

POSITIVISMO, TOTALITARISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Ricardo RAMÍREZ CALVO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El positivismo jurídico*. III. *La supremacía de la ley, el constitucionalismo y el positivismo*.

I. INTRODUCCIÓN

La concepción de la Constitución surgida de la Revolución francesa hace crisis en la Segunda Guerra Mundial. Vencidas las corrientes totalitarias del nacionalsocialismo y del fascismo,¹ nace en Europa Occidental la necesidad imperiosa de revisar las causas que permitieron el auge de esas ideologías y, como consecuencia de ello, se instala una generalizada creencia de que gran parte de la responsabilidad es atribuible a las teorías jurídicas supuestamente dominantes antes de la guerra y que es imprescindible generar estructuras jurídicas que impidan una repetición de lo sucedido. Böckenförde explica que:

Una de las tareas que estuvo en el centro de la reordenación política de Alemania después de 1945... fue la del restablecimiento y la configuración del Estado de Derecho. Restablecer el Estado de Derecho tenía ahora el objetivo de enlazar con la tradición del pensamiento alemán sobre el Estado y la Constitución, pero al mismo tiempo, y frente a esa tradición, estaba también presente el de desarrollarlo y dotarlo de una nueva orientación: ahora en lugar del Estado de Derecho en un sentido formal debía entrar en juego el Estado material de Derecho, en lugar del Estado de Derecho en sentido liberal el Estado social de Derecho.²

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina.

¹ Mucho más tiempo y sufrimiento llevará derrotar el comunismo.

² Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”, en *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p.17.

La revisión genera un ataque directo al positivismo jurídico, al que se hace responsable casi exclusivo del desarrollo del nazismo o al menos de que éste no haya encontrado límite legal alguno. Esta verdadera leyenda parte de la siguiente afirmación de Radbruch:

El positivismo, con su tesis de *la ley es la ley*, ha dejado indefensos a los juristas frente a leyes de contenido arbitrario o criminal. Por eso el positivismo ni siquiera está capacitado para fundar por sí mismo la validez de una norma... Debemos confiar en que semejante injusticia sea un único extravío y confusión del pueblo alemán, pero por cualquier eventualidad, debemos armarnos contra el retorno de semejante Estado injusto, a través de la superación fundamental del positivismo, que impidió la posibilidad de defenderse contra el abuso de la legislación nacionalsocialista.³

Similares afirmaciones realiza Heinrich Rommen:

El totalitarismo moderno es el resultado, no es la inauguración de una nueva era. Es en realidad el resultado final del positivismo como filosofía general, como una atmósfera intelectual, como un método científico elevado al nivel de lo absoluto y divino. La posición de que la ley es voluntad, ha terminado por significar que la voluntad humana se libera de toda idea universal, de todo orden moral objetivo que exceda el interés de clase, los programas nacionalistas o raciales, las consideraciones económicas o el progreso evolutivo ilimitado... la forma nacionalista de totalitarismo surgió y floreció en los dos países en los que el positivismo jurídico y moral había obtenido una posición dominante en las universidades, en la profesión legal y en las filosofías del derecho oficiales que condicionaban o determinaban la visión y práctica de los tribunales y del gobierno. Porque en Italia y Alemania, más que en ninguna otra parte, el positivismo había llenado el vacío creado por la disolución de las filosofías idealistas del siglo XIX.

Rommen agrega que:

³ Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen Zeitung*, núm. 5, 1946, p. 107 (hay traducción al castellano de María Isabel Azareto de Vázquez, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962). Lopera Mesa explica que “se descalifica el positivismo por la vía de imputar a su formalismo y a su pretendida neutralidad axiológica una cuota de responsabilidad por las injusticias cometidas durante el nacional-socialismo, al dejar a los jueces teóricamente inermes para oponerse a aplicar el derecho positivo del III Reich” (Lopera Mesa, Gloria P., *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Universidad EAFIT, Medellín, 2004, p. 28, nota 82, trabajo de investigación inédito).

A los ojos de este positivismo jurídico, la mitológica voluntad del Estado, establecida formalmente de acuerdo con las normas constitucionales, era la única, exclusiva y suficiente fuente y fundamento de la ley. ¿Si, por lo tanto, una revolución totalitaria hubiera triunfado por métodos formalmente legales, de dónde podría un positivista, sea un juez o un jurista, derivar una norma crítica que le permitiera juzgar acerca de la legitimidad de la legalmente correcta revolución totalitaria? ¿O cómo podría un positivista determinar la injusticia intrínseca de un acto formalmente legal del ahora totalitario gobierno?... ¿Es entonces forzado sostener que el predominio del positivismo entre los jueces, altos funcionarios de gobierno y profesores de filosofía del derecho los privó de todo apoyo jurídico contra la voluntad del Estado totalitario?⁴

Prieto Sanchís habla del:

Renacimiento del Derecho natural experimentado por la ciencia jurídica alemana tras la segunda guerra mundial, cuando pareció que el totalitarismo, el exterminio de las minorías y, en suma, la asfixia del Estado de Derecho tenían un responsable ideológico en el ámbito de la cultura jurídica, el positivismo; un positivismo inaccesible a los valores, obediente mudo de la desnuda voluntad del poder y capaz de comprometerse en la explicación y en la aplicación de cualquier Derecho positivo.⁵

La tesis de Radbruch posee una indudable fuerza cautivadora. Por una parte, se trata de una especie de testimonio de aquellos que han descendido al infierno y a su regreso traen un mensaje para los seres humanos y, por la otra, habiendo sido Radbruch un convencido positivista antes de la tiranía nacionalsocialista, goza del aura conmovedora de una retractación.⁶ Todas estas circunstancias y algunas otras que se describen más abajo, contribuyeron en su época a que la referida tesis se convirtiera en el mito fundacional de la filosofía del derecho alemana de la posguerra.⁷

Esta ha sido la tesis oficial de exoneración de los jueces de la época nazi, quienes se presentan como víctimas de las leyes nacionalsocialistas, debido

⁴ Rommen, Heinrich A., *The Natural Law*, Indianápolis, Liberty Fund, 1998, pp. 133 y 134.

⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derecho fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 22.

⁶ Hart, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 72.

