

La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt

DANIEL RAFECAS*

La historia del Derecho (...) muestra (...) qué grandes son los peligros que amenazan al Derecho y a la Justicia de parte del poder y sus portadores, porque los oportunistas se ponen siempre a disposición del poder, dispuestos a la traición al Derecho y a la Justicia.

EBERHARD SCHMIDT, 1961

EL ASCENSO DEL PENSAMIENTO Y LA FIGURA DE CARL SCHMITT DURANTE EL PERÍODO DE WEIMAR

Carl Schmitt (1888-1985) fue un jurista alemán de extracción católica y de reconocido prestigio en círculos académicos conservadores ganado en las primeras décadas del siglo XX, que adhirió en forma relativamente temprana al nazismo afiliándose al partido el 1º de mayo de 1933,¹ y luego fue designado por el régimen hitleriano –entre otros cargos– como catedrático de Derecho Público en la Universidad de Berlín en octubre de 1933, puesto en el que permaneció en forma ininterrumpida hasta mayo de 1945.

Durante la vigencia de la República de Weimar (1919-1933), entre otras obras, Schmitt publicó títulos tales como *La situación espiritual del parlamentarismo actual* (1923), *El concepto de lo político* (1927) y especial-

* Juez Federal. Doctor en Derecho Penal (UBA). Profesor regular, titular del Seminario de posgrado sobre Derecho y Holocausto (Facultad de Derecho, UBA).

¹ Carl Schmitt, ciudad de Colonia (en donde era aun Profesor, luego en octubre de ese año se mudaría a Berlín para asumir la cátedra en la Universidad y diversos cargos en el Partido y el Estado), miembro de número del NSDAP 2-098-860 (FRIEDLÄNDER, 85).

mente, su *Teoría de la Constitución*, editada por primera vez en 1928, que tuvo gran repercusión nacional e internacional; a la que le siguió la igualmente importante obra *Legalidad y Legitimidad* (1932).

La obra científica de Schmitt hasta ese entonces se inscribió en una larga lista de trabajos de autores de Derecho Público enrolados francamente en el más profundo antiliberalismo que, en la Alemania posterior a la Primera Guerra Mundial, encontraron un fermento propicio para difundir sus invectivas antidemocráticas debido al desprestigio que ostentaban el parlamentarismo y las demás instituciones de la República de Weimar entre las elites políticas y económicas y también en buena parte de la clase media.

La obra de Schmitt previa a que el nazismo acceda al poder en Alemania lo muestra como un autor con una clara impronta antidemocrática. En un ensayo de 1932, comparaba despectivamente a los ciudadanos con derecho al voto con *ovejas* que en tiempo de elecciones son llevadas por los partidos políticos “*al corral de sus listas*”, al tiempo que describía a la democracia liberal y al pluralismo como “*un desatino fantástico*”.²

En cambio, se mostraba abiertamente partidario de “*una jefatura libre, fundada carismáticamente, caracterizada racialmente*”, para lo cual resultaba mucho más propicio el *Estado de excepción*, ámbito sobre el cual Schmitt le atribuía legitimidad al Soberano; como se advierte fácilmente, esta literatura favorecedora de la erección del Estado autoritario pronto se vería cristalizada en la figura y el pensamiento de un *Führer*.

En aquel entonces, “...se veneraba la estética de un Estado jerárquico-antidemocrático, un Estado que separado de intereses sociales (‘anarquistas’) encarnara la unidad, el poder y la decisión. Toda la literatura de Schmitt, ya antes de 1933, está signada por el endiosamiento de un orden estatal poderoso y por la decisión (...) Se demandaba la gran orientación, el ‘liderazgo’ que pudiera conducir fuera de la miseria espiritual de la época”.³

En tal contexto, hacia 1932, el movimiento nacionalsocialista era visto como una propuesta no sólo de restauración conservadora, sino especialmente como la única alternativa a lo que en aquel entonces parecía

² RÜTHERS, 64.

³ RÜTHERS, 49.

inexorable: el acceso al poder en Alemania de los sectores de izquierda, escenario que acercaba al país a la caída en un régimen comunista al estilo del bolchevique impuesto en el ex Imperio Ruso una década antes.

Podría decirse que este *espanto* de la burguesía en Alemania ante el fantasma del comunismo, en un ambiente de humillación nacional por los duros términos impuestos por los vencedores y enmarcado en una situación de colapso económico con cifras de desempleo e inflación nunca antes vistas, es lo que explica el *viraje*, incluso antes de que Hitler acceda al poder, de buena parte de la *intelligentsia* alemana hacia posturas más reaccionarias, incluso radicales, de la cual los juristas, profesores de Derecho y magistrados judiciales eran una suerte de avanzada intelectual de gran influencia.

Así, el ámbito del Derecho –especialmente, el sistema de administración de Justicia– potenció en aquellos años lo que podría considerarse como un rol garantizador del *statu quo*, es decir, de la conservación de los privilegios de clase y de las vigentes relaciones de poder frente a la amenaza de un cambio sustancial propiciado por la clase obrera y los círculos políticos e intelectuales que la apoyaban, nucleados especialmente en el partido comunista y en la socialdemocracia.

Fue así que, con el acceso de Hitler al poder el 30 de enero de 1933, esta tendencia en los ambientes académicos se potenció y reorientó en apoyo explícito del nuevo panorama político que se abría de la mano de la *revolución nacionalsocialista*, generando un entusiasmo que no se limitó al común de los profesores de Derecho, sino que “la elite más altamente calificada profesionalmente ofreció gustosa su capacidad; algo más: muy a menudo lo hizo con verdadero júbilo al servicio del nuevo Estado (...) con pasmosa regularidad, en 1933 o después de ese año, gran parte del profesorado especialmente calificado se dejó tomar por el ‘espíritu nacionalsocialista’ en la medida en que ellos no estuvieron en oposición a los nuevos dueños del poder”.⁴

En esta vanguardia intelectual de cuño reaccionario destacó el gran académico del Derecho Político, Carl Schmitt.

Según Zarka, “...la adhesión de Schmitt al nazismo ha sido tan consciente y profunda, que no es posible estudiar sus textos jurídico-políti-

⁴ RÜTHERS, 37.

cos (...) poniendo entre paréntesis su compromiso a favor de los principios nazis y el crédito que ha aportado a las peores leyes del régimen de Hitler...", máxime cuando "...Schmitt nunca ha criticado sus opciones del período nazi y que, al contrario, ha trabajado para proporcionales una justificación *a posteriori*..."⁵

En el mismo sentido se pronuncia Rùthers, para quien el período nacionalsocialista de Schmitt "...corresponde al *cenit* de su carrera académica y sus actividades jurídico-políticas entre sus 45 y 57 años de edad. Él fue profesor en Berlín, consejero de Estado prusiano, editor del *Diario de los Juristas Alemanes*, inspector de núcleo del grupo de profesores del *Reich* en la asociación de guardianes del Derecho nacionalsocialista, miembro de la Academia de Derecho alemán, protegido por Göring y Hans Frank".⁶

Schmitt ya en 1933 sostenía que los principios del nacional-socialismo debían reputarse válidos en todo momento y situación, para la aplicación y administración de patrones generales de conducta, ya sea por medio del juez, del abogado o del profesor de Derecho, reduciendo de este modo a estos actores, al juez particularmente, en funcionarios policíacos.⁷

EL CONTRASTE DE SCHMITT CON UN JURISTA PERSEGUIDO POR DEMÓCRATA Y POR JUDÍO: HANS KELSEN

Durante las décadas previas a que se concretara el acceso del nacionalsocialismo al poder en Alemania, la contienda escolástica entre *ius-naturalistas* y *positivistas* estaba entrando en el ocaso en favor de esta última doctrina, de la mano de la estrella de un jurista de la talla de Hans Kelsen (1881-1973), quien para la época de esplendor del "*círculo de Viena*",⁸ impuso sus postulados en sucesivas obras, que finalmente

⁵ ZARKA, 18.

⁶ RÜTHERS, 53.

⁷ NEUMANN, 492-493.

⁸ Que lideraba el filósofo Moritz Schlick (que fuera asesinado en Viena en 1936) e integraban entre otros, Otto Neurath (que emigró en 1934 a Bélgica y luego a Gran Bretaña) y Rudolf Carnap (que emigró a Estados Unidos en 1935). La contemporaneidad de Kelsen con el círculo de Viena no lo alejó de sus raíces kantianas y neo-kantianas de la Escuela de Marburgo, y fue más lo que aportó Kelsen -con su renombre internacional- al círculo de Viena, que lo que éste influyó sobre aquél; sobre este

condensaron en su *Teoría pura del Derecho* (1934), aceptada en los círculos académicos de las ciencias jurídicas como un producto moderno y superador de las anticuadas doctrinas justificantes del absolutismo y del solapamiento entre moral, religión y derecho.⁹

Esta teoría difundida desde Europa central declaraba, precisamente a comienzos de los años treinta del siglo pasado, que no había diferencia conceptual entre Estado y Derecho, pues sólo cabía concebir un único Derecho, al cual el propio Estado también estaba sometido.

