

PEÑA FREIRE Antonio Manuel, *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018, 260 pp.

Han transcurrido apenas dos años desde que el profesor García Amado pusiera a disposición del lector español el estudio llevado a cabo, treinta años atrás, por Bernd Rüthers, sobre la teoría jurídica y el papel de los juristas en el Tercer Reich (*Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid, 2016). No siendo éste el dato que motiva la presente información bibliográfica y doctrinal, referida al reciente trabajo del profesor Antonio Peña Freire (*Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018), sí puede servirnos de referencia para calibrar en su justa medida y contextualizar adecuadamente la importancia doctrinal, el interés académico y la más que notable oportunidad del riguroso trabajo del profesor de Granada. En 1987, en el *Prefacio* a la primera edición de su obra, Rüthers, tras constatar, con indisimulada preocupación, que la degeneración del Derecho en instrumento de terror «no se ha dado solo en el nacional-socialismo, sino que se ha visto confirmada en numerosos y similares sistemas totalitarios del pasado y del presente» (p. 46), lanzaba una sugerente incitación al necesario compromiso académico con la ciencia jurídica: «Los conocimientos y experiencias que para la tarea práctica de los juristas del futuro en un Estado constitucional liberal se pueden obtener de la historia del derecho y de la ciencia jurídica del nacionalsocialismo solo muy limitadamente han sido sacados a la luz hasta ahora y apenas han hallado acomodo en la literatura sobre la enseñanza universitaria. Ahí, —concluía el juez y catedrático de Konstanz— queda mucho por hacer» (p. 47).

El excelente trabajo que nos ofrece el profesor Peña Freire, sin ser el único entre nosotros, es sin duda uno de los que con más rigor, extensión y profundidad analítica ha encarado la propuesta del alemán. El autor, abiertamente instalado en la convicción del valor moral y civilizatorio del *Derecho*, incluso cuando es entendido como *legalidad*, sitúa la cuestión en el que históricamente ha sido, y en no poca medida sigue siendo, epicentro de la filosofía del Derecho y, más específicamente, del pensamiento y la ciencia jurídica contemporáneos. Es de agradecer, por cierto, la claridad con la que el autor advierte de su personal ubicación en el panorama del pensamiento filosófico-jurídico: la defensa de la idea del Derecho y la legalidad como un bien moral y político, una idea de raíz netamente kelseniana y alejada, por cierto, de lo que el propio Kelsen denominaba «la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política... creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo» (*Teoría Pura del Derecho, Prólogo a la segunda edición*, p. 14). Quiere decirse, y así lo advierte expresamente nuestro autor, que, en consonancia implícita con la idea kelseniana del *valor jurídico* como *valor moral relativo* (*Teoría Pura del Derecho*, pp. 76 y ss.), la valoración moral positiva del Derecho ni asume ni presume concretos contenidos morales de la legalidad ni, mucho menos, conduce a la defensa de ninguna forma de asociación entre Derecho y justicia.

En cualquier caso, la cuestión central del ensayo que comentamos, se resume en un claro propósito: más allá de las responsabilidades imputables a los distintos operadores jurídicos en cada circunstancia histórica concreta, la idea del Derecho y la propia legalidad merecen, a juicio del autor, ser defen-

didados «ante su propio Tribunal de Nüremberg», porque «bien entendidos, no son ninguna herramienta particularmente apropiada para la programación y ejecución de matanzas y exterminios», y porque «Auschwitz no es el paradigma de un espacio pleno de derecho ni jurídicamente constituido, sino la antítesis misma de la legalidad y de lo que un orden jurídico representa» (Peña Freire, p. 27, énfasis nuestros). A nadie se le oculta que, pese a la aparente concreción y especificidad de la propuesta, nos encontramos ante los temas centrales de una teoría general del Derecho, temas que, directa o referencialmente, constituyen y delimitan el contenido principal de Legalidad y orden jurídico, como veremos. En cualquier caso, quizá merezca la pena advertir que el correcto entendimiento del Derecho y la legalidad, la gradualidad del territorio de lo jurídico y el orden jurídico como representación son, en sí mismas, acotaciones conceptuales que, pese al riguroso y meritorio esfuerzo desplegado por el autor a lo largo de su trabajo, dan idea de la complejidad de la tarea emprendida y, muy probablemente, habrán de ser objeto de ulteriores precisiones y quién sabe si de saludables controversias doctrinales.