⁷ Wittreck, Fabian, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2008, p. 1.

a su educación legal positivista.⁸ De hecho, este fue uno de los argumentos utilizados por los jueces nazis sometidos a proceso en Nuremberg. García Amado recuerda que los profesores que habían sido cómplices de los nazis:

Empezaron a proclamar al unísono que: a) ellos nunca habían estado de acuerdo con Hitler y el nazismo; b) que habían estado muy influidos por el pensamiento de Kelsen, al que seguían con convicción; c) que el pensamiento jurídico de Kelsen se resume en la idea de que el Derecho es el Derecho y que toda ley que haya sido elaborada con respeto al procedimiento legislativo establecido es Derecho y debe ser obedecida por los ciudadanos y aplicada por los jueces, sin que quepa justificación de ningún tipo, ni jurídica ni moral para su desobediencia; d) que por eso ellos, obnubilados por Kelsen, no habían encontrado base teórica para resistirse a las aberraciones jurídicas del nazismo; e) que ellos siempre habían creído, y seguían creyendo, sin desmayo, en la democracia, el parlamentarismo, los derechos humanos y el Estado de Derecho.⁹

II. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Habitualmente se reúne bajo la denominación “positivismo jurídico” una serie de teorías jurídicas no siempre compatibles entre sí.¹⁰ Hart ha identificado cinco significados de positivismo en la filosofía del derecho actual:

- 1) La afirmación de que las leyes son mandatos humanos.
- 2) La afirmación de que no hay una conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho como es y como debe ser.
- 3) La afirmación de que el análisis (o el estudio del significado) de conceptos jurídicos es (a) digno de ser hecho, y (b) que debe distinguirse de investigaciones históricas respecto de las causas u orígenes de las leyes, de investigaciones sociológicas relativas a la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales y de la crítica o valoración del derecho ya sea en términos de moral, de objetivos sociales, de funciones u otros.

⁸ Stolleis, Michael, *The Law under the Swastika*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 9.

⁹ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...”, cit., p. 160.

¹⁰ Hart afirma que “la expresión *Positivism* usada por los filósofos del Derecho no tiene un significado establecido o unánime, y no sé de ningún filósofo cuya obra tenga todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como *Positivistas*” (Hart, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema*, núm. 36, p. 3).

- 4) La afirmación de que un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado en el cual las decisiones legales correctas pueden ser deducidas por métodos lógicos de reglas jurídicas predeterminadas sin referencia a objetivos sociales, políticas o estándares morales.
- 5) La afirmación de que los juicios morales no pueden basarse o defenderse, como los juicios de hecho, mediante un argumento racional, evidencia o prueba (no cognitivismo ético).¹¹

Si bien, el profesor de Oxford sostiene que ningún autor positivista acepta la totalidad de esas tesis al mismo tiempo, ha identificado tres postulados que considera compartidos por los distintos autores positivistas: *i*) la tesis de la separación conceptual del derecho y la moralidad, según la cual si bien existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente; *ii*) la tesis de las fuentes sociales del derecho, que sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios y que esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica, y *iii*) la tesis de la discrecionalidad jurídica, de acuerdo con la cual en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, en los cuales el juez debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, ya que en estos casos no existe ningún tipo de decisión claramente establecido en el sistema jurídico.¹²

Bobbio ha contribuido con una sistematización o clasificación de las distintas corrientes positivistas, según que se entienda al positivismo *i*) como modo de acercarse al estudio del derecho, *ii*) como una determinada teoría o concepción del derecho o *iii*) como una determinada ideología de la justicia.¹³ Este autor advierte que “sólo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión” sobre el positivismo jurídico.¹⁴

En el primer sentido, el positivismo se caracteriza por una distinción neta entre el derecho que es y el derecho que debe ser, siendo el objeto de estudio del jurista el primero. Bajo este aspecto, positivista es aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral. Sin embargo, esto no implica que el jurista no pueda criticar una norma

¹¹ Hart, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en Dworkin, Ronald M. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 18, nota 1.

¹² Hart, “El nuevo desafío...”, *cit.*, pp. 4-6.

¹³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2004, pp. 39 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

desde el punto de vista político o filosófico, por ser contraria a determinados valores morales.¹⁵ Lo que el positivista rechaza es que se utilice para distinguir una regla jurídica de una no jurídica el hecho que la regla no se ajuste a determinados valores. Dicha distinción debe fundarse, para el positivista, en hechos verificables. Pero es imprescindible insistir en que la neutralidad valorativa postulada por el positivismo no implica una aprobación del derecho. Con acierto se ha dicho que:

Identificar un determinado ordenamiento jurídico y describirlo en sus distintas normas y en el sentido de éstas, no conlleva, necesariamente, una aprobación del mismo, esto es, una adhesión a los fines del ordenamiento ni al contenido prescriptivo del que sus normas se encuentren provistas. Describir no es, pues, lo mismo que aprobar; y el empleo del descriptivismo científico, por lo tanto, no presupone ningún juicio de valor positivo ni ninguna estimación favorable hacia el objeto materia de la descripción.¹⁶

Por ende, no es incompatible con el positivismo, formular apreciaciones críticas respecto del derecho positivo ni denostarlo por motivos morales o técnicos. Ese es para Kelsen el cometido específico de la filosofía del derecho.

El positivismo como teoría o concepción del derecho vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción, es decir, el Estado. Se trata de la identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho.¹⁷ Esto se ha resumido en tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) dicha regla está siempre dada por el Estado, y 3) la totalidad de las reglas dadas por el Estado constituye un sistema o unidad.¹⁸ Bobbio recuerda que muchos autores positivistas rechazan los postulados de esta teoría estatalista.¹⁹

Finalmente, el positivismo como ideología se asocia con la creencia de que el derecho positivo, por el mero hecho de serlo, es justo y que, más allá del valor moral de sus disposiciones, permite lograr ciertos valores beneficiosos en sí mismos, como la seguridad jurídica, la certeza, el orden, etcétera. De allí se desprende la obligación moral de obediencia al derecho, inde-

¹⁵ Bobbio afirma que “el jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo (*Ibidem*, p. 43).

