser concebida como la actividad orientada a la consecución de los objetivos comunitarios de la totalidad de la nación. Esta actividad reclama una participación activa de los ciudadanos, si bien el estatuto jurídico de estos se compone fundamentalmente de deberes –no derechos–, convenientemente perfilados por los líderes con capacidad para singularizar las exigencias del bien común, ya que la ideología nazi no toleraba dualismos del tipo sociedad/Estado o individuo/comunidad (Stolleis, 1994, pp. 105-106). Es comprensible que los cambios en el derecho administrativo fueran drásticos: en 1936, por ejemplo, una ley declaró que las órdenes de la Gestapo no estaban sujetas a control judicial ni revisión administrativa y si tenemos en cuenta que entre las órdenes que podían emitir los miembros de la Gestapo estaban el internamiento indefinido en

17. Valga como ejemplo el caso de la disolución de los Testigos de Jehovah, validada por un Tribunal de Dresde, pese a que la libertad de culto, aparentemente, era un derecho no cancelable en situaciones de emergencia, según la Constitución de Weimar. El Tribunal, sin embargo, estimó que el Decreto de 28 de febrero de 1933 y el artículo 48 de la Constitución de Weimar permitían la suspensión de la libertad de culto por motivos de orden público y señaló que «la Constitución es modificable por decretos administrativos y medidas similares». Al respecto, Fraenkel (1941, p. 15).

campos de detención, es fácil concluir que esa habilitación pronto se convirtió en un arma política clave (Roetter, 1945, p. 535).

Por último, respecto de los jueces, las transformaciones acaecidas fueron tales que es muy cuestionable que lo resultante merezca la consideración de juez. La mejor ilustración de esta descripción es el modelo de juez de Schmitt (1936, citado por Meierhenrich, 2018, p. 125): Schmitt es partidario de un juez activista y politizado al servicio de la voluntad y el plan del Führer. Sugiere dotar a los jueces con amplios poderes de decisión y liberarlos de la vinculación a la literalidad de la ley o a formalidades procedimentales. Los jueces, concebidos como colaboradores del Führer, anticipaban su voluntad y estaban llamados a decidir como lo habría hecho el mismo Hitler o según los dictados del nazismo en su conciencia. Lejos de ser concebidos como decisores imparciales sometidos solo a la ley, eran agentes activos concernidos y guardianes del derecho racial. Schmitt, que era contrario a la codificación y las reglamentaciones legislativas, prefería confiar en jueces comprometidos, con capacidad para decidir según principios guía y para crear derecho. Se mostró partidario solo de modificaciones legislativas puntales y pensó que así se evitaría que la fuerza ideológica del nuevo Estado se disolviese en miles de textos legales sometidos a interpretación según un marco dogmático tradicional. Esta concepción se tradujo en expresivos cambios como los introducidos, por ejemplo, en el juramento del cargo de juez que pasó a ser una declaración de sometimiento al Führer y no exclusivamente al derecho (Roetter, 1945, p. 535). También los nombramientos judiciales pasaron a ser controlados por los nazis, quienes pudieron, formalmente en 1942, separar discrecionalmente a cualquier juez de su puesto. Los nazis, además, podían privar a los miembros del poder judicial de su competencia cuando les interesaba, transfiriendo casos de los tribunales ordinarios a tribunales especiales o administrativos y autorizando legislativamente confiscaciones, lo que evitaba acudir a los tribunales civiles e impedía litigios sobre estas cuestiones (Roetter, 1945, pp. 541-542). Finalmente, en agosto de 1942, Hitler autorizó al Ministro de Justicia Thierack a romper con el derecho vigente si era necesario para construir una justicia nacionalsocialista, lo que culminó el desmoronamiento y deterioro de la administración de justicia. En una carta dirigida a los jueces, les exhortaba a tomar cualquier medida, estuviera o no respaldada normativamente, y se comprometía a facilitar ex post la ley que la justificase. La conclusión es evidente: el modelo de *juez* nacionalsocialista, en especial, el de los que validaron la discriminación y las persecuciones legales¹⁸, está muy alejado de cualquier modelo genuino de juez. Los *jueces* nazis, como los juristas en general, no fueron formalistas, ni legalistas, ni iuspositivistas, sino idealistas radicalizados que emplearon el derecho para implementar una moral perversa que ellos consideraban correcta¹⁹.

18. Matizadamente en contra de este planteamiento, Serrano (1989, pp. 991 y ss.).

19. Que en la postguerra, defendiéndose ante los tribunales que les juzgaban, algunos de ellos señalaran que aplicaban la ley o que cumplían órdenes puede explicarse como estrategia de defensa, pero, pendiente una verificación empírica personalizada, eso no convertiría su militancia ideológica y activismo judicial en una aplicación neutral de las leyes, ni explicaría por qué llegaron mucho más allá de lo que estas exigían o por

4. DERECHO NAZI Y POSITIVISMO JURÍDICO

A la luz de todo lo anterior, es más que plausible afirmar que el nazismo jurídico y el llamado «derecho nazi» guardan poca relación con las tesis del positivismo jurídico en cualquiera de sus variantes. No obstante, antes de empezar a desgranar esta afirmación, son precisas algunas consideraciones relativas al significado de eso a lo que llamamos «positivismo jurídico». Y es que, pese a la relevancia de los planteamientos iuspositivistas en los debates iusfilosóficos, no existe un acuerdo amplio a propósito de las tesis que definen a esta teoría. Es notoria la complejidad propia de su objeto: el derecho, en general, y sus relaciones con la moral, en particular. De otro lado, el iuspositivismo no se define a partir de unos axiomas básicos formulados en algún momento fundacional y luego desarrollados según procedimientos lógicos rigurosos. Eso a lo que llamamos «iuspositivismo» es más bien el resultado de una extensa y compleja labor filosófica que se ha desarrollado sin un hilo rector definido y que ha dado lugar a una serie de planteamientos diversos que se han ido yuxtaponiendo, superponiendo o sustituyendo, sin llegar a definir nada con contornos regulares²⁰ o exactamente simétricos a los del iusnaturalismo, su *alter ego* teórico²¹. Más que de *un* iuspositivismo, por tanto, es preciso hablar de diversas variantes de positivismo jurídico y es con cada una de ellas con las que hay que contrastar la experiencia nacionalsocialista para comprobar si el derecho nazi es, en algún sentido, expresión del concepto o modelo de derecho de aquellos que son considerados comúnmente como iuspositivistas, sea cual sea la variante del iuspositivismo a la que estén adscritos.