Aunque bien sabemos el espíritu liberal que impulsaba al gran jurista vienés –pues identificaba la democracia con el sistema parlamentario y rescataba de ella su carácter de vehículo formal tendiente a la toma de decisiones prescindiendo de sistemas de valores universalmente aceptados–, la historia se encargaría de demostrar que, tal como acontecía con el iusnaturalismo,¹⁰ tampoco el *positivismo jurídico* de Kelsen contenía los anticuerpos necesarios para evitar que el terror se adueñara del poder estatal sin poder deslegitimarlo desde la teoría normativa.

Así lo sostiene Franz Neumann, para quien si bien “...una doctrina demoleadora [en atención a sus argumentos lógicos] puede ser un instrumento útil en el análisis científico, no puede servir de base para la acción política. Además, la teoría pura del derecho comparte los defectos del positivismo lógico y de toda otra ‘teoría pura’: su inocencia es virginal. Al excluir de su consideración todos los problemas relativos del poder político y social, prepara el camino al decisionismo, a la aceptación de

particular Carlos Cárcova ha afirmado que, en aquellos años, “...las influencias filosóficas del Círculo de Viena y del positivismo lógico, no tuvieron gran relevancia en su pensamiento...” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.).

⁹ Define Cárcova a este trabajo de Kelsen como su obra capital, “en cuya denominación queda esbozado el programa teórico que alienta, construir una ciencia del derecho capaz de alcanzar una autonomía disciplinar que expulse de su objeto propio los lastres de la metafísica, la axiología y la ideología” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.).

¹⁰ Hubo también intentos de juristas adictos al régimen de rehabilitar la vigencia del *derecho natural* para fundamentar la emergencia del Estado totalitario, como el caso de Hans J. Wolff y su trabajo *La nueva forma de gobierno del Reich alemán*, de 1933, en el que exclamaba “¡Entramos en una nueva época jusnaturalista!” y argumentaba que en la crisis del pensamiento jurídico los datos habían caído “a favor de la naturaleza”; sólo que las normas adecuadas ya no debían deducirse “...de la naturaleza del hombre [...] sino de la naturaleza de la peculiaridad del pueblo (de los pueblos) como dato natural y resultado histórico” (citado en MARCUSE, 101).

las decisiones políticas cualquiera sea su origen y contenido, con tal que haya tras ellas un poder suficiente. La teoría pura del derecho ha hecho tanto como el decisionismo para minar cualquier sistema de valores universalmente aceptable".¹¹

En el mismo sentido expresa Cárcova: "Es cierto que la teoría kelseniana, al excluir todo juicio de valor, aun el que pueda construirse comunicativamente en un proceso de intercambio dialógico, parece fincar la viabilidad social de un orden dado, exclusivamente en su eficacia, lo que conlleva el riesgo de que cualquier forma de ejercicio del poder social resulte legitimada".¹²

Como en toda tragedia, el desenlace lo alcanzó al propio protagonista, perseguido por los nazis en varias universidades europeas.

En efecto, Hans Kelsen enseñaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, cátedra que debió resignar en 1930 debido al clima antisemita que imperaba en los claustros.

Así, aceptó la convocatoria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, en la Alemania de la República de Weimar, y en agosto de 1930 fue designado allí como Profesor ordinario para Derecho Público, Teoría del Estado y Filosofía del Derecho.

En 1932, fue elegido Decano de la Facultad.

En esa calidad, Kelsen recibió a un nuevo integrante del cuerpo docente de su Facultad: Carl Schmitt.

Con el advenimiento del régimen nazi, bajo el amparo del *estado de excepción* desplegado, y merced al trabajo de juristas favorables a la expansión del poder estatal, a comienzos de abril de 1933, la "*cláusula aria*" de la "*Ley del Servicio Civil*" obligó a la expulsión de jueces, abogados y profesores universitarios judíos de sus actividades, así como del resto de la administración pública.¹³

¹¹ NEUMANN, 67-68.

¹² CÁRCOVA, pp. 81 y ss. Agrega el autor a continuación: "No es menos cierto, que la formulación de la teoría y la rigurosidad de su autor, constituyeron un ariete para desmoronar mitos y esencialismos, funcionales para encubrir despotismos, que sus ideas de libertad y tolerancia democrática, siempre repudiaron".

¹³ Es célebre la interpretación ampliatoria ideada y reglamentada por un rector para así también alcanzar con la expulsión a los becarios universitarios: la Universidad, era la de Friburgo. El rector, el famoso filósofo, autor de *Ser y Tiempo*, Martín Hei-

Con la puesta en vigor de esta legislación, Kelsen fue el primer profesor destituido de su cargo y despojado de su cátedra en su Facultad.¹⁴

Señala Rùthers que su expulsión, dispuesta el 13 de abril de 1933, lo sorprendió en una gira académica por Suecia y tuvo que informarse por la prensa de su destitución como Decano y del retiro obligado, al regreso de su viaje.

Las razones alegadas lo sindicaban como “judío y marxista”.¹⁵

Hoy sabemos de las reacciones favorables que tuvo esta legislación discriminatoria en los juristas funcionales al régimen, como fue el caso de Carl Schmitt, quien entre otras actitudes similares, se negó a firmar una carta en solidaridad con su colega en la Facultad de Derecho en Colonia, Hans Kelsen.

Sostiene al respecto Villar Borda que “...una de las acciones más innobles cometidas por Carl Schmitt en ese tiempo de bajezas fue su comportamiento con Hans Kelsen. Éste, como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, lo había convocado como profesor, a pesar de las ardientes polémicas que los enfrentaron como profesores...”

Tras la expulsión de Kelsen de todos los cargos en esa Facultad por el régimen nazi, debido a su condición de judío y demócrata liberal, “...Schmitt se negó a firmar la carta comedida en que sus colegas pedían la revocación de esa orden ministerial y, por el contrario, justificó inmediatamente la medida contra Kelsen y todos los judíos o profesores

degger. Acerca del papel cumplido por Heidegger, especialmente en los primeros años de la Alemania nacionalsocialista, como Rector en Friburgo, ver FARÍAS, pp. 193 y ss.

¹⁴ RÜTHERS, 72.

¹⁵ Ídem, p. 69. El 11 de septiembre de 1933 Kelsen fue definitivamente despedido. Partió al exilio, rumbo a Ginebra, enseñó Derecho luego en Praga, entre 1936 y 1938, pero de allí también tuvo que huir por las persecuciones antijudías. Finalmente, se trasladó a los Estados Unidos, desde donde había recibido varias invitaciones. Cárcova nos da los detalles: Kelsen “Enseña primero en la *New School for Social Research* [en Nueva York, ámbito académico que albergó –entre otros– a los emigrados alemanes de la Escuela de Frankfurt]; luego, en 1941, ingresa como Profesor visitante en Harvard, con el apoyo de Roscoe Pound. Este último, más tarde, le sugiere trasladarse a California para enseñar en la prestigiosa Univ. de Berkeley, donde en 1945 consigue una plaza definitiva y obtiene la ciudadanía norteamericana” (CÁRCOVA, pp. 81 y ss.). Kelsen, desde los Estados Unidos, participó activamente contra el Régimen nazi (HILBERG [1993], 234).