¹⁶ Squella, Agustín, “Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen”, *Estudios sobre Hans Kelsen*, Valparaíso, EDEVAL, 1996, p. 247.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*, p. 46.

pendientemente del valor intrínseco de las disposiciones de la ley positiva, porque su obediencia implica por sí un objetivo moralmente beneficioso.²⁰ El positivismo en este sentido tiende a una exagerada exaltación del Estado, como puede verse en autores como Gerber o Laband. Como recuerda García Amado, este pensamiento:

Veía en el Estado suprema encarnación de la nación, plasmación del espíritu del pueblo alemán y ser con derechos propios que se anteponían a los derechos del individuo. El Estado era sustancia colectiva con vida propia, expresión de una unión cuasi mística entre los ciudadanos portadores de los atributos nacionales, persona colectiva cuyo interés propio trasciende los intereses individuales de los ciudadanos y les da su sentido aglutinador.²¹

Sin embargo, es necesario no olvidar que no todas las corrientes positivistas comparten esta tesis. Por lo pronto, los dos principales representantes del positivismo jurídico del siglo XX, Kelsen y Hart, lejos están de exaltar la figura del Estado, sino todo lo contrario. Kelsen rechaza considerar al Estado como una entidad situada por encima de la ley y creadora de la ley. Es bien sabido que para el profesor de Viena, el Estado es el orden jurídico en sí mismo. Por ese motivo, afirma que “la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado”.²² Sus críticos llegaron incluso a sostener que las ideas de Kelsen implican una teoría del Estado sin Estado.²³

Ni Kelsen ni Hart afirman que exista una obligación moral de obedecer la ley. Eso chocaría claramente contra el sistema de Kelsen, ya que implicaría un juicio de valor ajeno a una teoría pura del derecho. Hart, por su parte, afirma que:

Existe una enorme sobrevaluación de la importancia del simple hecho de sostener que una regla pueda ser considerada una regla jurídica válida, como si esto, una vez dicho, fuera concluyente respecto del interrogante moral final:

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²¹ García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre de 2006, p. 159.

²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 197.

²³ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 72. Por todos, ver Lehnert, Detlef, “Staatslehre ohne Staat? Zum kritischen Auftrag der rechts- und demokratietheoretischen Konzeption von Hans Kelsen gegenüber deutschen Staatsvorstellungen”, *IJS-Nachrichten*, Múnich, Institut für Staatswissenschaften, Fakultät für Sozialwissenschaften, Universität der Bundeswehr, núm. 6, pp. 6-44.

debe obedecerse esta regla jurídica? Sin dudas la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del lema *ley es ley* o de la distinción entre derecho y moral es: muy bien, pero esto no pone fin al interrogante. La ley no es la moral; no dejen que reemplace a la moral.²⁴

Bobbio advierte que los tres aspectos mencionados del positivismo jurídico no tienen una necesaria relación. Dicho en otras palabras, numerosos autores considerados positivistas no comparten necesariamente todas esas ideas, de manera que el positivismo en el primer sentido, es decir, como modo de acercarse al estudio del derecho, no implica necesariamente alguno de los restantes postulados. Es por eso que se debe ser extremadamente cauto cuando se tilda a un autor de positivista, a modo de no atribuirle tesis que no sostiene. Como veremos más adelante, esto ha sucedido con la imputación al positivismo jurídico y en especial a Kelsen, de haber abonado el terreno para la llegada del nazismo al poder en Alemania.

III. LA SUPREMACÍA DE LA LEY, EL CONSTITUCIONALISMO Y EL POSITIVISMO

Algunos autores atribuyen al positivismo jurídico esa entronización de la ley en la cúspide del ordenamiento jurídico, con la consecuente desaparición de la supremacía de la Constitución.²⁵ Incluso se ha llegado a afirmar que el constitucionalismo, en tanto ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales, tiene como adversario directo el positivismo ideológico.²⁶ Sin embargo,

²⁴ Hart, Herbert L. A., “Positivism and the Separation...”, *cit.*, p. 32.

²⁵ Entre muchos otros, Ari Mello, Cláudio, *Democracia Constitucional e Directos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 25; Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 15; Seoane, José Antonio, “La configuración jurisprudencial de derechos fundamentales”, en Cianciarulo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 122; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, p. 33. Véase la descripción que sobre este punto hace Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 2005.

²⁶ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 82. Ferrajoli, por su parte, parece sugerir que el constitucionalismo sería una nueva filosofía jurídica, superadora del positivismo (Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 20. Pozzolo explica que, para el neoconstitucionalismo, “el iuspositivismo se encontraría inescindiblemente ligado a la arquitectura institucional del Estado decimonónico-legalista, hasta el punto de revelarse totalmente inadecuado para dar cuenta del nuevo estado de

parece existir una confusión entre la negación de la existencia de valores trascendentes reflejados o consagrados en la Constitución o de una necesaria vinculación entre el derecho y la moral, con el rechazo de la Constitución como norma jurídica suprema.²⁷ Ciertamente el positivismo jurídico no implica necesariamente la negación del valor jurídico supremo de la Constitución. Recuérdese que el control de constitucionalidad concentrado es en gran medida creación de Kelsen, lo que implica para Europa el ingreso al constitucionalismo moderno.²⁸

Se podrá observar que ese control de constitucionalidad se limita exclusivamente a los aspectos formales, pero rechaza un control de contenido. Sin embargo, esta parece ser una afirmación ligera que merece un análisis más detenido. Kelsen afirma que “la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas —las normas «superpositivas»— debe ser considerada radicalmente excluida” de todo control de constitucionalidad.²⁹ En referencia a los principios, agrega que “son aplicados con las normas jurídicas en las cuales son realizados y solamente en ellas. Pero si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de derecho positivo, sino que debieran serlo sólo porque son justos... entonces se trata simplemente de postulados que no son jurídicamente obligatorios”.³⁰ Kelsen deja así a salvo la posibilidad de aplicar los principios, en tanto éstos se encuentren recogidos por normas jurídicas positivas.

En otra obra, el autor de la Escuela de Viena señala que “hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no

cosas, es decir, del Derecho del Estado constitucional” (Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 190).

²⁷ Prieto Sanchís afirma que la teoría jurídica de Kelsen “representa quizá la culminación del legalismo” (*Constitucionalismo...*, cit., p. 17).

²⁸ Prieto Sanchís afirma que “si hay algún aspecto del positivismo que aparezca claramente lesionado por la justicia constitucional, éste es el conocido con el nombre de legalismo, esto es, aquella tesis que hace de la ley la única o en todo caso la suprema fuente del Derecho”. Sin embargo, como lo indica este mismo autor, esto solamente resulta cierto si se entiende el legalismo como una proposición prescriptiva, lo cual difícilmente pueda ser considerado como una tesis positivista (Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 162).

²⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 77.