4.1. Derecho nazi y positivismo jurídico legalista

Está claro que el llamado «derecho nazi» no es un caso del tipo de ordenamiento jurídico que imaginaron los iuspositivistas legalistas o formalistas²². La extravagancia del sistema de fuentes del llamado «derecho nazi» está en las antípodas de lo que resulta de la identificación del derecho con el derecho legislado característica del legalismo. La imagen deforme o irregular del derecho nazi no se corresponde con la del ordenamiento unitario, legalizado, jerarquizado, coherente e íntegro que *describieron* los

qué ignoraron la legalidad formal y miraron para otro lado cuando convenía. En un sentido similar, Paulson (1994, p. 323 o 1995, pp. 132 y ss.).

20. No obstante, un estudio sobre los postulados metateóricos y metodológicos básicos del positivismo jurídico, el de Jiménez Cano (2008).

21. No hay que olvidar tampoco que estamos ante una teoría que ha sido objeto de importantes distorsiones. Expresivamente, señala Gardner (2001, p. 202) que pocas teorías han sido tan distorsionadas por sus oponentes teóricos como el iuspositivismo, con la excepción –advierte el propio autor– del iusnaturalismo.

22. Al respecto de esta variante del iuspositivismo, las referencias de Hoerster (1992, p. 13) o Bobbio (1965, pp. 107-109).

formalistas y el modelo de juez nazi, activista y comprometido, está muy alejado del juez típicamente formalista²³.

4.2. Derecho nazi y positivismo jurídico ético o normativo

También es evidente que el derecho nazi no sería del gusto del iuspositivismo normativo o ético de autores como MacCormick (1992, pp. 105 y ss.), Campbell (1996, 2004) o Waldron (2001, p. 410). La razón, más allá de la radical incompatibilidad entre los valores morales que inspiraron al nazismo y los promovidos por los iuspositivistas éticos, estriba en las diferencias de los respectivos modelos de derecho. El iuspositivismo ético es una teoría normativa sobre el derecho que ofrece razones para construir los sistemas jurídicos como sistemas autónomos de reglas claras y precisas, que puedan ser interpretadas y aplicadas normalmente sin necesidad de recurrir a juicios morales o políticos controvertidos (Campbell 2004, p. 24). Los iuspositivistas éticos creen que el derecho, así configurado, presenta ciertas virtudes como método para el gobierno de las sociedades humanas, razón por la que abogan por un sistema jurídico autónomo de la moral y por una regla de reconocimiento aligerada moralmente²⁴. Es más que manifiesta la contradicción entre un derecho des-legalizado y moralizado como el «derecho nazi» y el modelo legalizado y des-moralizado de derecho del iuspositivismo ético. También es evidente que los rasgos de los derechos positivizados que son percibidos como ventajas o virtudes por los iuspositivistas éticos son para los nazis defectos y vicios característicos de un modelo de derecho caduco y decadente²⁵.

4.3. El derecho nazi y el iuspositivismo teórico o conceptual

Las conclusiones son similares si nos ceñimos a las variantes más reputadas del positivismo jurídico de matriz hartiana. Como es bien sabido, para Hart (1958, p. 50 o 1961, p. 181), el iuspositivismo asume la necesidad de distinguir con la máxima claridad entre el derecho que es y el que debería ser, pues, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, con independencia de que con frecuencia lo haga²⁶. A primera vista, es evidente la incompatibilidad de la separabilidad entre derecho y moral y la identificación entre moralidad aria y orden jurídico popular del nazismo. Da la impresión de que las tesis características del iuspositivismo hartiano quedan negadas cuando el

23. Como señala Paulson (1994, p. 326), si se presupone que este era el modelo de iuspositivismo que Radbruch tenía en mente cuando formuló sus tesis, no cabe sino admitir que la distancia de sus conclusiones con la realidad de la experiencia jurídica nacionalsocialista es enorme.

24. Esta preferencia es especialmente acusada en el caso de sociedades pluralistas (Campbell, 2004, pp. 27-28) y también en las democráticas (Waldron, 1999).

25. Al respecto, Fraenkel (1941, pp. 46 y ss.) o Meierhenrich (2018, pp. 98 y ss.).

26. Esta afirmación apunta a la llamada tesis de la falibilidad moral del derecho (Green 2008, p. 1056).

concepto de derecho se refiere a un orden normativo y valorativo compuesto a partir de la esencia y la moral del pueblo alemán. A primera vista, este es un derecho moralmente denso, preñado de sustancia y de principios éticos, muy distinto del modelo de derecho moralmente neutral característico de muchos iuspositivistas hartianos.

Sin embargo, es preciso ver cómo se concreta esta incompatibilidad, teniendo en cuenta que hoy la tesis de la separabilidad entre derecho y moral está desacreditada²⁷, hasta el punto de que, en el iuspositivismo actual, el lugar que ocupaba tradicionalmente esa tesis ha sido ocupado por la tesis social, que vendría a sostener que el derecho es un fenómeno social en el sentido de que es hecho por actividades de los seres humanos²⁸. Han aflorado, además, diferencias importantes entre dos variantes de iuspositivismo a la hora de definir la tesis social de un modo más preciso: de un lado, la de los iuspositivistas suaves, inclusivistas o incorporacionistas y, de otro lado, la de los iuspositivistas duros o excluyentes²⁹. La relación de cada una de estas dos variantes con el nazismo jurídico es singular.