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

‘no arios’, como forma de ‘purgar’ las universidades alemanas. Así consta en las publicaciones de esos días”.¹⁶

En efecto, unos días después, el 12 de mayo de 1933, escribía en el periódico nazi *Westdeutscher Beobachter* un artículo con claras connotaciones antisemitas:

“Las nuevas determinaciones sobre funcionarios, médicos y abogados, limpian la vida pública de elementos extranjeros no arios (...) En este grande y profundo, pero al mismo tiempo interno proceso de cambio(...) nada heterogéneo debe entrometerse. Él nos *perturba*, aunque sea con buena intención, en una forma dañina y peligrosa. Nosotros aprendemos sobre todo a diferenciar entre *amigo* y *enemigo*”.¹⁷

Unas semanas después, en una nota dedicada a meditar la situación de los intelectuales en el *Tercer Reich*, publicada el 31 de mayo de 1933 en un diario nazi, Schmitt consideraba a los académicos que partían al exilio:

“vomitados para todos los tiempos de Alemania”.¹⁸

Vale la pena citar aquí a Manuel Rivas, quien también destacó el contraste entre Schmitt y Kelsen: “Hubo quien tuvo el valor de decir que no. Por ejemplo, en el campo jurista, el valeroso Hans Kelsen, con quien Schmitt había polemizado sobre la democracia parlamentaria, y que, proscrito, con el estigma de ‘enemigo’, siguió defendiendo la libertad en el exilio. Hubo quien ejerció al menos la resistencia del silencio ante la aplastante maquinaria totalitaria. Schmitt, no. Al contrario. Su aportación a la ascensión del nazismo fue entusiasta y sistemática, y lo fue en el período decisivo, entre 1933 y 1936”.¹⁹

EL PERÍODO NACIONALSOCIALISTA DE CARL SCHMITT

Debe enmarcarse esta cuestión, en la amplia adhesión prestada al nazismo desde todos los ámbitos científicos, desde la física y la medicina hasta la antropología y las demás ciencias sociales.

¹⁶ VILLAR BORDA, p. 17

¹⁷ RÜTHERS, 75.

¹⁸ RÜTHERS, 75.

¹⁹ RIVAS, op. cit.

Es más, se ha dicho con toda razón que “[l]as contribuciones de la literatura especializada y la adhesión hacia los nuevos gobernantes por parte de destacados representantes de *todas* las facultades y disciplinas científicas fueron verdadera legión en esa época”.²⁰

En este marco de amplia aceptación del *nuevo Estado* en el mundo de las ciencias, y respecto de la función del Derecho en la nueva realidad que vivía Alemania, el propio Hitler dejó en claro su pensamiento públicamente apenas asumido, al dirigirse al Parlamento, oportunidad en la que manifestó que *el Derecho debía*:

“Servir, en primer lugar, al mantenimiento de esta comunidad nacional”.

Articulada a través del Estado y encarnada en la persona del *Führer*, por lo cual:

“El individuo no puede ser el centro de los cuidados de la ley, sino el pueblo”.²¹

A la vez que exhortaba a los expertos en Derecho, en una conferencia especial celebrada el 4 de octubre de ese año, a:

“Mantener la autoridad de este Estado totalitario”.²²

En sintonía con ello, un amplísimo número de académicos del Derecho –muchos convencidos, aunque tampoco faltaron algunos arribistas y oportunistas en busca de ascensos o promociones– se dedicaron desde el mismo día de asunción del poder por parte de Hitler, a producir y difundir en publicaciones especializadas y libros específicos, lo que desde un comienzo podía definirse como una *teoría del Derecho* y una *teoría del Estado* nacionalsocialistas, cuyo efecto inmediato pero no menor estaba dirigido claramente a legitimar y racionalizar las insólitas iniciativas legislativas desplegadas por el nuevo régimen.

Así, en primer lugar, debemos convocar aquí a Carl Schmitt, quien en diciembre de 1933, año que había visto ascender y consolidar a Hitler

²⁰ RÜTHERS, 66.

²¹ BRACHER, 22.

²² NEUMANN, 69.

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR
EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

en el poder en Alemania, publicaba su influyente ensayo “*Estado, movimiento, pueblo*”, en el que el pueblo es definido como una *comunidad racial*, en perfecta sintonía con el corazón de la ideología nacional-socialista.²³

En esta obra, Schmitt sostenía entre otros conceptos similares, que:

“El contacto permanente e indudable que existe entre el *Führer* y los que le siguen como así también su fidelidad recíproca, se basa en la igualdad genérica...” -es decir, la identidad de pueblo y raza- “...Sólo esta igualdad puede evitar que el poder del *Führer* se convierta en tiranía y arbitrariedad...”²⁴

En 1934, su estrella estaba en pleno ascenso en el universo nazi, en especial en el ámbito de protección del *viceführer* Göring, y se lo designa director del órgano oficial del derecho nazi, la *Deutsche Juristenzeitung* “donde publica numerosos artículos que avalan las peores leyes nazis”.²⁵

Ese año, sostendría de modo general en sus obras que el “*espíritu del nacionalsocialismo*” debía considerarse como una suerte de norma no escrita del ordenamiento jurídico, una especie de fuente supralegal del derecho, y este espíritu latía subyacente en el *orden del pueblo* fundado sobre la base de la *igualdad racial*.

Sobre esta base, Schmitt alegaba:

“La totalidad del derecho alemán actual (...) tiene que estar exclusiva y únicamente guiada por el espíritu del nacionalsocialismo (...) Toda interpretación debe ser una interpretación en el sentido nacional-socialista”.²⁶

Y a continuación Schmitt sostendrá directamente que:

“El programa del Partido Nacionalsocialista Alemán (NSDAP) es una genuina, y por cierto, la más importante, fuente del derecho. Es ya desde ahora derecho válido”.²⁷

²³ ZARKA, 20.

²⁴ MARCUSE, 126-127, nota 61.

²⁵ ZARKA, 21.

²⁶ RÜTHERS, 81.

²⁷ Ídem.

Estas interpretaciones de teóricos del derecho de reconocido prestigio fueron “...de un *valor incalculable para legitimar una forma de dominación* que socavaba el Estado de derecho a favor de un ejercicio arbitrario de la voluntad política”.²⁸

En especial consideración viene aquí el caso de Carl Schmitt, quien era considerado, para la época de la llegada de Hitler al poder, como “el político y teórico del derecho más prestigioso de Alemania en aquella época” por un historiador de la talla de Saul Friedländer.²⁹

En el mismo sentido el filósofo chileno Víctor Farías, que escribió una obra fundamental acerca del papel cumplido por Martin Heidegger antes y durante del régimen nazi, consideró a Carl Schmitt para esa misma época como “el jurista más importante del III Reich”.³⁰

Para Rivas, Schmitt “[h]abía sido conocido como el *kronjurist*, la corona o el cerebro jurista del III Reich. El principal artífice de la arquitectura jurídica del nazismo. El diseñador del permanente ‘estado del excepción’, para quien la política es sinónimo de guerra, y el adversario o disidente, de enemigo. El teórico del decisionismo, que lleva al límite perverso la máxima de Hobbes: ‘*Autoritas non veritas facit legem*’ (la autoridad, no la verdad, es la que hace las leyes). Una actualización de esa otra indisoluble unidad marital, la del trono y el altar, en la que el monarca absoluto es ahora un providencial *Führer* o Caudillo. En la práctica, una justificación de la tiranía con lenguaje futurista, para la sociedad de masas”.³¹

En palabras de Neumann, la teoría de Carl Schmitt –a quien consideraba el más inteligente y capaz de todos los tratadistas de Derecho Constitucional nacionalsocialistas–, “...es una doctrina de la fuerza bruta en su forma más descarada, contraria a todos y cada uno de los aspectos y actos de la democracia liberal, y a toda la concepción tradicional del imperio del Derecho”.³²

En tal sentido, fue el propio Schmitt quien resumió tempranamente la estrategia nazi para concretar la demolición del Derecho Penal liberal

²⁸ KERSHAW, 105.

²⁹ FRIEDLÄNDER, 84.

³⁰ FARÍAS, 231.

³¹ RIVAS, op. cit.

³² NEUMANN, 66.

y de esta forma desatar, en una escala nunca antes vista, el ejercicio estatal del poder punitivo proveniente de la detención de todos los resortes del sistema penal.

Este desmantelamiento palmo a palmo de los principios más elementales del Derecho Penal liberal, entendido inequívocamente como un conjunto de derechos y garantías puestos al servicio del ciudadano y como dique de contención a las pretensiones punitivas del Estado, comenzó sin demoras: "...desde el comienzo, el *Tercer Reich* en puntos fundamentales destruyó los principios de una sociedad jurídica (...) hasta los juristas conservadores allanaron el camino con su colaboración y sus dictámenes".³³

Para este autor, la política no era otra cosa que la relación existente entre *amigo* y *enemigo*. En esta línea de pensamiento, un enemigo es alguien a quien, tarde o temprano, hay que destruir. Como toda relación humana puede convertirse en relación política, el paso del *adversario* al *enemigo* está siempre al alcance de la mano.

Incluso el aspecto más recalcitrante del ideario nacionalsocialista, su cruel e irracional antijudaísmo, que se convirtió en política de Estado no bien Hitler asumiera el poder, tuvo en Carl Schmitt no sólo a un fiel seguidor también en este aspecto, sino más bien a un temprano y ferviente activista de la causa antisemita.