³⁰ *Ibidem*, p. 78.

así los segundos”.³¹ Sin embargo, esta prevención de Kelsen contra las normas que establecen cierto contenido futuro de las leyes, se dirige en realidad contra normas de principios cuyo lenguaje resulte ambiguo o abierto. Así afirma que:

La misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley.³²

Dicho de otra manera, si esos valores se especifican con precisión, se concretan, entonces se habrán positivizado. Esa positivización puede realizarse al nivel de la ley, pero también al nivel de la Constitución. Se observa así que el inconveniente no surge respecto de la constitucionalización de valores, sino en la necesaria precisión que deben tener las normas constitucionales. Si las normas constitucionales establecen prohibiciones u órdenes precisas para el legislador, éste deberá ponerlas en práctica.³³

Lo mismo puede decirse de Hart. En su *Postscript* el profesor de Oxford sostiene que “en algunos sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos, el último criterio de validez legal puede incorporar explícitamente además del *pedigree*,³⁴ principios de justicia o valores morales sustantivos y estos pueden formar el contenido de los límites jurídicos constitucionales”.³⁵ Esto ya había sido afirmado por Hart en la primera edición de su libro:

³¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1958, p. 310.

³² Kelsen, *La garantía...*, cit., p. 79.

³³ No es correcto afirmar que Kelsen entiende que el control debe limitarse exclusivamente a los aspectos formales de la constitucionalidad de las normas. En su actuación como juez constitucional en Austria, Kelsen tuvo oportunidad de analizar si en determinados casos una ley violaba los derechos constitucionales de los individuos y así lo declaró. Una excelente reseña de su actividad como juez constitucional puede encontrarse en Walter, Robert, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz, Viena, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 2005.

³⁴ *Pedigree* equivale a las limitaciones de forma y no de contenido.

³⁵ Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 247. Existe una traducción al castellano de Genaro Carrió de la primera edición de este libro de Hart, publicada bajo el título *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión de 1998 que no contiene el *Postscript*.

Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no solamente estableciendo la forma y manera en que debe legislarse (lo cual puede concederse que no constituye una limitación), sino excluyendo totalmente ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, estableciendo por lo tanto limitaciones sustanciales.³⁶

De allí que Hart rechace las críticas de Dworkin en el sentido de que su teoría del derecho sea positivismo de simples hechos y exprese que éste pasa por alto este aspecto de su teoría.³⁷

Lo que resulta difícil negar es que, si la Constitución consagra fórmulas vagas o “abiertas”, para utilizar una expresión de moda entre los autores europeos actuales, alguien será el encargado de concretarlas o precisarlas, en definitiva, de cerrar la apertura. Aun cuando se pretenda presentar la cuestión como una contraposición entre la Constitución como mero instrumento formal de distribución del poder y la Constitución como norma material o de contenido sustancial, en la práctica ese pretendido contraste se reduce a la determinación de quién es el encargado de concretar los principios constitucionales en normas positivas. Para la teoría europea decimonónica, ese papel le corresponde al legislador, mientras que para el neoconstitucionalismo europeo ese lugar es ocupado ahora por el juez constitucional. Ciertamente que esto se disfraza mediante el recurso a los principios, pero en definitiva y más allá de las críticas que merecerá más adelante la utilización de los principios, eso no refuta que, en definitiva, se trata de una discusión acerca de quién es el que debe transformar los principios en reglas.

En suma, si bien es cierto que el auge del legalismo coincide con el desarrollo del positivismo jurídico, no lo es menos que el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, que actúe como límite al accionar del Estado y que imponga deberes a los poderes públicos, no es incompatible con esa corriente jurídica y en parte puede considerarse como producto de ella. El Estado legalista supone el positivismo jurídico, pero eso no implica que el positivismo jurídico suponga el Estado legalista. En realidad, el Estado legalista puede considerarse como una etapa del desarrollo del positivismo jurídico. Ese tipo de Estado constituye un avance superador del absolutismo y sienta las bases para el desarrollo posterior del constitucionalismo.

A diferencia de lo que sostiene la moderna doctrina europea, no es necesario afirmar que la Constitución es un orden de valores para sostener el Estado constitucional. El positivismo no rechaza en modo alguno la

³⁶ Hart, *The Concept of...*, cit., p. 68.

³⁷ *Ibidem*, p. 247.

existencia de normas sustantivas en las Constituciones. El hecho de que el positivismo pueda ser considerado como una concepción jurídica esencialmente formalista o procedimental, no implica que rechace la posibilidad de establecer limitaciones sustanciales a la acción estatal.

El mismo Kelsen admite que el examen de constitucionalidad “se aplica tanto a la forma en que la norma ha sido aprobada como al contenido de ella”.³⁸ En otra obra, Kelsen afirma que la Constitución puede determinar el contenido de las leyes, tanto negativamente, es decir, estableciendo que no pueden tener determinado contenido, o positivamente, esto es, ordenando que ciertas leyes tengan un contenido específico.³⁹ Más adelante, Kelsen sostiene que:

La función esencial de la Constitución... consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, estos es, en determinar a los órganos y el procedimiento de la legislación, así como —hasta cierto grado— el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes. Es este un caso especial del problema más general que estriba en garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o su contenido.⁴⁰

El mismo Ferrajoli, uno de los autores cercanos a la corriente neoconstitucionalista,⁴¹ reconoce que:

El constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez son puestos, artificialmente, por el propio derecho positivo. Con otras palabras, el derecho positivo disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas... sino también las

³⁸ Kelsen, Hans, “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*” en *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, pp. 37 y 38.

³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1958, p. 148.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 316.

⁴¹ Ferrajoli se declara positivista crítico (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 872). Sin embargo, también se le considera un neoconstitucionalista. Sobre las tensiones que esas dos posiciones crean en su teoría jurídica véase García Figueroa, Alfonso, “*Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista*” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 267-284.

condiciones sustanciales de su validez... Claramente, en este sentido el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada.⁴²

Algunos autores, advirtiendo la endeblez de atribuir a una teoría jurídica la responsabilidad por la instauración de un régimen totalitario, adoptan posiciones algo más cautelosas, sin por ello dejar de achacar al positivismo jurídico parte de la culpa. Más modernamente y ante la abrumadora evidencia que demuestra la falsedad de esa afirmación, se le ha modificado parcialmente y, así, Dyzenhaus afirma que “si bien no puede atribuirse la toma del poder por parte del nacionalsocialismo al positivismo jurídico ni sostenerse que el positivismo haya preparado el camino para el nazismo, esta teoría jurídica no ofreció ningún recurso jurídico que pudiera usarse para resistir la toma de poder del fascismo en Alemania”.⁴³ Sin embargo, esta tesis es igualmente falsa.