4.3.1. *Derecho nazi y positivismo jurídico excluyente*

La incompatibilidad entre nazismo jurídico e iuspositivismo excluyente es clara y el llamado «derecho nazi» es un ejemplo de lo que resulta cuando se intenta realizar un modelo de ordenamiento contrario a los postulados teóricos del iuspositivismo excluyente. Esta versión del iuspositivismo se define por referencia a una variación de la tesis social llamada la tesis de las fuentes sociales, que afirma que las normas jurídicas *solo* son válidas cuando tienen una fuente social que determina su existencia y contenido³⁰. Las fuentes sociales del derecho han de ser necesariamente hechos, como tales, distintos de las consideraciones o discusiones morales que lo dispuesto suscite (Raz, 2009, pp. 47-52). Para un partidario de esta variante del iuspositivismo, la validez de las normas jurídicas está condicionada por factores como la promulgación legislativa, el carácter de precedente judicial o la práctica consuetudinaria, todos ellos referidos a hechos sociales y que, como tales, se expanden o contraen dependiendo de las acciones relevantes de las autoridades o miembros de una sociedad dada (Shapiro, 2001, p. 181). En definitiva, el iuspositivismo excluyente es aquella doctrina que asevera incondicionadamente

27. Así, por ejemplo, Green (2008, p. 1048), quien se refiere a conexiones necesarias –y no triviales– entre derecho y moral que relativizan la tesis de la separación. También Gardner (2001, pp. 200 y 223) quien considera que la tesis de la separación es absurda, Füber (1996, pp. 117 y ss.) para el que es confusa o Coleman (2001, pp. 151-152) que la reputa trivial.

28. En ese sentido, por ejemplo, Raz (2009, p. 38-39), quien define a la tesis social como la que afirma que qué es y qué no es derecho es una cuestión relativa a hechos sociales, cuya identificación no depende de consideraciones morales. Raz también afirma que la idea de que el derecho es solo derecho positivo es lógicamente independiente de la tesis del valor moral del derecho o de los méritos morales de lo exigido por las normas. Al respecto, también Bayón (2001, p. 3).

29. Un abordaje integral del debate entre estas dos formas de iuspositivismo, en Escudero (2003).

30. Al respecto, Bulygin (2006, p. 110).

que, para todo sistema jurídico, si una norma dada es jurídicamente válida y, por lo tanto, forma parte de ese sistema jurídico, es algo que depende de sus fuentes y no de sus méritos (donde sus méritos atañen también a los méritos de la fuente) (Gardner, 2001, p. 201).

Como he descrito antes, la concepción dominante de la validez jurídica entre los juristas nacionalsocialistas no fue técnica ni formal, sino sustancial. La validez de las normas dependía de la congruencia de su contenido con valores sustantivos de justicia vinculados a una moralidad racial, pues lo que definía la validez del derecho y de sus normas era su adecuación a la moral racial del Volk alemán³¹, y esta moral, aunque supuestamente enraizada en la idiosincrasia popular, nunca llegó a presentarse como un conjunto de patrones normativos de origen social o convencional y con un contenido cierto y contrastable. También es cierto que la fuente de expresión más depurada de esa moralidad era la voluntad del Führer, esta sí, una potencial fuente social del derecho que podría haber valido como regla de reconocimiento excluyente. Pero, con frecuencia, la voluntad del Führer era normalmente presupuesta, es decir, que actuaba como un expediente para la decisión arbitraria. Así ocurre cuando se invitaba abiertamente a los jueces a decidir como lo habría hecho el Führer o como se seguiría de su apreciación de los sanos sentimientos populares, lo que, de nuevo, nos priva de un referente compartido lo suficientemente estable como para clasificarlo como una fuente social del derecho. Por estas razones, es evidente que el llamado «derecho nazi» no es un buen ejemplo de sistema normativo que no contiene, por razones conceptuales, elementos morales entre los criterios de validez de sus normas. El nazismo jurídico en ningún momento promovió la necesidad conceptual de definir el derecho de ese modo, porque su concepto de derecho era bien distinto al de un iuspositivista excluyente.

4.3.2. *El derecho nazi y el positivismo jurídico suave*

Distintas son las conclusiones que se siguen si nos interesamos por la idoneidad del derecho nazi para ilustrar las tesis del llamado positivismo jurídico suave, incluyente, inclusivismo o incorporacionismo de autores como Waluchow (1994) o Coleman (2003)³². En esta versión del iuspositivismo, el derecho es una práctica social cuyos criterios de validez jurídica son convencionales y cuyo contenido *no necesita* ser moral. Sin embargo, el mérito moral *puede* ser condición de validez de las normas jurídicas siempre que criterios de validez socialmente definidos así lo establezcan. El positivismo jurídico incluyente distingue así entre el *fundamento* de los criterios de validez y su *contenido* y advierte que este último *sí podría* ir referido a circunstancias morales, siempre que su fundamento sea una práctica social, es decir, siempre que exista una práctica de los operadores sociales relevantes en el sentido de identificar como jurídicas solo a las

31. Así se sigue, según Meierhenrich (2018, pp. 130-132), de los escritos de juristas como Roland Freisler o Martin Wittig.

32. Entre nosotros, también existen referencias significativas, como las de Moreso (2002, pp. 93-116).

normas que reúnen cierto mérito o valor moral³³. El iuspositivismo incluyente es, por tanto, la doctrina que afirma que el fundamento de las condiciones de validez jurídica ha de ser siempre referible a hechos sociales, pero es compatible con que el contenido de esos criterios pueda ser de corte moral, aunque en modo alguno es el caso de que tenga que ser así necesariamente (Coleman, 2001, p. 173).

El derecho nazi no es totalmente ajeno a estas consideraciones teóricas, pues la validez de sus normas, según la práctica social de las autoridades de la Alemania de la época, depende de consideraciones morales. No es baladí, al respecto, que el nazismo jurídico se presentase a sí mismo como una respuesta a las críticas relativas al formalismo del *Rechtsstaat* alemán y a su falta de sustancia ética y política³⁴. La ideología nacionalsocialista, identificada con la moral del Volk alemán, es un referente normativo que condiciona la validez de las normas legalmente formuladas. Si el ideario nacionalsocialista es, por sus méritos morales –inequívocos para los nazis– parte del derecho étnico racial alemán, entonces el mérito moral del ideario nacional socialista y de la propia moral racial supuestamente vinculada con el Volk alemán es razón suficiente de la validez jurídica de las normas del derecho nazi. El derecho nazi, así moralizado, bien valdría como ejemplo del incorporacionismo, la subvariante del positivismo jurídico incluyente que afirma que el mérito moral *puede ser* condición *suficiente* de validez jurídica³⁵.