Como una suerte de mandamiento de iniciación entre los académicos e intelectuales de renombre que se plegaron al régimen nacionalsocialista, el primer síntoma del nuevo estado de cosas venía dado por la súbita interrupción de todo diálogo o intercambio epistolar con colegas, estudiantes y demás integrantes de la comunidad académica por su condición de judíos; señala al respecto el prestigioso historiador Saul Friedländer que Carl Schmitt fue uno de los ejemplos más llamativos de esta conducta, al ponerle un abrupto final a su extensa correspondencia con el filósofo político judío Leo Strauss.

No sólo ello, destaca Friedländer que "[p]ara asegurarse de que no había ningún malentendido acerca de la posición que tomaba, Schmitt introdujo algunos comentarios abiertamente antisemitas en la nueva edición de su obra *El concepto de lo político*, publicada en 1933", y en com-

³³ BRACHER, 23.

paración con las posiciones que simultáneamente estaba adoptando el filósofo Martin Heidegger –también él temprano adherente al nacionalsocialismo, designado en 1933 rector de la Universidad de Friburgo–, “la postura antijudía de Schmitt sería mucho más franca, extrema y virulenta que la del filósofo de Friburgo”.³⁴

En tal sentido, además de lo ya expresado, veremos a continuación, entre otros aportes, su destacado papel legitimador del más brutal ejercicio ilegal de poder punitivo estatal en los acontecimientos de junio de 1934 (*La noche de los cuchillos largos*) y de septiembre de 1935 (sanción de las *Leyes de Núremberg*); así como también el penoso papel cumplido en octubre de 1936 como organizador y principal conferencista, en Berlín, del Congreso de juristas para erradicar de las ciencias jurídicas todo vestigio de influencia judía (Congreso sobre “*La judería en la ciencia jurídica alemana*”).

Tras su decisivo aporte al régimen nazi durante aquellos primeros años de su vigencia, Schmitt fue víctima de una serie de intrigas impulsadas por varios colegas que eran a la vez miembros de las SS –entre ellos Otto Köllreuter, Karl Eckhardt y Reinhard Höhn– que desconfiaban de su lealtad y de su convencimiento acerca del ideario nacionalsocialista, calificándolo de oportunista y arribista, y de sobreactuar impostadamente su adhesión al régimen.

Así, en diciembre de 1936, apenas dos meses después del congreso antijudío, comenzó un declive en la actuación pública de Schmitt, y una serie de renunciaciones a muchos de sus cargos, limitándose, desde ese momento, a retener su cátedra en Berlín y a publicar algunas monografías siempre favorables al nazismo, como su ensayo “*Enemigo total, guerra total, Estado total*”, de 1937, o “*Neutralidad en el derecho internacional y totalidad racial*”, de 1938, o con comentarios antisemitas, como en su obra sobre Thomas Hobbes “*El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*”, también de 1938;³⁵ así como sus numerosos trabajos, a partir de

³⁴ FRIEDLÄNDER, 85. Agrega este autor que “[e]l 22 de abril de 1933 Heidegger envió una petición a Carl Schmitt (...) rogándole que no diera la espalda al nuevo movimiento. La petición era superflua, dado que Schmitt ya había expresado su adhesión” (p. 84).

³⁵ “Los judíos se quedan a un lado y contemplan cómo los pueblos del mundo se matan unos a otros; para ellos esa ‘matanza y carnicería’ (*Schlächten und Schlachten*) es legal

1939, en torno a la idea del *Grossraum* o “Gran Espacio”, absolutamente funcional a la teoría del “espacio vital” que ya estaba presente en “Mi Lucha” y que pretendió legitimar la conquista de los territorios orientales, desde Polonia hasta la Unión Soviética.

Pero veamos algunos hitos ineludibles en la provisión schmittiana de discursos jurídicos funcionales y legitimantes de la violencia brutal característica del régimen nazi:

a) La legislación de excepción con ocasión del incendio del “Reichstag”

El punto de partida del siniestro derrotero que dinamitó las bases de la convivencia democrática en Alemania, fue la legislación sancionada en ocasión del incendio del Parlamento alemán (*Reichstag*), mediante la ley del 28 de febrero de 1933, por la cual se autorizaba a la policía secreta a detener ciudadanos sin orden judicial bajo los rótulos de *enemigos* o *conspiradores* y podía mantenerlos en *custodia protectora* en campos de concentración por tiempo indefinido y sin ningún control judicial.

Señala Neumann que esta ley “...no tiene un solo elemento concreto que permita predecir si se puede privar a un hombre de su libertad, ni en qué condiciones, ni por cuánto tiempo. Sólo dice a la Gestapo que haga lo que quiera; que solvente cada caso como mejor le parezca. Semejante norma no es Derecho, sino decisionismo arbitrario”.³⁶

y *kosher*. Por ello se comen la carne de la gente asesinada y viven de ella” (!), cfr. FRIEDLÄNDER, 266-267. Esta obra de Schmitt está traducida al español (Comares, Granada, 2003). En la nota 54, Friedländer agrega: “En general, el antisemitismo de Schmitt fue algo mucho más profundo que un simple oportunismo, y su compromiso político e ideológico entre 1933 y 1945 al parecer no se puede equiparar con una simple ‘recolección de fichas’, como pretendían sus defensores” (p. 513).

³⁶ NEUMANN, 498-499. Refiere el citado autor, que “[e]n su mayoría, los juristas se sentirán repelidos por la idea que pueda existir un sistema jurídico que no sea sino un medio de aterrorizar a la gente (...) Pero, en la terminología del que fue mi maestro, Max E. Mayer, son ‘reglas culturalmente indiferentes’ de carácter predominantemente técnico (...) en casos ordinarios son neutrales desde un punto de vista cultural (...) Hay que distinguir dos conceptos de derecho, uno político y uno racional. En sentido político, es derecho toda medida dictada por un poder soberano, cualquiera que sea su forma o contenido (...) así pues, el derecho es voluntad y nada más. Por otra

Parece absurdo dignificar con el nombre de “Derecho” semejante manifestación de violencia institucionalizada en desmedro de derechos fundamentales: “Si el Derecho no es más que la voluntad del soberano, sí; pero si el Derecho, a diferencia del mandato del soberano, ha de ser racional en su forma o en su contenido, rotundamente no. El sistema jurídico nacional-socialista no es sino una técnica de manipulación de las masas por el terror. Los tribunales en lo criminal, junto con la Gestapo, el fiscal y los verdugos, son hoy, por encima de todo, profesionales de la violencia”.³⁷

A ello le sucedió, menos de un mes después, el 24 de marzo de 1933, la sanción de una ley por la cual el *Reichstag* le concedió a Hitler amplias facultades legislativas en forma permanente, en una suerte de delegación definitiva de funciones al Poder Ejecutivo, alegándose razones de excepción que se convirtieron en permanentes y perduraron a lo largo de todo el tiempo en que estuvo vigente el régimen nazi.

A partir de la entrada en vigor de esta ley, denominada “*Ley para remediar la miseria del pueblo y del Reich*” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*), el Parlamento pasó a tener funciones decorativas, a ser convocado expresamente para su conformación a partir de los designios de Hitler, por lo general con fines de propaganda o bien para proyectar la imagen de apoyo popular institucionalizado respecto de algunas de sus iniciativas.

Respecto de esta legislación ampliatoria del Estado autoritario, Carl Schmitt –entre otros juristas– salieron públicamente a respaldar el nuevo estado de cosas, pese a que se trataba inequívocamente de la claudicación de derechos y libertades fundamentales de los individuos a expensas del poder estatal.

Así, sostenía Schmitt que esta nueva ley era una suerte de norma constitucional transitoria para la nueva Alemania, y que ello estaba le-

parte, el concepto racional de derecho no está determinado por su origen, sino por su forma y contenido. No es derecho todo acto del soberano. En ese sentido el derecho es una norma, comprensible por la razón, abierta a la comprensión teórica y que contiene un postulado ético, sobre todo el de igualdad. Derecho es razón y voluntad” (pp. 485-486).

³⁷ Ídem, 503-504.

gitimado a partir de lo sucedido en las elecciones del 5 de marzo de aquel año, cuyo resultado consideraba

“...un plebiscito mediante el cual el pueblo alemán ha reconocido a Adolf Hitler (...) como el *Führer* político del pueblo alemán”.