Un análisis atento de la realidad jurídica del régimen nacionalsocialista desmiente rotundamente ese mito y demuestra que fue solamente una cómoda manera de eludir responsabilidades de quienes voluntariamente colaboraron con el régimen de Hitler, presentándose como víctimas del nazismo por culpa del positivismo. Dreier recuerda que durante la época de entreguerras en Europa, las tesis positivistas de Kelsen habían sido calificadas de negadoras del Estado y hasta de anarquistas. Agrega este autor que:

Naturalmente, desde este punto de partida había sólo un pequeño paso, que muchos dieron gustosos, para adjudicar al positivismo jurídico en conjunto y a la teoría de Kelsen en particular, una gran medida de culpa por el paso a la dictadura. Las víctimas cosechaban así acusaciones de culpabilidad, mientras que los que proporcionaron legitimación al régimen nacionalsocialista se mantenían fieles a sus posiciones sustanciales y su condena del positivismo o se transformaban en apóstoles del derecho natural. También esta conducta puede explicarse de manera supuestamente psicológica: como un mecanismo de suplantación humanamente entendible. Sin embargo, eso no hace que la leyenda positivista sea más verdadera, sino que permanece como lo que es:

⁴² Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002, pp. 7 y 8.

⁴³ Dizenhaus, David, *Legality and Legitimacy*, Londres, Oxford University Press, 2003, p. 5.

una (sumamente exitosa) campaña de desinformación, que transformó víctimas en victimarios y victimarios en víctimas.⁴⁴

Tanto el nacionalsocialismo como el fascismo no se han basado en las tesis positivistas para legitimar su accionar. Muy por el contrario, como todo movimiento totalitario, pretenden justificarse mediante la invocación de valores trascendentes y rechazan el positivismo como filosofía.⁴⁵ Por ejemplo, Hans Frank, quien fuera jefe de la Asociación Nacionalsocialista de Abogados, presidente de la Academia de Derecho Alemán, ministro del Reich sin cartera y gobernador general de Polonia,⁴⁶ expresaba: “Todo lo que sirve al Pueblo es derecho, todo lo que lo daña no lo es”. En la Alemania nazi se criticaba la fidelidad a la ley, tildándola de formalismo normativista y positivismo vacío.⁴⁷ De hecho, los puntos salientes del desarrollo de la teoría del derecho (si es que puede llamársele así) en el nacionalsocialismo, fueron el abandono del positivismo y un cambio de dirección hacia concepciones irracionales del derecho bajo la óptica de la colectividad racial, que se orientaba por los conceptos de pueblo, colectividad, raza y principio autoritario o *Führerprinzip*.⁴⁸

El nacionalsocialismo rechazaba el formalismo jurídico de manera expresa.⁴⁹ El ya citado Frank expresaba que “leyes y derecho no son idénticos, ya que las leyes son solamente fuentes de información indispensables, pero

⁴⁴ Dreier, Horst, *Rezeption und Rolle der reinen Rechtslehre*, Festakt aus Anlass des 70. Geburtstages von Robert Walter, Viena, 2001, pp. 18 y 19. Quizá con demasiada contemplación, Jabloner afirma que si bien la tesis que afirma la responsabilidad del positivismo en la caída de la República de Weimar es hasta cierto punto entendible, es en los hechos errónea (Jabloner, Clemens, “Hans Kelsen: Introduction”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley-Los Angeles-Londres, University of California Press, 2000, p. 73).

⁴⁵ Giovanni Gentile, quizás el filósofo más importante del fascismo, tenía como objetivo derrotar al positivismo, al que consideraba un enemigo pernicioso (Gregor, A. James, *Giovanni Gentile: Philosopher of Fascism*, New Brunswick-Londres, Transaction Publishers, 2004, p. 15). Löwenstein expresa que la reforma de la ley alemana bajo el nacionalsocialismo tenía por meta la modificación del positivismo a través de una nueva concepción de la ley de la equidad (Löwenstein, Kart, “Law in the Third Reich”, *Yale Law Journal*, t. 45, p. 783).

⁴⁶ Frank fue condenado a muerte en los juicios de Nuremberg por su responsabilidad en el asesinato de millones de personas en los campos de concentración en Polonia y fue ahorcado.

⁴⁷ Rüthers, Bernd, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, Osnabrück, Fromm, 1991, p. 92.

⁴⁸ Sigmundt, Christian, *Rechtsgewinnung und Erbhofrecht*, Wurzburg, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Julios-Maximilian Universität, 2005, p. 112.

⁴⁹ Sunstein, Cass R., “Must formalism be defended empirically?”, *University of Chicago Law Review*, t. 66, 1999, p. 636.

necesariamente incompletas del derecho”.⁵⁰ Karl Larenz, un conspicuo jurista nazi que luego tuviera una destacada carrera como civilista en la República Federal de Alemania,⁵¹ afirmaba, luego de asumido el poder por Hitler, que “una renovación del pensamiento jurídico alemán es imposible sin un apartamiento radical del positivismo y del individualismo”.⁵² Otro de los integrantes de la llamada Escuela de Kiel⁵³ expresaba que:

El derecho vigente es hoy parte integrante de la ordenación nacionalsocialista de la comunidad popular. El juez, en la interpretación, no debe servir más a un Estado de Derecho liberal, sino a la ordenación de la comunidad popular determinada por una idea política. El juez debe encontrar las disposiciones positivas del derecho en esa idea de ordenación y aplicarlas en el sentido de su significación fundamental. A ello no se opone la sujeción del juez a la ley, tomada del antiguo sistema y que sigue vigente hoy, ya que ésta no se extiende más allá de la ley misma.⁵⁴

Un abismo separa esas tesis del positivismo jurídico, pero sin embargo son llamativamente cercanas a la jurisprudencia de valores, precursora del neoconstitucionalismo. Rüthers, en su medular estudio acerca de la interpretación judicial en el nacionalsocialismo, recuerda que “cada omisión de

⁵⁰ Frank, Hans, *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Strafrecht*, cit. por Ott, Walter y Buob, Franziska, “Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless During the Third Reich?”, *Social & Legal Studies*, vol. 2, 1993, p. 100.