Una prueba más de la aptitud de la relación entre el derecho nazi y las tesis del iuspositivismo incluyente nos la ofrecen sus críticos, los iuspositivistas excluyentes. Y es que el nazismo jurídico es un perfecto ejemplo del tipo de disolución de la autoridad del derecho a la que conduce la introducción de elementos morales e ideológicos entre los criterios de validez jurídica de la regla de reconocimiento. Recordemos que, para los iuspositivistas excluyentes, el concepto de derecho está indisolublemente vinculado a la idea de autoridad y alguien tiene autoridad cuando sus exigencias son razones para actuar en el sentido exigido para aquellos a los que van dirigidas. Es más, en toda sociedad humana con derecho existe una institución u organización que reclama su autoridad para vincular a los miembros del grupo con sus determinaciones, independientemente

33. Hart se había referido a la posibilidad de que criterios morales actuasen como condiciones de validez de las normas jurídicas de particulares ordenamientos jurídicos, siempre que sus respectivas reglas de reconocimiento así lo estableciesen. Según Hart (1994, p. 51) «la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho». Por lo tanto, que la moralidad sea o no una condición de la validez de las normas jurídicas es algo que depende de cuáles sean los criterios de validez de cada particular ordenamiento jurídico, es decir, de su regla de reconocimiento, la cual necesariamente ha de estar fundada sobre una práctica social o convencional.

34. Al respecto, Meierhenrich (2018, p. 75 y 93), quien, expresivamente, refiere a unas palabras de Gierke, en las que se mostraba preocupado por la posibilidad de que alguna ideología perversa se aprovechara de la vacuidad del Estado de derecho formal para darle un contenido inapropiado, cuando en realidad lo que ocurrió es que una ideología degenerada se apropió de la sustancia de sus variantes materializadas.

35. El inclusivismo, por el contrario, sería aquella subvariante del positivismo jurídico incluyente para la que el mérito moral es condición necesaria de validez. Al respecto, Kramer (2004, pp. 2 y ss.).

del juicio moral que los miembros del grupo tengan sobre ellas, pues se pretenden vinculantes como tales al margen de cualquier otra justificación (Raz, 2009, pp. 29 y ss.). Por esa razón, es imprescindible poder identificar esas exigencias sin embarcarse en discusiones o consideraciones relativas a su justificación moral. Para Raz (2009, pp. 50-52), si la identificación de la conducta que exige una regla jurídica depende de consideraciones morales, no será posible ignorar la relevancia de las otras razones concurrentes y el derecho carecerá de autoridad. Determinar qué es lo que el derecho exige dando a sus normas el alcance que de la moralidad se sigue es incompatible con otorgar autoridad al derecho³⁶ (Coleman y Leiter, 2010, p. 242), pues la autoridad del derecho depende precisamente de su capacidad para excluir esas razones morales que concurren con la razón de las normas y desaparece si la razón de las normas jurídicas depende de razones morales. En sentido similar, Shapiro (2001, pp. 169 y ss.) parte de la simple constatación de que el propósito elemental del derecho es guiar el comportamiento de sus destinatarios³⁷ y advierte que si hay principios morales entre las condiciones de validez de las normas, estas no pueden guiar la conducta de nadie. Las reglas jurídicas, para ser tales, han de suponer una «diferencia práctica» con la situación que se daría si no existieran (Shapiro, 2001, p. 176). Un ordenamiento jurídico en el que las reglas sean válidas cuando satisfacen determinados estándares o principios morales equivale a un orden compuesto por reglas que exigen hacer lo que es moralmente meritorio hacer. Esto, según Shapiro (2001, pp. 177-179), obliga a los destinatarios de las normas a abrir el debate sobre las razones para hacer lo que la regla exige, que es precisamente lo que la regla, por tener autoridad, se supone que cancelaba³⁸. Donde la regla de reconocimiento es excluyente de la moral, sí hay guía de las decisiones y el comportamiento de sus destinatarios: uno ha de conformarse a las normas que cumplen con los criterios de validez basados en consideraciones relativas a las fuentes y no a otras normas válidas conforme a criterios distintos y los jueces deben aplicar precisamente esas normas válidas por sus fuentes y no otras, independientemente de los méritos morales de una decisión distinta, pues la existencia de la regla de reconocimiento excluyente excluye

36. Coleman y Leiter (2010, pp. 238, 243) explican el sentido del iuspositivismo excluyente señalando que los criterios contenidos en la regla de reconocimiento no solo han de cumplir con una función de validación, sino también de identificación. Es decir, las condiciones de validez han de posibilitar la identificación de las normas jurídicas. Cuando entre las condiciones de validez hay consideraciones morales, solo es posible validar la pertenencia de ciertas normas *en bruto* al sistema jurídico, pero no determinar su contenido.

37. Recordemos que Hart (1994, p. 24) había señalado que no hay función más elemental del derecho que la de ofrecer guía y estándares de crítica a las conductas humanas. En similar sentido, Coleman (2001, p. 74) quien señala que el derecho pretende gobernar nuestra conducta y añade, significativamente, que pretende hacerlo en virtud de su condición de derecho, es decir, por el hecho de que sus normas portan una *marca* que permite identificarlas como *jurídicas*.

38. Parece una concepción excesivamente exigente de lo que significa guía. Probablemente Hart (1994, pp. 27-28) la hubiese impugnado por considerar que «la exclusión de toda incertidumbre a cualquier costo para otros valores no es un fin que haya siempre contemplado para la regla de reconocimiento [...] Un margen de incertidumbre debe ser tolerado y, realmente, bienvenido en el caso de muchas reglas jurídicas de forma que una resolución judicial informada puede ser tomada cuando la composición de un caso imprevisto es conocido y los problemas en cuestión de esta decisión pueden ser identificados y así racionalmente resueltos».

también la relevancia de esas razones. La conclusión de todo lo anterior es evidente: la moralidad no puede estar entre las circunstancias que condicionan la validez de las normas, so pena de hacer conceptualmente imposible la autoridad del derecho y, de ese modo, disolver su concepto.