Debe recordarse que en aquellos comicios, los nacional-socialistas, pese a detentar el poder político en Alemania y con todo el aparato de propaganda volcado a obtener el respaldo popular en las urnas, no alcanzaron el 50% de los votos.

b) *La “Noche de los cuchillos largos”*

Un hito remarcable en este proceso de desintegración de los más elementales pilares del Estado de derecho durante la Alemania nazi, tuvo lugar tras el asesinato planificado por Hitler y las SS, sin ningún tipo de contemplaciones, ni juicio o aviso alguno, el 30 de junio de 1934, de casi un centenar de adversarios políticos –en especial, Ernst Rohm y demás miembros de las SA, además de dirigentes políticos conservadores como el ex Canciller Kurt von Schleicher y de altos jefes del Ejército como el mayor general von Bredow–, en lo que se conoció como “*la noche de los cuchillos largos*”.

Los asesinatos –consumados en su mayoría aprovechando la sorpresa y la oscuridad– fueron ejecutados por miembros de las SS y otros grupos de choque, empleando la más elemental fuerza bruta, ya que los señalados para su eliminación murieron víctimas de feroces palizas, de apuñalamientos o de ejecuciones a corta distancia con armas de fuego, la mayoría de ellos sorprendidos en sus propias viviendas, aunque no faltaron casos –como el del líder SA Rohm y su círculo de confianza– en que los perseguidos fueron secuestrados, conducidos a cárceles y allí masacrados sin más.

Una vez finalizada la cacería humana, y en una acabada demostración de la perversión al servicio de la política que imperaba en la jerarquía nazi, “se culpó falsamente a los comunistas, tal como hoy lo demuestran los historiadores serios e imparciales, y se ordenaron acciones policiales inmediatas para capturar a los funcionarios de ese partido, ocupar sus oficinas y expropiar sus bienes”.³⁸

³⁸ VILLAR BORDA, 14-15.

Así, a partir de estas persecuciones desencadenadas desde las entrañas del poder hitleriano, “[l]a exclusión de los diputados comunistas permitió a Hitler conseguir mayoría en el *Reichstag*, aislando al único grupo opositor, la socialdemocracia, cuyos días también estarían contados. Los campos de concentración se poblaron con todos aquellos dirigentes, intelectuales, profesionales, artistas de la izquierda que no habían logrado ponerse a salvo en el extranjero. Así comenzó a construirse, a través de medidas, decretos y disposiciones administrativas, el aparato de dominación totalitaria del nacionalsocialismo”.³⁹

Tres días más tarde, el 3 de julio de ese año, el *Reichstag* sancionaba por aclamación la “*Ley de las Medidas de Legítima Defensa del Estado*” por la cual se consideraba a los sangrientos sucesos acaecidos los días previos como un acto directo de ejercicio de jurisdicción por parte del *Führer* y como tal, sustraído a toda revisión o juzgamiento.⁴⁰

Unos días después, tras el discurso de Hitler del 13 de julio de 1934, nuevamente apareció en escena *Carl Schmitt*, dando a conocer un alegato abiertamente elogioso del terrorismo de Estado desatado en la *noche de los cuchillos largos* y de su vil intento de legitimación por parte del *Reichstag*.

En una de las páginas más vergonzosas de la historia del Derecho, que muestra hasta dónde pueden llegar los discursos jurídicos justificantes del más brutal ejercicio ilegal de poder punitivo estatal, para colmo en boca de un destacado e influyente jurista de renombre internacional, Schmitt sostenía en este opúsculo llamado “*El Führer defiende el derecho*”:

“El *Führer* está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa en el momento del peligro, como juez supremo en virtud de su capacidad de líder (...) El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. Quien pretende separar ambas capacidades o incluso oponerlas entre sí convierte al juez en líder opositor o en instrumento del mismo y busca desquiciar al Estado con la ayuda de la justicia. Se trata de un método aplicado con frecuencia no sólo para destruir el Estado sino también el derecho. Un ejemplo característico de la ceguera del pensa-

³⁹ Ídem, 15.

⁴⁰ Se trató, entonces, de la “...promulgación de una ley especial, por la que se encubrían asesinatos retroactivamente, mediante una pátina de legalidad” (KIRCHHEIMER, 174).

miento jurídico liberal fue el intento de transformar el derecho penal en el gran salvoconducto, la 'magna carta del criminal' (Fr. Von Liszt). El derecho constitucional, de igual manera, tuvo que tornarse la *magna carta* de los reos de alta traición y los traidores a la patria".

Continúa Schmitt en otro pasaje:

"En realidad el acto del *Führer* correspondió a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la justicia sino que constituyó en sí la más alta justicia (...) En un Estado dirigido por un solo líder (...) en el que el cuerpo legislativo, el gobierno y la justicia no se vigilan con recelo, como sucede en el Estado de derecho liberal [aquí cita a su discípulo Ernst Rudolf Huber], lo que normalmente se consideraría justo para un acto de gobierno, tiene que serlo en una medida muchísimo mayor al tratarse de un acto por medio del cual el *Führer* probó su liderazgo y judicatura supremos".

Y concluye Schmitt del siguiente modo:

"Dentro del espacio total de aquellos tres días [del 29 de junio al 1º de julio de 1934] destacan particularmente las acciones judiciales del *Führer* en las que como líder del movimiento castigó la traición de sus subordinados contra él como líder político supremo del movimiento. El líder de un movimiento asume como tal un deber judicial cuyo derecho interno no puede ser realizado por nadie más".⁴¹

Destaca Rivas, que "[a] diferencia de otras épocas, en las que la marca del tirano era el obscuro desprecio por la ley, la gran operación de ilusionismo histórico de Schmitt es convertir al tirano en 'supremo juez', en fuente de derecho, el que con sus pasos va imprimiendo la ley".⁴²

Acerca del papel cumplido frente a estos terribles sucesos por Carl Schmitt, Rüthers resalta el hecho de que si bien este jurista, previo a la llegada de Hitler al poder, había sostenido que "el concepto de lo político" se fundaba exhaustivamente en la diferencia entre *amigo* y *enemigo*, incluyendo la posibilidad de la eliminación física, ello "...fue superado ampliamente por la *praxis* asesina del nacionalsocialismo. Ya no sólo se dio

⁴¹ Ver el texto completo en ZARKA, 95-102.

⁴² RIVAS, op. cit.

muerte a los 'enemigos'. Cuando pareció conveniente, también estrechos colaboradores, incluso amigos y camaradas políticos, fueron liquidados y se justificó su asesinato cuando fueron declarados enemigos por el *Führer*".⁴³

c) *Las leyes de Núremberg*

Las *leyes de Núremberg* de septiembre de 1935 no fueron las primeras en el proceso de segregación legal al que fue sometido el colectivo judeoalemán desde el ascenso de Hitler al poder en 1933, sino, más bien, un eslabón fundamental de una larga cadena de productos jurídicos emanados del régimen nazi, que continuaron en los años siguientes y se aceleraron para la época del inicio de la Segunda Guerra Mundial.

Esta producción normativa constante estuvo dirigida unívocamente al paulatino desmantelamiento de las libertades y garantías ciudadanas, esto es, al anegamiento de los restos del Estado de derecho heredado de la *República de Weimar*, y a su veloz reemplazo por un Estado policial que se fue librando de todo tipo de controles o límites en el ejercicio del poder, y que, como ya vimos, tuvo su punto de partida el 28 de febrero de 1933 con la aprobación por parte del Parlamento alemán (*Reichstag*) y a pedido del *Führer*, de una ley de emergencia por la cual se echó mano del art. 48 de la Constitución alemana (diseñada en el período democrático precedente) que autorizaba la suspensión transitoria de derechos y garantías ciudadanas ante la puesta en peligro de las bases del Estado y de la sociedad.

Cabe señalar que este estado de emergencia, o como sostiene Giorgio Agamben, este *estado de excepción*,⁴⁴ supuestamente transitorio, se man-

⁴³ RÜTHERS, 86.

⁴⁴ AGAMBEN, p. 19. Para cumplir los objetivos propuestos, el régimen nazi extrajo por la fuerza a los supuestos enemigos políticos de sus ámbitos de pertenencia, ya sea familiares, sociales, culturales, y de los circuitos de comunicación social, despojándolos de este modo de toda significación socio-jurídica: "el primer paso esencial en el camino hacia la dominación..." -sostiene Hannah Arendt- "...es matar en el hombre a la persona jurídica" (p. 665). Ello se logra colocando a ciertas categorías de personas fuera de la protección de la ley: el hasta entonces ciudadano, con nombre y apellido, profesión, etc., con derechos y obligaciones de diversa índole, rápidamente pasa a ser una *no-persona*, alguien de la cual sólo queda pendiente un cuerpo vital, lo que Agamben ha llamado la *nuda vida* del *homo sacer*, el cual está enteramente en manos del Estado

tuvo hasta el 8 de junio de 1945. Hitler ni se molestó, durante la vigencia de su régimen, en derogar aquella Constitución liberal.