⁵¹ La Torre, en un estudio específico sobre el pensamiento de Larenz, afirma que éste “fue, junto con Carl Schmitt, uno de los juristas y teóricos del derecho más representativos que adhirieron al nacionalsocialismo. En el caso de Larenz, como en el de Carl Schmitt, no se trató de mera adhesión... sino de la participación convencida en ese movimiento político (a cuyo éxito los dos mencionados autores contribuyeron a preparar en todo lo que era posible con sus escritos) y en la consiguiente *Deutsche Rechtserneuerung* [renovación del derecho alemán]” (La Torre, Massimo, “La Lotta contro il Diritto Soggettivo”, *Karl Larenz e la Dottrina Giuridica Nazionalsocialista*, Milán, Seminario Giuridico della Università di Bologna, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, pp. 1 y 2).

⁵² Larenz, Karl, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1934, p. 15. La Torre recuerda que “Larenz utiliza a Kelsen como blanco preferido de su crítica, declarándose adversario decisivo del juspositivismo” (La Torre, “La Lotta contro...”, *cit.*, pp. 2 y 3). Este autor recuerda también que para Larenz, el positivismo, en particular el de Kelsen, es una manifestación de la infiltración espiritual extranjera (*op. cit.*, p. 3, nota 3).

⁵³ La Escuela de Kiel fue un grupo de jóvenes juristas nazis, que ocuparon los puestos de profesores forzados a abandonar sus cargos por razones políticas o raciales. El nombre proviene del hecho de que iniciaron su actuación en la Universidad de Kiel. Se la consideró en su momento como la vanguardia del pensamiento jurídico nacionalsocialista.

⁵⁴ Busse, Martin, *Der Erbhof im Aufbau der Volkordnung*, citado por Sigmundt, *Rechtsgewinnung und Erbhofrecht*, p. 185.

aplicar una disposición jurídica bajo la invocación de *principios jurídicos superiores* o *axiomas jurídicos supremos*, como era corriente en la época nacionalsocialista, significa siempre necesariamente una violación de la tesis nuclear del positivismo jurídico”.⁵⁵ Más adelante agrega que “la evolución del derecho en el nacionalsocialismo fue efectuada, y esto es especialmente válido para el derecho privado, en una medida muy considerable a través de una interpretación modificadora del derecho... Esto es inconciliable con las premisas básicas del estricto positivismo jurídico”.⁵⁶

También es falso que el positivismo jurídico kelseniano haya sido la filosofía jurídica preponderante en la República de Weimar. Como lo explica García Amado:

El tipo de positivismo que regía no era aquel positivismo jurídico kelseniano que mantiene que el Estado no es más que una forma de ver un sistema jurídico vigente, negándole así al ser estatal toda entidad propia y cuestionando de raíz la metafísica estatista. El positivismo mayoritario era de un juez completamente diferente, era positivismo estatista, cuyo postulado central podríamos resumir así: todo lo que en el Derecho y la vida social cuenta (las normas jurídicas, los derechos individuales, las instituciones...) nace del Estado y se debe al Estado, nada hay fuera del Estado, nada se debe tolerar si perjudica la vida propia y la supervivencia del Estado.⁵⁷

La afirmación de Radbruch, de la cual se hicieron rápido eco todos aquellos que habían colaborado con el régimen nacionalsocialista, en realidad esconde la responsabilidad del pueblo alemán, incluyendo a los juristas, el que toleró de buena gana las leyes racistas nazis.⁵⁸ Prueba de ello es la declaración del 17 de marzo de 1933 del Consejo Directivo del Deutscher Richterbund (algo así como la Asociación de Magistrados alemanes), en la cual depositaba toda su confianza en Hitler y proclamaba que los jueces alemanes siempre habían sido conscientes de su responsabilidad.

García Amado afirma que:

⁵⁵ Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, p. 99.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...?”, *cit.*, p. 159.

⁵⁸ Un ejemplo de ese eco en quienes habían tenido participación activa es Weinkauff, “Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick”, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, vol. 16, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1968. Rudolf Smend, uno de los abanderados de la reacción antipositivista anterior a la Segunda Guerra Mundial, se cuida de efectuar crítica alguna al fascismo, desliza algunos elogios e incluye algunas referencias antisemitas.

Difícil será encontrar en toda la historia jurídica del siglo XX un mayor descaro ni una hipocresía más grande. Mintieron y falsearon a partes iguales. Mintieron sobre su pensamiento y su actuación al servicio de Hitler. Falsearon la historia, por ejemplo cuando dijeron que el pensamiento kelseniano era el dominante entre los profesores alemanes, ellos mismos, y desfiguraron radicalmente las tesis de Kelsen cuando repitieron que Kelsen no admitía excusa moral para la desobediencia al derecho válido y propugnaba el ciego acatamiento incluso de normas como las de los nazis. No ha de extrañarnos ese proceder cuando reparamos en que tales cosas las escribieron, después del 45, antiguos altos jueces y fiscales nazis con pasado un tanto sangriento, o profesores que medraron académicamente en su juventud a fuerza de adular a Hitler y sus esbirros y triunfaron después del 45 a base de alabanzas a los derechos humanos y a los valores de las Constituciones liberales, pero siempre, es curioso, denostando a Kelsen.⁵⁹

Suponer que un sistema jurídico considerado arbitrario o gravemente injusto por el conjunto de la población, puede no obstante imponer su obediencia por el convencimiento de que el derecho debe ser obedecido, sea justo o no, resulta como mínimo una ingenuidad, cuando no una burda mentira.⁶⁰

En realidad, tanto el nacionalsocialismo como el fascismo y otros movimientos totalitarios imponen una determinada moral y es en nombre de esa moral y de los valores trascendentes que ella representa, que se impone el régimen jurídico. Un autor italiano sostenía que el fascismo “ha hecho apelación a motivos místicos, como el del patriotismo, el del militarismo y el de la solidaridad social de la Nación”.⁶¹ Los jueces nazis

no se basaban en el significado ordinario u original de los textos legales. Por el contrario, entendían que las leyes debían interpretarse de acuerdo con el espíritu de la época, definido en relación con el régimen nazi. Pensaban que

⁵⁹ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...”, *cit.*, p. 160.

⁶⁰ Hart afirma con razón que “hay una extraordinaria candidez en la visión de que la insensibilidad a las demandas morales y la subordinación al poder del estado en un pueblo como los alemanes, haya surgido del convencimiento de que la ley sea ley aun cuando no esté de acuerdo con requisitos morales básicos. En realidad, esta terrible historia obliga a preguntarse por qué el énfasis en el eslogan *la ley es ley* y la distinción entre la ley y la moral, adquirieron un carácter tan siniestro en Alemania, cuando en toda otra parte, como con los mismos utilitaristas, estuvo unida a las mentes liberales más iluminadas” (Hart, Herbert L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals” en Dworkin, Ronald, ed, *The Philosophy of Law*, p. 31, Oxford University Press, 1977).