Es verdad que las consideraciones anteriores son fundamentalmente teóricas, es decir, que van exclusivamente referidas al concepto de derecho y a la posibilidad de dar cuenta de algunos de sus rasgos esenciales en un supuesto ordenamiento jurídico incluyente. Sin embargo, lo sucedido con el derecho en la Alemania nazi ilustra bien la dimensión práctica del supuesto sinsentido teórico de un concepto incluyente de derecho. En Alemania, vigente un derecho moralizado, no resultaba posible afirmar lo que uno tenía el deber de hacer, porque lo que las fuentes del derecho identificadas según hechos sociales exigían estaba subordinado a lo que exigían los valores morales definitorios de la identidad y el honor del *Volk* alemán o del ideario nacionalsocialista. Esta irrelevancia práctica de las normas queda de manifiesto en la progresiva y variable sustitución del Estado-normativo por el Estado-prerrogativa a la que se refirió Fraenkel, que aconteció cuando las relaciones jurídicas dejaron de estar gobernadas por normas preestablecidas y pasaron simplemente a estar controladas discrecionalmente. Meierhenrich (2018, p. 232) también reconoce que una porción significativa del derecho nazi moralizado colapsó como efecto de la presión ejercida por sus referentes más ideológicos, especialmente, a partir de 1938, cuando la parte normativa del Estado dual o híbrido alemán fue progresivamente eclipsada por el ejercicio discrecional del poder de quienes cada vez encontraban más ocasiones para decidir según la moralidad racial alemana o como lo habría hecho el mismísimo del Führer: las reminiscencias del Estado de derecho prácticamente desaparecieron en Alemania.

No creo que ningún iuspositivista incluyente, inicialmente alarmado por esta indeseable asociación de su modelo de derecho con el derecho nazi, tuviera siquiera que echar mano del eslogan que define su teoría –la moral *puede ser* condición de validez...– para señalar, parafraseándolo, que aunque es posible que ocurriese algo como lo descrito, en modo alguno es necesario que suceda. No es así porque no creo que mi *reductio ad Hitlerum*³⁹ sea decisiva para cuestionar la plausibilidad teórica de los planteamientos del llamado iuspositivismo incluyente, aunque sí que opera como contraargumento frente a quienes se sienten normalmente atraídos por esta teoría a consecuencia de la simpatía que sus ejemplos habituales les suscitan. Si uno encuentra, en la lista de ilustraciones de ordenamientos jurídicos con una regla incluyente, al derecho alemán de la Ley Fundamental de Bonn junto al derecho nazi, es posible que su acercamiento a la teoría esté exclusivamente condicionado por la solidez de sus planteamientos conceptuales o teóricos y no por la simpatía que le suscitan los regímenes políticos con los que habitualmente se asocian los ordenamientos moralizados del llamado positivismo suave.

39. La *reductio ad Hitlerum* es una mezcla de diversas falacias (in personam, ad absurdum, ad misericordiam), al parecer, acuñada por Leo Strauss (1951, p. 206), suficientemente popular.

4.4. El poder de los nazis y su derecho: el caso del iuspositivismo abierto

La última concepción del iuspositivismo con la que podrían ser compatibles los juicios de Radbruch es la que Paulson (1994, pp. 334 y ss.) denomina el *iuspositivismo abierto* (open legal positivism). Esta es una teoría sobre el derecho y el poder (power thesis), según la cual la eficacia social de este es condición suficiente de la validez del derecho⁴⁰, con lo que son jurídicamente válidas las decisiones de quienes efectivamente gobiernan una comunidad, con independencia, por ejemplo, de la valoración moral que merezca lo dispuesto⁴¹. Al quedar el derecho validado exclusivamente por la eficacia del poder que lo respalda, la moralidad no es condición necesaria de validez jurídica.

Esta supuesta variante del iuspositivismo jurídico es una forma singular de voluntarismo jurídico que confunde poder y derecho, al presuponer que es derecho cualquier expresión del poder del gobernante independientemente de su propósito y su forma de ejercicio⁴². Lo que sostiene es que lo mandado, independientemente de su contenido o forma, es derecho. Desde mi punto de vista, esta concepción es profundamente errónea, pues desconoce algunos rasgos esenciales del derecho. El derecho se define, como sostuvieron Hart (1961, p. 256) o Fuller (1964, p. 146), por su propósito que no es otro que el de someter la conducta humana a la guía y control de reglas y este propósito condiciona necesariamente a su forma: lo que distingue el control político en general del jurídico en particular es que en este el poder se expresa mediante reglas, es decir, indicaciones con un cierto grado de generalidad –no decisiones ad hoc– sobre el tipo de comportamiento debido, públicas, prospectivas y posibles de cumplir, entre otras condiciones. Fuller (1964, p. 169), de hecho, rechazó el iuspositivismo porque lo entendía vinculado a la identificación entre control político y jurídico y consideró que la «identificación del derecho con cualquier acto imaginable de las autoridades» (officials) era la prueba evidente de que el iuspositivismo era una doctrina equivocada, pues llevaba, por ejemplo, a identificar como derecho a cualquier cosa, incluso un gruñido o gemido, siempre que esa fuera la práctica convergente de las autoridades que gobiernan (Fuller, 1969, p. 198).

40. Paulson (1994, p. 334) encuentra en uno de los primeros escritos de posguerra de Radbruch (1945) algunas alusiones a este planteamiento, más clarificadoras que las excesivamente retóricas referencias de «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal». En ese escrito, Radbruch afirma, por ejemplo, que «la teoría positivista equipara al derecho con el poder: solo hay derecho allí donde hay poder» o que «una ley es válida si en la mayoría de las ocasiones tiene poder para prevalecer».

41. A diferencia del más conocido iuspositivismo ideológico, que se definiría, según Bobbio (1954, p. 43) o Hoerster (1992, p. 16), por defender la reducción de la justicia a la validez, por afirmar que existe un deber moral de obediencia al derecho o que el derecho es siempre justo en sí, lo que el iuspositivismo abierto sostendría no es que lo dispuesto sea justo (might is right), sino que es jurídico.

42. Inicialmente originada en el ámbito teológico, el voluntarismo negó que existiese un principio inmanente que ordenaba a la voluntad al bien en tanto que su fin propio. Para voluntaristas como Duns Escoto o Guillermo de Ockham, la voluntad no está naturalmente inclinada al bien y es, como tal, indiferente a sus fines. En el ámbito filosófico político, encontramos profundas resonancias voluntaristas en la tesis hobbesiana de que *auctoritas non veritas facit legem*. Al respecto de esta identificación entre derecho y poder, Peña (2018, pp. 223-230).