En este paso desde un Estado de derecho a un Estado racial, cumplieron un papel fundamental las denominadas *leyes de Núremberg*, sancionadas el 15 y 16 de septiembre de 1935, dos años y medio después del ascenso de Hitler al poder en Alemania.

Su misma denominación remite a uno de los sitios fundacionales del nacionalsocialismo, en donde año tras año el Partido rendía honor a sus mártires y se llevaban a cabo vistosos y multitudinarios desfiles (precisamente en dicha localidad, y en el marco del festejo correspondiente al año de 1935, es que se redactó esta norma).

Su génesis se dio unos días antes, el 13 de septiembre de 1935, fecha en que Hitler ordenó que en dos días se redactase una norma tendiente a proteger la sangre y el honor alemanes. Se reunieron numerosos funcionarios, la mayoría abogados, de distintas dependencias, que se pusieron a trabajar inmediatamente. Dos días después, la norma estaba sancionada y publicada oficialmente.

El advenimiento de esta legislación fue precedido de una amplia difusión, y al momento de su sanción, fue acompañada por una gran campaña de prensa oficial, que aplaudía la decisión del *Führer* de segregar a los judíos del seno de la comunidad alemana.

El objetivo fundamental de estas normas era consagrar jurídicamente que los judíos alemanes dejaban de ser ciudadanos plenos para pasar a ser de segunda clase, lo que implicaba en forma manifiesta, la abolición del principio de igualdad ante la ley, ello como un paso decisivo en el marco de un largo proceso de exclusión legal del colectivo judeoalemán.

policial, no sólo para privarle de todos derechos, sino además para disponer definitivamente de esa vida, anulándola en cualquier momento impunemente, sin necesidad de razón o justificación alguna más allá del puro acto de poder. Señala Agamben que allí cuando se desvanece la frontera entre orden jurídico y estado de excepción (como lo fue el régimen nazi en toda su extensión), la *nuda vida* pasa a ser a la vez el sujeto y el objeto del ordenamiento político y de sus conflictos: "*Todo sucede como si, al mismo tiempo que el proceso disciplinario por medio del cual el poder estatal hace del hombre en cuanto ser vivo el propio objeto específico, se hubiera puesto en marcha otro proceso (...) en el que el hombre en su condición de [mero ser] viviente ya no se presenta como objeto, sino como sujeto del poder político (...) en los dos está en juego la nuda vida del ciudadano, el nuevo cuerpo biopolítico de la humanidad*" (AGAMBEN, p. 19).

Los aspectos penales de esta legislación, que acompañaron a la definición jurídica del judío, consistían en la creación de nuevos “delitos” tendientes a reprimir con penas de presidio o prisión no sólo los matrimonios entre *judíos y arios*, sino también todo “*comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana*”, entre otras nuevas figuras.

En la elaboración de estas leyes de 1935 tuvieron especial desempeño dos juristas, el Secretario de Estado del Ministerio del Interior, *Dr. Wilhelm Stuckart* y su experto en asuntos judíos, el *Dr. Bernhard Lösener*.

Stuckart, de 33 años, era un Doctor en Derecho afiliado al NSDAP en 1920, y pese a su juventud, llegó al alto puesto que detentaba a fuerza de demostrar eficiencia y lealtad al partido como “juez” administrativo dentro de la estructura de las SS, durante los dos años anteriores.

Por su parte, Lösener, que para esa época también contaba con 33 años, fue autor de no menos de 27 decretos antijudíos durante la vigencia del nazismo.⁴⁵

También resulta interesante mencionar el perfil del Ministro del Interior, Wilhelm Frick, quien promulgó, junto con Hitler, estas leyes: 58 años, Doctor en Derecho y afiliado al partido en 1923. Previamente a hacerse cargo de esta cartera, fue diputado por el NSDAP, alcanzando durante su labor en el *Reichstag* el cargo de Presidente del bloque parlamentario que respondía a Hitler.

Esta normativa necesitó de ulteriores aclaraciones, en especial, porque no definía específicamente quién debía considerarse “judío” desde el punto de vista jurídico.

Allí apareció en escena nuevamente el experto Lösener, autor intelectual de la *Primera Ordenanza de la Ley de Ciudadanía del Reich*, fechada el 14 de noviembre de 1935, que aclaraba el punto y que además estableció un método automático que separaba a los judíos en distintas categorías.

Con esta y otras reglamentaciones de las *leyes de Núremberg*, se introdujeron en el ordenamiento jurídico vigente en el *Reich*, una serie de

⁴⁵ Es interesante señalar que tras la caída del régimen, Lösener estaba en libertad ya en 1949 y que volvió a la función pública en Colonia.

reglas técnicas destinadas a establecer con la mayor precisión posible quién debía considerarse legalmente como *judío*, de modo tal que a partir tal etiquetamiento, todas las medidas legales y administrativas, pasadas y futuras, contra los judíos, le alcancen sin más consideraciones.

Estas frías y calculadas especificaciones tendientes a definir quién era “judío” en sentido técnico-legal, no bien entrada en vigor la legislación el 1° de enero de 1936, fueron rápidamente asumidas por la maquinaria burocrática estatal puesta al servicio de la persecución de esta colectividad, y luego sería copiada fielmente en casi todos los territorios anexados, conquistados o bajo regímenes aliados a Hitler.

Debe subrayarse el hecho de que no sólo Alemania, sino todo Occidente estuvo al corriente de la entrada en vigor de esta legislación abyecta. Y lo cierto es que prácticamente no hubo críticas ni condenas, sino todo lo más, un distanciamiento de la cuestión, señalándose que se trataba de una *cuestión de política doméstica* de Alemania, que no pasaría a mayores consecuencias.⁴⁶

La convocatoria del régimen nazi al año siguiente de la sanción de las leyes, en oportunidad de constituirse Berlín como sede de los Juegos Olímpicos, no deja lugar a dudas al respecto.

Ello fue facilitado, en buena medida, por la pátina de legitimación que se le intentó dar a esta legislación discriminatoria por parte de destacados juristas favorables al régimen nazi, entre los cuales destacó el ya mencionado *Carl Schmitt*.

Schmitt, escribió varios artículos apologéticos de las *leyes de Núremberg*, y las defendió personalmente en congresos internacionales,⁴⁷ pro-

⁴⁶ Leyes similares se introdujeron posteriormente en la Italia fascista y en el régimen de Vichy, entre muchos otros territorios controlados por el Eje. Tampoco faltó algún Estado autoritario satélite que intentó emular esta cruzada legisferante antisemita, como la España franquista, que en 1938 barajó un proyecto de reforma pretendiendo introducir una norma penal castigando con pena de presidio de hasta seis años “*el matrimonio con persona de raza inferior*”.

⁴⁷ Ver sus astutas líneas argumentales desarrolladas en su conferencia titulada: *La legislación nacionalsocialista y la reserva del “ordre public” en el derecho privado internacional*, presentada el 28 de noviembre de 1935 en Berlín, con motivo del encuentro de la *International Law Association*, ver texto completo en Zarka, 65-86.

pugnando precisamente la supuesta íntima vinculación de su contenido con la “auténtica” idiosincrasia del “verdadero” pueblo alemán.

Así, en su trabajo denominado nada menos que *La constitución de la libertad* –tal lo que para Schmitt significaban estas leyes–, publicado el 1º de octubre de 1935, ensayaba la siguiente explicación:

“La palabra ‘alemán’ aparece [en las leyes de Núremberg] únicamente para recalcar que ‘todos los alemanes son iguales ante la ley’. Pero esta frase, que, dentro de una concepción de lo alemán sustancial y relativa al pueblo, hubiera adquirido un sentido recto, sirvió por el contrario para tratar a quienes no son de la misma raza igual que a los alemanes y para considerar como alemán a todo aquel que fuera igual ante la ley (...) Hoy el pueblo alemán vuelve a ser pueblo alemán también en el ámbito del Derecho. Tras las leyes del 15 de septiembre (de 1935), la sangre y el honor alemanes son de nuevo conceptos fundamentales de nuestro Derecho. El Estado, ahora, es un instrumento de la fuerza de la unidad populares”.