⁶¹ Costamagna, Carlo, *Elementi di Diritto Pubblico Fascista*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1934, p. 26.

los tribunales sólo podían cumplir con su misión si no permanecían apegados a la letra de la ley, sino que deben penetrar su núcleo interno en la interpretación y hacer su parte para que los objetivos que tuvo en mira el legislador se vean realizados.⁶²

Friedrich recuerda que:

La función del derecho cambia totalmente en una sociedad totalitaria. La ley se convierte meramente en un instrumento en manos de los dirigentes políticos, porque la justicia, como valor autónomo, ha desaparecido. En su lugar, adquieren importancia decisiva valores sociales tales como la realización de las metas económicas e industriales del sovietismo o los conceptos populares y raciales de Hitler.⁶³

El mismo autor citado precedentemente, pese a abogar por que la jurisprudencia considere la existencia de normas que tengan validez fuera y más allá de la ley, reconoce que “ni Hitler ni Stalin se habrían considerado a sí mismos como positivistas, pues ambos habían sido dogmáticos fanáticos sin respeto alguno para la verdad y para la razón”.⁶⁴ Incluso autores que afirman una necesaria vinculación entre el positivismo y el totalitarismo se ven forzados a reconocer que el problema de la República de Weimar no fue su Constitución ni las teorías jurídicas que surgieron en torno a ella, sino la falta de demócratas convencidos de que aquélla debía ser defendida.⁶⁵ Es innegable, por otra parte, que juristas considerados cercanos al nacionalsocialismo, como por ejemplo Carl Schmitt,⁶⁶ Karl Larenz, Otto Koellreutter, Ernst Forthoff, Theodor Maunz⁶⁷ o Ernst Rudolf Huber, son fuertemente antipositivistas y forman parte de la reacción contra esa corriente jurídica en la República de Weimar.⁶⁸ Por el contrario, los principales representan-

⁶² Sunstein, “Must formalism...”, *cit.*, p. 636.

⁶³ Friedrich, Carl J., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 315.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁶⁵ Dyzenhaus, *Legality and...*, *cit.*, p. 5.

⁶⁶ Kaufmann afirma que si bien Schmitt nunca emprendió el intento de elaborar una teoría sistemática del derecho, sus distintos escritos encuentran su conexión en su adversario: el positivismo jurídico teórico-estatal que considera que el único derecho válido es el impuesto o reconocido por el Estado (Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del derecho de Carl Schmitt*, 3a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 151).

⁶⁷ Una interesante descripción de la vida de Theodor Maunz puede encontrarse en Stolleis, Michael, *Law under the Swastika*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, pp. 185-192.

⁶⁸ Reifner, Udo, “Juristen im Nationalsozialismus”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 1, 1983, pp. 13-19; Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Re-*

tes del positivismo jurídico de esa época, como Gerhard Anschütz, Richard Thoma y Hans Kelsen tomaron clara distancia del régimen nacionalsocialista y muchos de ellos se vieron forzados a emigrar.⁶⁹

A eso cabe agregar el ejemplo de fascismo español, en el que las concepciones positivistas fueron rechazadas de plano, ya que resultaban contradictorias con el propósito de elaborar una nueva teoría del Estado, que incorporara “el sentido católico —de gloriosa tradición y predominante en España— a la reconstrucción nacional”.⁷⁰ En este sentido, Legaz y Lacambra, uno de los principales teóricos jurídicos del franquismo, desarrolló una teoría iusnaturalista del derecho, la cual debía imponerse como dominante.⁷¹ Este mismo autor, analizando la teoría jurídica del nacionalsocialismo alemán, expresaba: “Digno de toda loa en el nacionalsocialismo es su negación del individualismo y su enérgica afirmación de los valores de la comunidad, nacionales e históricos”.⁷² Esta frase deja en claro que los regímenes fascistas hacen particular exaltación de determinados valores que se encontrarían en las raíces nacionales de cada país. Otro jurista cercano en ese entonces al franquismo, Sánchez Agesta, manifiesta su deseo de rehuir “de la pobre imitación que hizo el positivismo en la hora más triste de la sociología, deslumbrado por el éxito de las ciencias naturales”.⁷³

En los sistemas políticos totalitarios, el orden jurídico no es más que el traslado a las normas de los principios morales que sostienen el régimen político. Para esto, resulta mucho más conveniente abrazar el iusnaturalismo que el positivismo, lo cual no implica sostener que el iusnaturalismo es necesariamente autoritario. Como correctamente lo señala Bobbio:

publik und Nationalsozialismus, pp. 171-186, C.H. Beck, Munich, 2002. En el mismo sentido, Friedrich, Manfred, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 322-330; Koriath, Stefan, “The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany: Introduction”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (ed.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Los Ángeles-Londres-Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 41-50.

⁶⁹ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 14. Hay quienes sostienen que Kelsen debió huir a los Estados Unidos por ser judío. Sin embargo, Kelsen fue uno de los pocos profesores que se vieron alcanzados por las dos causales de exclusión de los cargos públicos establecidas en la Ley para la Reorganización del Empleo Público: su ascendencia judía (artículo 3o.) y sus ideas políticas contrarias al nacionalsocialismo (artículo 4o.) Véase Dreier, *Rezeption und Rolle...*, *cit.*, p. 13.

⁷⁰ Rivaya, Benjamín, *Filosofía del derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 201.

⁷¹ López García, José Antonio, *Estado y derecho en el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 131.

⁷² López García, *Estado y Derecho...*, *cit.*, p. 54.

⁷³ *Ibidem*, p. 53.

Si se considera sin prejuicios la historia del jusnaturalismo, se observa que las doctrinas jusnaturalistas no coinciden siempre —como quieren hacer creer los modernos abogados defensores— con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad, han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia.⁷⁴

El mismo Smend, un autor decididamente antipositivista y uno de los precursores de la moderna teoría que ve en la Constitución un orden de valores, reconoce la exaltación de valores trascendentes por parte del fascismo:

En parte aquí radica el sentido del constante resaltar por Mussolini y el fascismo del carácter revolucionario de la marcha sobre Roma: sólo entendida así constituye el acontecimiento simbólico de la ruptura con el mundo antiguo y la inauguración de *valores estatales* totalmente nuevos y precisamente por eso, es en su carácter revolucionario que radica su peculiar efecto integrador, el establecimiento de una legitimidad específicamente fascista⁷⁵ (énfasis añadido).