Parece evidente que el nazismo jurídico incurrió manifiestamente en esta identificación: recuérdese que la voluntad del Führer, tenida por la expresión auténtica del espíritu y valores del Volk alemán, era fuente suprema del derecho en el sentido de que era irresistible y que condicionaba la validez de las demás fuentes y, en particular, de las normas de derecho escrito, lo que no puede ser más expresivo de esa errónea identificación del derecho con el ejercicio irrestricto de la voluntad del gobernante. Creo que está en lo cierto Paulson (1994, p. 335-338) cuando afirma que esta variante de iuspositivismo sí se ajusta a los hechos acaecidos durante el nazismo, al menos a los más aberrantes y rupturistas con el Estado de derecho⁴³, pero también cuando advierte que no parece que este sea el tipo de iuspositivismo que Radbruch presupuso en sus análisis de las arbitrariedades cometidas por jueces y autoridades nazis.

5. CONCLUSIÓN: UNA HISTORIA ALTERNATIVA

De todo lo anterior se sigue que la tesis de Radbruch según la cual el iuspositivismo habría sido el brazo ejecutor jurídico y judicial del nazismo fue una afirmación un tanto gruesa⁴⁴. Ni los juristas que actuaron como secuaces del nazismo fueron iuspositivistas, ni tampoco habrían podido serlo, porque la tarea que se esperaba que llevaran a cabo era incompatible con los planteamientos teóricos del iuspositivismo y con los compromisos éticos por los que muchos sostienen esa doctrina⁴⁵.

Fue, además, un error de dimensiones históricas. Como comenté al inicio de este artículo, las lecturas *radbruchianas* del nazismo jurídico influyeron de un modo significativo en los debates iusfilosóficos posteriores. De las tesis de Radbruch se sigue que la respuesta iusfilosófica apropiada al nazismo es la rehabilitación de la idea de justicia en la reflexión y la práctica jurídicas y el estrechamiento de los lazos entre el derecho

43. Al respecto, Paulson encuentra la justificación de esa conclusión en el análisis que hace Radbruch del caso de Puttfarcken, un funcionario de justicia que fue condenado tras la guerra por haber denunciado durante la guerra a Göttig, un comerciante alemán que había escrito en un aseo «Hitler es un asesino de masas y culpable de la guerra». El análisis de este caso puede encontrarse en Radbruch (1946, pp. 23-30).

44. Como señala Meierhenrich (2018, p. 4), hay abundantes evidencias microhistóricas que contradicen la argumentación macrohistórica de Radbruch a propósito de la naturaleza del derecho nazi. A juicio de este autor, Radbruch habría confundido el problema de la naturaleza del derecho con la cuestión de su práctica profesional. Su fórmula, revestida con la solemnidad del momento en que fue manifestada, allanó el camino a representaciones reduccionistas del derecho nazi.

45. En ese sentido también, Morris (2016, p. 652), para el que, aunque el giro iusnaturalista de Radbruch es interesante desde un punto de vista iusfilosófico, su acusación al iuspositivismo fue simplemente errónea: la doctrina jurídica nazi fue antipositivista y el positivismo jurídico ni inspiró ni guió las decisiones de los jueces durante el nazismo. Un excesivo énfasis en las cuestiones iusfilosóficas y en la confrontación entre tesis iusnaturalistas e iuspositivistas pudieron explicar que otros, muchos años después, aún perseveraran en este error y que ignoraran los descubrimientos historiográficos. De hecho, la acusación pudo explicarse porque Radbruch, inmerso en un proceso de autocritica y revisión de su propia concepción sobre el derecho y la justicia, imputó al nazismo jurídico algunos errores y excesos de sus planteamientos iusfilosóficos de preguerra. A la pregunta de si Radbruch habría llegado a una conclusión distinta si hubiera tenido más información sobre la realidad del nazismo judicial, Morris (p. 671) responde negativamente.

y la moralidad. El éxito de este planteamiento está entre las causas que explican el interés por las condiciones de racionalidad del discurso jurídico y, en general, de los intentos de rehabilitación de la razón práctica en el razonamiento jurídico de las últimas décadas⁴⁶. La rehabilitación de la idea de justicia en el derecho está también entre las causas de la rematerialización moral de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados acaecida en la segunda mitad del siglo xx. Las tesis de Radbruch son coherentes con la preferencia por una constitución rematerializada —es decir, que contenga numerosas referencias a valores morales y principios de justicia— y garantizada jurisdiccionalmente, incluso frente a la legislación, como la respuesta más adecuada a la arbitrariedad legal y a las experiencias autoritarias⁴⁷. Y, efectivamente, esa ha sido la respuesta político-constitucional dispuesta para frenar el auge de gobiernos inicuos⁴⁸.

Sin embargo y pese a que los hechos han demostrado que esa ha sido una solución adecuada, no es la solución que se siga necesariamente de la experiencia nacionalsocialista. Es más, de esta experiencia podría seguirse *justo la solución contraria*, lo que demuestra lo improcedente del argumento de quien pretende fundamentar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes o la materialización de las constituciones con el argumento de que así se mitigan los riesgos de una deriva autoritaria de la legislación, *como atestigua la experiencia nazi*. Porque ¿qué habría sucedido si Radbruch no se hubiese equivocado en su descripción del derecho nazi y si no hubiese dicho lo que dijo y, en su lugar, hubiese escrito que «por doquier se entabla la lucha contra el iusnaturalismo que promueve la arbitrariedad del gobierno en nombre de una supuesta moral suprallegal» o que «donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la seguridad jurídica, donde la certeza, que constituye la médula del derecho, es negada claramente en nombre de un ideal moral superior, allí el gobierno es injusto porque carece de toda naturaleza jurídica»?

Imaginemos, en un ejercicio de *altertopía iusfilosófica*, cómo se habrían diseñado y fundamentado nuestras instituciones si inicialmente en lugar de atribuir al iuspositivismo y a la aplicación neutral de la ley la responsabilidad por las aberraciones criminales del nazismo, se hubiese atribuido a la confusión entre derecho y moral, a la subordinación de la legalidad formal a la ideología y a la habilitación cursada a los jueces para resolver de acuerdo a criterios tan vaporosos como el espíritu del pueblo, los sanos sentimientos populares, etcétera. Alguien quizás habría sugerido la necesidad de protegerse no de jueces a los que su compromiso con la legalidad habría vuelto

46. Tampoco hay que olvidar que los tribunales alemanes utilizaron la fórmula Radbruch para privar de validez a diversas leyes y sentencias dictadas durante el tiempo en que los nazis estuvieron en el poder, primero, y después, a disposiciones del régimen comunista de la extinta República Democrática Alemana. Al respecto, Alexy (2001, pp. 77-81 o 2000).