Y concluye Schmitt su alegato a favor de estas leyes de modo difícilmente más elogioso, al sostener que éstas

“No son tres importantes leyes aisladas sin más a la altura de otras leyes importantes. Ellas abarcan e impregnan todo nuestro Derecho. A partir de ellas se determina qué es para nosotros moralidad y orden público, a qué puede llamarse decencia y buenas costumbres. Son la Constitución de la libertad, el núcleo de nuestro Derecho alemán actual. Todo lo que hacemos en calidad de juristas alemanes alcanza gracias a ella honor y sentido”.⁴⁸

⁴⁸ Ver el texto completo en Zarka, 61-64. Sobre este texto y el papel cumplido por Schmitt, Zarka sostiene que “...las nociones de decisión, de estado de excepción y de dictadura, suministran una constelación teórica que converge con el Estado nazi, aunque estas nociones hayan sido formadas bastante antes del nazismo...” Sostiene el autor que el análisis de la justificación schmittiana de las leyes de Núremberg permite “...evidenciar los procedimientos retóricos, estilísticos, pero también conceptuales y teóricos por los que un pensamiento, en un momento dado (...) vuelve comprensibles, aceptables, incluso deseables para una población dada (...) la barbarie, la ignominia y la infamia...” Y llama a la reflexión el citado profesor de Filosofía Política en *La Sorbonne* de París sobre lo paradójico que significó que “...la entrada del judío en la legislación nazi condiciona, paradójicamente, su salida fuera de todo derecho positivo” (idem, 18-19).

Estas tristemente célebres leyes racistas de Núremberg, apuntaban a marginar a los judíos de la sociedad al cancelarles su condición de ciudadanos plenos y definirlos como súbditos; así como también a través de la prohibición, bajo severas penas de, por ejemplo, matrimonios mixtos o relaciones sexuales entre personas judías y alemanas, y dieron soporte jurídico para la identificación y posterior segregación de los judíos del resto de la población no sólo en Alemania sino en toda la Europa conquistada.

De este modo, permitió a los nazis sentar las bases formales y materiales para los pasos posteriores del proceso de destrucción del colectivo judío, esto es, la cancelación sistemática de derechos; la expoliación económica; la concentración en zonas determinadas, o bien en guetos; la deportación fuera de los confines del territorio, y, finalmente, el exterminio físico de millones de niños, hombres, mujeres y ancianos, por la sola condición de encajar en algunas de las categorías de “judío” diseñadas por Stuckart y Lösener, sancionadas por Frick y Hitler y legitimadas inmediatamente por Schmitt y otros juristas fieles al nazismo.

Como sostiene Franz Neumann, estas leyes de “purificación de la sangre” figuran “...entre las más infames del repertorio nacional-socialista (...) han quebrantado totalmente los últimos vestigios de protección jurídica que ofrecía, hasta el momento en que fueron aprobadas, el código penal”.⁴⁹

Por su parte, para Zarka “[l]as leyes de Núremberg fueron, en efecto, la introducción en la legislación alemana de la ideología racista y discriminadora de Hitler y del partido nacional-socialista”, que establecieron un “*racismo de Estado*”.⁵⁰

d) *El Congreso de juristas para erradicar toda influencia judía*

Decíamos previamente que la mayoría de los juristas que se adscribieron al nazismo, acompañaron también su faceta más impresentable, el amplio y desenfadado antisemitismo constitutivo de una implacable política de Estado desde el mismo momento de la asunción de Hitler al poder.

En este sentido, las bases de la política nazi en este aspecto quedaron muy claras con el virulento discurso antijudío que pronunció el ministro

⁴⁹ NEUMANN, 139-140.

⁵⁰ ZARKA, 13.

de Educación del gabinete de Hitler, Bernhard Rust, el 5 de mayo de 1933 en el auditorio de la Universidad de Berlín, que tuvo amplia difusión:

“La ciencia para un judío no supone una tarea, una obligación, un dominio de organización creativa, sino un negocio, y una forma de destruir la cultura del pueblo que le ha acogido. Por eso las cátedras más importantes de las universidades que se hacen llamar alemanas están llenas de judíos. Se vaciaron para permitirles el acceso y para que prosiguieran sus actividades parasitarias, las cuales fueron luego recompensadas con premios Nobel”.⁵¹

Entre los juristas que cumplieron un papel destacado en el despliegue de esta política infame se encontraba Carl Schmitt, no sólo por sus obras, discursos y contribuciones teóricas destinadas a legitimar el antisemitismo y la expulsión de los judíos de la vida cultural e intelectual de Alemania, sino además al haber sido –en su carácter de *Inspector de grupos del Reich* en la *Alianza de guardianes del Derecho nacionalsocialista*– el organizador y principal expositor del Congreso de juristas que tuvo lugar en 1936 en la Universidad de Berlín, destinado a erradicar de la ciencia jurídica alemana todo vestigio de influencia de autores judíos.

Esta idea venía circulando en los ámbitos nazificados de la educación superior desde el mismo ascenso de Hitler al poder, impulsado especialmente por su ala más fanática conformada por la *Asociación de Estudiantes Nacionalsocialistas*, cuya primera medida, dispuesta el 8 de abril de 1933, fue la “quema pública de escritos destructivos judíos”, triste y premonitorio episodio que tuvo lugar en Berlín (donde se quemaron más de veinte mil libros) y en otras grandes ciudades de Alemania el 10 de mayo de aquel año.

Entre los puntos que los estudiantes nazis destacaban como campaña de información a propósito de la quema de libros, sostenían:

“Cuando el judío escribe en alemán, miente. Debería ser obligatorio, a partir de ahora, indicar en los libros que deseen publicar en alemán: ‘traducido del hebreo’”.⁵²

⁵¹ FRIEDLÄNDER, 88.

⁵² FRIEDLÄNDER, 89.

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR
EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

Al Congreso supuestamente científico que organizó unos años más tarde, en 1936, Schmitt –destacado catedrático de Derecho Político de la Casa de estudios que oficiaba de anfitriona del evento– invitó no sólo a profesores universitarios de facultades de Derecho, sino también a integrantes de otras organizaciones de cuño nacionalsocialista, como los *Cristianos Alemanes* e incluso, por carta, al mismísimo director del diario antisemita *Der Stürmer*, Julius Streicher.⁵³

El Congreso sesionó los días 3 y 4 de octubre de 1936, y contó con la participación de un centenar de profesores universitarios que debatieron y presentaron ponencias en torno al tema *La judería en la ciencia jurídica alemana*.

Acerca de la cuestión de qué hacer con las citas y doctrinas de autores judíos, incluyendo a Hans Kelsen, en el marco del Congreso se concluyó por unanimidad y aclamación, que aquéllos, o bien debían ser directamente suprimidos, o bien, si no quedaba más remedio que invocarlo en un trabajo científico, se debía anteponer la referencia a “el judío...” para conjurar tal perniciosa referencia.

En el discurso de clausura del Congreso, a cargo de Schmitt, éste sostenía al respecto que:

“Ya con la simple mención de la palabra *judío* se produce un exorcismo saludable”.

En este mismo Congreso, orquestado por Schmitt, se propuso y aprobó por unanimidad el retiro de todas las obras “judías” y su colocación en recintos apartados, dedicados pues a los autores de tan peligroso y perjudicial origen, como un ámbito exótico y escindido por completo de la ciencia del Derecho nacionalsocialista.

Acerca de este congreso, Friedländer señaló que Schmitt lo hizo para hacer “...ostentación de su propio fervor antisemita...” y que allí “...inició

⁵³ En el marco del Congreso, Schmitt ensalzaba “...la formidable lucha del *Gauleiter* [de Franconia] Julius Streicher, para poder caracterizar a los emigrantes judíos como algo carente de espíritu” (RÜTHERS, 107). Se refería a las grotescas caricaturas y a las furiosas invectivas sobre los judíos que a diario publicaba *Der Stürmer*, el panfleto antisemita que dirigía, y por el cual, tras el fin de la guerra, fuera condenado a muerte en el juicio principal de Núremberg.

y puso fin al encuentro con dos conferencias antijudías. Abrió su primera conferencia y concluyó su charla de clausura con la misma frase, una famosa sentencia de Hitler extraída del *Mein Kampf*: ‘Me defiendo contra los judíos (...) estoy haciendo el trabajo del Señor’.⁵⁴

Señala Rùthers, que “[l]a ciencia jurídica alemana allí representada declaró su salida de la cultura jurídica europea, cuando ella, con una resolución final unánimemente aprobada, elevó a programa obligatorio de todas las facultades ‘las exigencias de purificación’ de Schmitt”.⁵⁵

Según este mismo autor, a partir de lo decidido en el Congreso y de las gestiones posteriores de Schmitt para llevar a la práctica las consignas allí elaboradas, durante los años posteriores “[e]n las universidades y en todas las bibliotecas públicas se clasificaron inmediatamente las obras de autores judíos y fueron guardadas en los llamados ‘anaqueles venenosos’. Ellos eran accesibles sólo con una autorización especial. Después de 1936 se generalizó en la práctica la prohibición, para los trabajos científicos, de hacer citas de autores judíos (...) También en la Justicia se prohibió completamente la cita de autores judíos alrededor de 1937”.⁵⁶

CONCLUSIONES

La dictadura nacionalsocialista se consolidó en el poder con base en el empleo de la más brutal y desnuda violencia descargada contra quienes se consideraban sus enemigos internos.