Este mismo autor afirma que:

Es una de las grandes virtudes del fascismo, sobre el que, en cuanto al resto, puede hacerse la valoración que se quiera, el haber visto con gran claridad la necesidad de una integración global, y habiendo rechazado el liberalismo y el parlamentarismo, ha sabido manejar con maestría las técnicas de integración funcional, y ha sabido sustituir a sabiendas la integración sustantiva del socialismo por otro tipo de integración (el mito de la Nación, el Estado corporativo, etc.).⁷⁶

Es llamativo observar cómo los autores que repiten esta crítica al positivismo y describen al régimen nazi como la negación del Estado de derecho,

⁷⁴ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 80 y 81.

⁷⁵ Smend, Rudolf, “Verfassung und Verfassungsrecht”, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 163, nota 10. Existe una traducción al castellano titulada *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

⁷⁶ Smend, “Verfassung und...”, cit., p. 175.

sin embargo, aceptan de buena gana las afirmaciones nazis de que dicho régimen habría llegado al poder de manera legal. Si bien el punto excede los límites de este trabajo, es necesario señalar que esa afirmación también es falsa. La toma del poder por parte del nacionalsocialismo no ocurrió con la designación de Hitler como canciller, en cuyo gabinete los nazis estaban en minoría,⁷⁷ sino a través del dictado de diversas normas, manifiestamente inconstitucionales.⁷⁸ Los juristas alemanes podrían (y deberían) haberse opuesto a dichas leyes desde el positivismo, haciendo notar la palmaria violación de la Constitución de Weimar.⁷⁹ Sin embargo, nada de eso ocurrió precisamente porque el motivo de la falta de oposición no se encuentra en el positivismo jurídico, sino en la adhesión o al menos tolerancia del régimen nacionalsocialista.

Repárese simplemente en los asesinatos de Ernst Röhm y de otros líderes de las SA,⁸⁰ así como de varios políticos conservadores (entre ellos el ex canciller Schleicher), ocurridos los días 30 de junio y 1 y 2 de julio. Esas ejecuciones fueron llevadas a cabo de manera personal por Hitler y sus secuaces, sin ningún tipo de proceso y pretendieron legalizarse retroactivamente mediante una ley en la cual se les declaraba legales debido a la emergencia.⁸¹ El mismo Hitler declaró en su discurso ante el Reichstag del 13 de julio de 1934 que había actuado como “el máximo tribunal del pueblo alemán”. Carl Schmitt intentó justificar esta abominación jurídica a través

⁷⁷ Sólo cinco ministros eran nacionalsocialistas, contra ocho que no lo eran. En las elecciones convocadas luego de la disolución del *Reichstag*, el partido nazi (NSDAP) obtuvo solamente el 43.9% de los votos y 288 diputados de un total de 647, mientras que el otro partido integrante de la coalición gobernante obtuvo el 8% y 52 diputados. Es decir, que en conjunto, la coalición obtuvo apenas el 51.9% de los votos, luego de una campaña electoral en la que el aparato estatal actuó masivamente a favor del nacionalsocialismo y los partidos opositores casi no tuvieron oportunidad de expresarse. Esto ha llevado a Loewenstein a afirmar la ilegalidad de esas elecciones y concluir que “la base constitucional sobre la que descansa la reconstrucción de Alemania según líneas nacionalsocialistas fue creada esencialmente por fraude y terrorismo” (Loewenstein, Karl, “Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937”, *University of Chicago Law Review*, 537, 1936-1937, p. 540).

⁷⁸ Es muy interesante el análisis que realiza Karl Loewenstein a partir de la página 541 del trabajo citado en la nota anterior, en el que señala con precisión las violaciones a la Constitución de Weimar. Sobre este tema también puede consultarse a Willoweit, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5a. ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 389 y 390.

⁷⁹ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 14.

⁸⁰ Las SA (*Sturmabteilung*) eran las fuerzas de choque del Partido Nacionalsocialista. Röhm fue considerado un obstáculo para la alianza de Hitler con el ejército y fue eliminado junto con los restantes líderes de las SA. Hitler aprovechó también la ocasión para matar a varios políticos conservadores.

⁸¹ Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr.

de un oprobioso artículo titulado *El Führer protege el derecho*. En él afirma: “el Führer protege el derecho frente a los peores abusos, cuando en el momento de peligro, por imperio de su liderazgo (*Führertum*), crea derecho directamente en su calidad de juez supremo”.⁸² Esta obscena justificación pretendidamente jurídica del asesinato es repugnante del positivismo jurídico.

Lo mismo puede decirse del régimen fascista italiano, el que alteró inconstitucionalmente las disposiciones del Estatuto Albertino. Garófalo recuerda que “muchas discusiones se han entablado sobre la posibilidad de reformar el Estatuto fundamental del reino de Italia y sobre el procedimiento a seguir. A pesar de la discusión, en la realidad ha sido modificado el Estatuto todas cuantas veces fue necesario en beneficio del Estado”.⁸³ El mismo Mussolini declaró en 1925 que “la Constitución no puede ser un gancho en el cual colgar a cada generación. Día tras día nos vemos obligados a violarla”.⁸⁴

Es entonces falso afirmar que el positivismo allanó la toma del poder por parte del nazismo o que privó a los juristas alemanes de elementos para defenderse contra los nazis. Por el contrario, el mismo positivismo, con su apego estricto a la ley positiva, hubiera servido para que esos mismos juristas se opusieran a las violaciones de la Constitución por parte de la legislación nazi. La relación entre el positivismo y el totalitarismo no es más que una leyenda.⁸⁵

⁸² Schmitt, Carl, “*Der Führer schützt das Recht*”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 1934, p. 946. La frase original en alemán es: “Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft”.

⁸³ Garófalo, Pietro, *Principios de derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano*, Madrid, Góngora, 1934, p. 39.

⁸⁴ Citado por Reale, Egidio, “The Italian Constitution under Fascism”, *Foreign Affairs*, t. 18, 1939-1940, p. 153.

⁸⁵ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 18; Arnold, Eckhart, “Aufklärung als metaphysische Denunziation. Über den Begriff der Aufklärung bei Korkheimer und Adorno”, *Philosophische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf*, 2005, p. 7.