47. Por ejemplo, Ferrajoli (2001, pp. 40 o 52 y ss.), Fioravanti (1995, p. 127) o Alexy (1986, pp. 503 y ss. o 2001).

48. Al respecto, por cierto, Radbruch (1946, p. 43) fue prudente y quizás no suscribiría algunos excesos frecuentes en la actualidad. No hay que olvidar que dejó escrito que «frente a la arbitrariedad legal de aquellos pasados doce años debemos buscar de realizar las pretensiones de la justicia con la menor mengua posible de la seguridad jurídica. No todo juez debería estar autorizado para decretar por su cuenta la nulidad de la ley; esta tarea debería estar reservada más bien a un alto tribunal o a la legislación».

moralmente insensibles, sino de jueces *demasiado comprometidos*, es decir, de jueces activistas al servicio de proyectos ideológicos y dispuestos a actuar de cualquier modo que facilite su realización con independencia de que al hacerlo se pongan en serio peligro a la legalidad⁴⁹. En ese marco, quizás alguien habría sugerido que el modo de evitar nuevos episodios autoritarios y criminales exige garantizar la autoridad de las normas emanadas de un órgano democrático representativo, en las que de modo general, prospectivo, público, etcétera se estableciesen los deberes de los ciudadanos y el modo de ejercer sus derechos y, todo ello, conforme a una constitución moralmente aligerada, para evitar así los excesos ideológicos y entusiasmos moralistas de gobernantes visionarios que reclamasen que ellos y solo ellos tienen la clave de la lectura moral de la constitución, no fuera a ser que alguno pretendiera realizarla menoscabando la libertad y seguridad –relativas, pero ciertas– que ofrece el gobierno democrático de las leyes. No conviene olvidar que la solución contraria, es decir, la que difumina la separación entre el derecho y la moral y permite a los jueces una lectura moral del derecho, es una solución cuya *mecánica* –que no su *combustible*, si se me permite el símil automovilístico– reproduce algunos rasgos del modelo de derecho nacionalsocialista⁵⁰, un modelo que no estaba claramente descrito en el momento en que Radbruch afirmó que el problema fue que los jueces quedaron inermes ante las leyes moralmente inicuas, cuando el problema fue más bien que los jueces se convirtieron en *comisarios políticos, custodios de una moral aberrante, que privó a los individuos de los beneficios del gobierno de las leyes*.

Por lo tanto, habilitar a los jueces constitucionales a hacer una lectura moral de la constitución y sus principios no es la conclusión institucional que se sigue de un análisis riguroso de los *vicios* del nazismo jurídico. Proponer más legalidad y que los jueces estén más rigurosamente sometidos a los dictados del legislador democrático no es tampoco una solución vetada por la experiencia nazi.

Por último, me parece importante subrayar que cuando se promueve una vinculación más estricta de los jueces a las normas que la que resulta de algunas variantes moralizadas de constitucionalismo, no se hace porque el derecho sea así, sino porque ese arreglo institucional es moralmente preferible a otro alternativo que apostase por confiar en la capacidad de los jueces para resolver conforme a una moralidad más o menos difusa. El fundamento de esa preferencia hay que buscarlo en la convicción de que la legalidad,

49. Esta conclusión goza de cierto respaldo histórico: según el análisis de Morris (2016, p. 670), los casos de resistencia judicial al nazismo y, en concreto, a su programa eugenésico, nos enseñan que «la espada que un juez pudo blandir frente al crimen de Estado y que el Estado hubiera tenido que esquivar, fue el derecho positivo. La lección evitada por Radbruch». La tesis fundamental de Meierhenrich (2018), también es esta: subsistieron reminiscencias del Estado de derecho durante el nazismo y el balance de esa pervivencia, aunque pobre, es positivo. Las prácticas asociadas a la legalidad fueron como islotes en los que, temporal y precariamente, pudieron guarecerse algunas de las víctimas de los nazis, rodeadas por un amenazante océano de excesos éticos.

50. Un planteamiento similar el de Stolleis (1994, p. 10), para el que cuando los partidarios del iusnaturalismo señalaron a los iuspositivistas como responsables del *desastre jurídico y judicial* que supuso el nazismo, obviaron que estaban usando los mismos argumentos que con los que los nacional-socialistas se habían opuesto antes al iuspositivismo, aunque bajo una bandera política distinta.

como tal, es portadora de unos valores morales específicos⁵¹ –control de la violencia y la arbitrariedad, limitación del poder, capacidad para la acción libre de las personas, independencia frente al poder de los otros–, incompatibles con mecanismos de control social degenerados como los nacionalsocialistas⁵². Vista la *densidad moral del llamado derecho nazi*, es posible afirmar que no fue la separación entre derecho y moral lo que propició las atrocidades de los nazis, sino si acaso la ignorancia de que *el derecho es, por su forma, portador de una moralidad específica*, que fue vulnerada cuando el gobierno del derecho fue suplantado por el de la moral degenerada de Hitler y sus antilegalistas secuaces.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GARCÍA, Edgar, 2017: Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica. México: Tirant lo Blanch.
- ALEXY, Robert, 1986: Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert, 2000: Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa*, 23, pp. 197-230.
- ALEXY, Robert, 2001: Una defensa de la fórmula Radbruch. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, págs. 75-96.
- BOBBIO, Norberto, 1954: Teoría General del Derecho. Madrid: Debate, 1991.
- BOBBIO, Norberto, 1965: Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Milán: Edizioni di Comunità.
- BULYGIN, Eugenio, 2006: El positivismo jurídico. México: Fontamara.
- CAMPBELL, Tom, 2004: Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy. Londres: UCL Press.
- COING, Helmut, 1961: Fundamentos de Filosofía del Derecho. Barcelona: Ariel, 1976
- COLEMAN, Jules, 2001: The Practice of Principle. Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, Jules, 2001: [ed.]. Hart's Postscript. Oxford: Hart Publishing
- COLEMAN, Jules y Leiter, Brian, 2010: Legal Positivism. En Patterson, Denis (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2ª ed. West Sussex: Wiley-Blackwell.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu y Tajadura Tejada, Javier, 2018: Kelsen versus Schmitt. Madrid: Guillermo Escobar.
- DYZENHAUS, David, 2000: Positivism's Stagnant Research Programme. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, nº 4, pp. 703-722.
- DYZENHAUS, David, 2010: Hard Cases in Wicked Legal Systems. Oxford: Oxford University Press.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, 2000: Positivism jurídico y moral interna del derecho. Madrid: CEPC.