Para ello, los circuitos de garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, propios del Estado de derecho, siempre fueron vistos por la jerarquía nazi como una limitación absurda e injustificada del programa político en ciernes, que buscaba convertir a Alemania rápidamente en un Estado totalitario, liderado por un *Fùhrer*, y conformado por una comunidad racial homogénea y compacta.

⁵⁴ FRIEDLÄNDER, 266.

⁵⁵ RÜTHERS, 111. Agrega Friedländer que “mientras Schmitt limpiaba los estudios legales y la ciencia política de cualquier espíritu judío, Philipp Lenard, Johannes Stark y Bruno Thüring, entre otros, llevaban a cabo la misma campaña purificadora en la física. Purgas similares se estaban extendiendo en todos los dominios de la vida intelectual” (p. 267).

⁵⁶ RÜTHERS, 111-112.

De allí el profundo desprecio de Hitler y sus seguidores hacia los políticos, juristas y magistrados liberales y demócratas, que fueron perseguidos y discriminados, cuando no salvajemente golpeados.

Estos hombres ilustrados, que desde la tribuna política, la cátedra o el estrado judicial compartían la preocupación por ponerle un límite al poder estatal y paraestatal de los nazis, en su mayoría fueron forzados a dejar sus cargos y abandonar su país, cuando no reclusos en campos de concentración, desaparecidos o asesinados.

Ahora bien, con el silenciamiento de estas voces no bastaba; todo ejercicio de poder, por más despiadado y elemental que sea en sus métodos y fines procurados, necesita de discursos que lo legitimen, que lo hagan mínimamente presentable, discursos racionalizadores que luego serán reproducidos por los medios de prensa del Estado y del Partido, instalados en los ámbitos comunicacionales con pretensión de normalidad y legalidad.

Es aquí donde aparecen, con decepcionante asiduidad, muchos juristas de primera línea, para poner toda su astucia, toda su vocación de poder, al servicio del terrorismo de Estado.

Apelando al prestigio ganado en épocas previas a la irrupción del régimen dictatorial, estos académicos de renombre, como fue el caso paradigmático de Carl Schmitt, tranquilizaron masivamente las conciencias de los burócratas y técnicos legales que nutrieron a la tiranía, al *Behemoth*, con las herramientas jurídicas necesarias para el más amplio y desenfadado ejercicio de poder punitivo criminal en contra de las minorías perseguidas, especialmente, del colectivo judío.

Como la estela de impunidad y olvido que deja tras de sí todo régimen genocida abarca también a quienes proveyeron esos discursos legitimantes del mal absoluto, la regla en el pasado reciente ha sido que estos juristas, amparándose en su pretendida condición de “científicos” supuestamente distanciados de toda ideología o coyuntura política, se las han arreglado para evitar rendir cuentas ante la Justicia.⁵⁷

⁵⁷ Tras la caída del III Reich, Carl Schmitt pasó un breve período de internamiento, entre 1945 y 1947, en un campo en las afueras de Berlín y luego en Núremberg, en calidad de testigo-acusado, “un proceso del que consiguió zafarse con esa habilidad de escurridizo que caracteriza muchos de sus movimientos históricos” (cfr. RIVAS, op. cit.).

Pero no sólo eso: al igual que en todos los demás ámbitos de las ciencias, muchos juristas han logrado asombrosamente rescatar del naufragio algo de su fama y, de algún modo, continuaron vigentes en las décadas posteriores, recostados sobre los pliegues conservadores y reaccionarios del Derecho, por lo general generosamente aceitados desde usinas políticas a las cuales tales discursos le son funcionales, que proveen claustros universitarios, editoriales y medios masivos de comunicación propios, puestos al servicio del “veterano e inofensivo profesor”.

Ése fue el caso de Carl Schmitt, quien si bien nunca más recuperó su cátedra en Alemania, sí tuvo un considerable renacimiento en la posguerra, en especial, en círculos intelectuales de derecha tanto en la España franquista,⁵⁸ como en Latinoamérica, durante la vigencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, ciertamente con influencia hasta nuestros días.

Sus obras previas al nazismo, más algunas escritas en la posguerra, todas de cuño conservador-autoritario, volvieron a circular. En cambio, sus escritos y trabajos bajo la égida nacionalsocialista fueron astutamente disimulados y escondidos a la vista de las nuevas generaciones de estudiantes de todas las ciencias sociales.

Sólo en las últimas décadas, desde la propia Alemania, se ha comenzado una profunda revisitación del período nacionalsocialista de Carl Schmitt y de muchos otros casos similares en todos los ámbitos científicos, tarea que estaba pendiente en el proceso de democratización germano y que está teniendo un notorio y saludable desarrollo.

Que este trabajo contribuya en esa misma dirección, a compensar tanta ignominia, tanta ocultación de la verdad histórica, que tarde o temprano, tenía que ser revelada, pues se trata de una condición indispensable para aprender de nuestros errores y evitar en definitiva que la historia se repita.

⁵⁸ El 21 de marzo de 1962, Schmitt, de 74 años, fue condecorado y declarado miembro de honor por el “Instituto de Estudios Políticos del *Movimiento Nacional*” (el partido único franquista), representado por su presidente Manuel Fraga Iribarne. Así, en aquellos años, Schmitt “[e]n España encuentra su refugio intelectual y, en gran manera, vivo y triunfante, su modelo de Estado. El escenario donde ejemplificar la derrota de la democracia parlamentaria”, cfr. RIVAS, op. cit.

LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ADVENIMIENTO DEL NAZISMO: EL PERTURBADOR
EJEMPLO DE CARL SCHMITT

DANIEL RAFECAS

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio, *"Homo sacer". El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, España, Pre-textos, 2003.
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 2002, t. III.
- BRACHER, Karl, *La dictadura alemana. Génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo* [1973], trad. de José A. Garmendia, Madrid, Alianza, 1995.
- CÁRCOVA, Carlos, *Las Teorías Jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 81 y ss.
- FARÍAS, Víctor, *Heidegger y el nazismo*, ed. corregida y aumentada, Mallorca, Objeto Perdido Ediciones, 2009.
- FRIEDLÄNDER, Saul, *El Tercer Reich y los judíos (1933-1939). Los años de la persecución*, trad. de Ana Herrera, Barcelona, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2009.
- HILBERG, Raúl, *La Destrucción de los Judíos Europeos* [1961], trad. de Cristina Piña Aldao, 1ª ed. (de la ed. 2002 revisada, publicada por *Yale University Press*), Madrid, Ediciones Akal, 2005.
- *Perpetrators, Victims, Bystanders, The jewish catastrophe 1933-1945*, New York, Harper Perennial, 1993.
- KERSHAW, Ian, *Hitler*, trad. de Lucía Blasco Mayor, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.
- KIRCHHEIMER, Otto, "Criminal Law in National Socialist Germany", publicado originalmente en *Studies in Philosophy and Social Science*, N° VIII, 1940, New York, Columbia University. Se cita la edición del manuscrito en la obra *The rule of law under siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, Berkeley, California, William Scheuerman editor, 1996, pp. 172-189.
- MARCUSE, Herbert, "La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado" [1934], en *La sociedad opresora*, trad. de Ítalo Manzi, Caracas, Tiempo Nuevo, 1970.
- NEUMANN, Franz, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, trad. de Vicente Herrero y Javier Márquez, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- RAFECAS, Daniel, "El Derecho Penal frente al Holocausto", en *Nuestra Memoria*, Buenos Aires, Fundación Museo del Holocausto, N° 23, junio de 2004.
- RIVAS, Manuel, "La 'fiesta sagrada' de don Carlos. El homenaje franquista en 1962 al principal jurista del nazismo, Carl Schmitt", en *El País*, España, edición del 2 de abril de 2006 (extraída del sitio web del diario citado).

- RUSCHE, George y Otto KIRCHHEIMER, “Nuevas tendencias en la política penal durante el período fascista”, en *Pena y Estructura Social* (1939), trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, versión en castellano publ. en 2004 por editorial Temis.
- RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampl., trad. de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- VILLAR BORDA, Luis, “Presentación”, en RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 2ª ed. ampl., trad. de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 13-18.
- ZARKA, Ives-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, trad. de Tomás Bueno, Barcelona, Anthropos, 2007.