51. Al respecto, Fuller (1969) o Dyzenhaus (2000) o Aguilera (2017, pp. 67 y ss.) también suscriben la tesis de la dimensión moral de la legalidad. Desarrollo ese tema en Peña (2018, pp. 151-199). Un planteamiento de referencia muy elaborado es el de Escudero Alday (2000), cuya exploración sobre las dimensiones morales de la legalidad, sin embargo, no logra, a mi juicio, superar el marco instrumentalista característico de las concepciones formales del Estado de derecho iuspositivistas.

52. Sobre este punto, Fuller (1958, p. 650-660 y 1964, p. 107) y Rundle (2009).

- ESCUADERO ALDAY, Rafael, 2004: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*. Madrid: Thomson-Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi, 2001: Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- FIORAVANTI, Maurizio, 1995: Los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 1996.
- FRAENKEL, Ernst, 1941: *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FÜBER, Klaus, 1996: Farewell to Legal Positivism: The Separation Thesis Unravelling. En George, ed.) 1996.
- FULLER, Lon, 1958: «Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart» en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 630-672.
- FULLER, Lon, 1964: *The Morality of Law*. 1ª ed. New Haven: Yale University Press
- FULLER, Lon, 1969: *The Morality of Law*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 1991: Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII,, 1991), pp. 341-364.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2016: «Introducción» en Ruthers (1988).
- GARDNER, John, 2001: Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, pp. 199-227.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto [comp.], 1985: *Derecho y filosofía*. Barcelona/Caracas: Alfa.
- GREEN, Leslie, 2008: Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *New York University Law review*, vol. 83, pp. 1035-1058.
- GEORGE, Robert P., 1996: *The Autonomy of Law*. Oxford, Clarendon Press.
- HART, Herbert L. A., 1958: Positivism and the Separation of Law and Morals. En *Harvard Law Review*, 71, 4, pp. 593-629.
- HART, Herbert L. A., 1961: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HART, Herbert L. A., 1994: *Post Scriptum íntegro al Concepto de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma.
- HENKEL, Heinrich, 1964: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968.
- HIRVONEN, Ari, 2010: Total Evil. En Ari Hirvonen y Janne Portttikivi (eds.), *Law and Evil. Philosophy, Politics and Psychoanalysis*. Abingdon: Routledge.
- HOERSTER, Norbert, 1992: *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- HORN, Norbert, 2002: Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 1, pp. 77-94.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto, 2008: *Una metaética del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- KAUFMANN, Arthur, 2000: El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él. En Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. *Las razones del derecho natural*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- LARENZ, Karl, 1935: Volksgesit und Recht: Zur Revision der Rechtsanschauung der Historischen Schule. *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1, pp. 39-60.
- KRAMER, Matthew, 2004: *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil, 1992: *Natural Law and the Separation of Law and Morals*. En George, Robert P. (ed.) *Natural Law Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MEIERHENDRICH, Jens, 2018: *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*. Oxford: Oxford University Press.
- METALL, Rudolf, 1969: *Hans Kelsen. Vida y obra*. México: Coyoacán, 2010.
- MORESO MATEOS, Josep Joan, 2002: En defensa del positivismo jurídico inclusivo. En Cristina Redondo, M. C. y Navarro, P. (eds.). *La relevancia del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- MORRIS, Douglas, 2016: Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch after the War. *Law and History Review*, vol. 34, pp. 649-688.
- NEUMANN, Franz, 1994: Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo, 1933-1945. Barcelona: Anthropos, 2014.
- PAULSON, Stanley L., 1994: Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the 'Positivist' Theses. *Law and Philosophy*, 13, pp. 313-359.
- PAULSON, Stanley L., 1995: Radbruch in Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views. *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, pp. 489-500.
- PEÑA FREIRE, Antonio, 2018: Legalidad y orden jurídico. Barcelona: Atelier.
- RADBRUCH, Gustav, (1945) Five Minutes of Legal Philosophy. En *Philosophy of Law*, Feinberg, Joel y Gross, Hyman (4ª ed.). Belmont: Wadsworth Publ. Co., 1991.
- RADBRUCH, Gustav, 1946: Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- RAZ, Joseph, 2009: The Authority of Law. Oxford: Oxford University Press.
- ROBLES, Gregorio, 2014: Hans Kelsen. Vida y obra. Cizur Menor: Civitas.
- ROETTER, Friedrich, 1945: The Impact of Nazi Law. *Wisconsin Law Review*, pp. 516-562.
- ROMMEN, Heinrich, 1959: Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany. *Natural Law Forum*, nº4, pp. 1-25.
- RUNDLE, Kristen, 2007: «The Impossibility of and Exterminatory Legality: Law and the Holocaust» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, núm. 1, pp. 65-125.
- RÜTHERS, Bernd, 1988: Derecho degenerado. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- SCHMITT, Carl, (1936) Kodification oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung. *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 40 (1935), pp. 924-925.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, 1989: Totalitarismo y Derecho natural. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 75, 1989-1990, pp. 991-1000.
- SHAPIRO, Scott, 2001: On Hart's Way Out. En Coleman [ed.]. 2001.
- STOLLEIS, Michael, 1994: The Law under the Swastika. Chicago: Chicago University Press.
- STOLLEIS, Michael, 2007: Law and Lawyers Preparing the Holocaust. *Annual Review of Law and Social Science*, 2007-3, pp. 213-231.
- STOLLEIS, Michael, 2014: Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI), Madrid: Marcial Pons, 2018.
- STRAUSS, Leo, 1951: «The Social Science of Max Weber» en *Measure. A Critical Journal*, vol. 2, nº 2.
- TAMMELO, Ilmra, 1977: Der Kampf um die Rechtsphilosophie. En *Thesaurus Acroasium*, vol. IV (Modern Problems of International Law and the Philosophy of Law. Miscellanea in honour of Professor D. S. Constantopoulos) Tesalónica, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, pp. 511-513
- WALDRON, Jeremy, 1999: The Dignity of Legislation. Cambridge: Cambridge University Press.
- WALDRON, Jeremy, 2001: «Normative (or ethical) Positivism» en Coleman [ed.]. (2001).
- WELZEL, Hans, 1962: Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid: Aguilar, 1971.