El eje vertebrador del trabajo de Peña Freire es, sin duda, el debate entre H. L. A. Hart y L. L. Fuller, una de las versiones más llamativas y cercanas en el tiempo de la vieja confrontación entre iusnaturalismo y iuspositivismo, en el entendimiento de que las fronteras de la antigua polémica son cada día menos rígidas, menos canónicas y, desde luego, más permeables. Se trata de una opción del autor, entre otras posibles, que goza de plena legitimidad, indiscutible aptitud para la argumentación de fondo, sobre el Derecho en el marco del nacionalsocialismo nazi y ante la que no cabe, por tanto, hacer cuestión. En todo caso, al margen de la mayor o menor relevancia de Fuller en el acervo de la filosofía jurídica española, a nuestro entender, en el haber del profesor granadino debe anotarse una de las exposiciones más completas de las disponibles en la literatura filosófico-jurídica española sobre el pensamiento del jurista norteamericano.

Reconociendo el éxito de Hart en el debate con Fuller, nuestro autor censura explícitamente su manera de conducirse en el mismo, su superficialidad argumental, su utilización instrumental y su tono veladamente despectivo para con el jurista norteamericano. Analiza también las carencias de su referente, Fuller, tanto en lo atinente a su concepción del binomio legalidad/orden jurídico como en lo relativo a la cuestión medular de *la moral interna de la legalidad* o, como prefiere Antonio Peña Freire, *la dimensión moral de la legalidad*. Y, a partir de aquí, el autor sustancia, en dos amplios capítulos, con una sólida fundamentación y una sistemática impecable, una sugerente teorización del orden jurídico como conjunto de relaciones de legalidad (*Orden social, legalidad y orden jurídico*, cap. 3) y la mencionada cuestión neurálgica de la moralidad de la legalidad y de los órdenes jurídicos (*La dimensión moral de la legalidad y de los órdenes jurídicos*, cap. 4). Se trata del contenido troncal del trabajo contenido en el ensayo que presentamos y que, obviamente, no puede ser objeto aquí de una exposición más amplia y detallada. No obstante, quizá quepa añadir que estamos ante una sugerente reformulación de viejas aspiraciones, en lo que al pensamiento jurídico se refiere, y en el comienzo de un camino que nos pueda aportar confianza y esperanza en la capacidad del Derecho y de la ciencia jurídica para garantizar una protección eficaz frente a cualquier tentación totalitaria y, desde luego, exterminadora.

El profesor Peña Freire ha dejado abiertas numerosas vías para avanzar en el desarrollo y despliegue del pensamiento de Fuller. En esa dirección, no nos resistimos a dejar aquí constancia de dos cuestiones puntuales, merecedoras de atención: la dimensión moral de la legalidad no es ajena, en modo alguno, a las últimas formulaciones del iuspositivismo, específicamente en Hart, y la proximidad de Fuller con las tesis habermasianas de la moralidad procedimental. Después de todo, el Derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno a la otra. «La legalidad [tiene escrito Habermas], solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales».

El trabajo de Antonio Peña se completa con un capítulo encaminado a certificar, con fundamento en la referida reconstrucción conceptual de la idea de legalidad y su dimensión moral, la incompatibilidad entre el Derecho y las prácticas exterminadoras, negando a toda práctica exterminadora la naturaleza de *injusto jurídico* (*La difícil relación de la legalidad y el exterminio*, cap. 5). Más concretamente, en perfecta congruencia con lo anunciado, quizá sin excesiva precisión, en su introducción al tema, nuestro autor abrochará con contundencia la conclusión de que el Holocausto es una práctica exterminadora, incompatible con la legalidad por ser precisamente exterminadora, totalizante y universal. Sin abandonar la permanente compañía de Fuller, concluirá que «la definición de los órdenes jurídicos como órdenes de legalidad y la de la legalidad como una relación en la que se gobierna el comportamiento de un individuo evidencian que derecho y exterminio son conceptualmente incompatibles... Conceptualmente un exterminio legal es imposible» (p. 222).

El último capítulo de Legalidad y orden jurídico, dedicado a cuestionar las tesis del iuspositivismo sobre el carácter instrumental del derecho y su neutralidad moral (*El análisis iuspositivista de la moralidad de la legalidad*, cap. 6) quizá adolece de una cierta desproporción entre objeto y tratamiento, razón por la que, a nuestro modesto entender, merecería un análisis más extenso. Quizá pueda resultar intelectualmente excitante y provocador. Si, como reconoce Antonio Peña, Hart ganó el debate con Fuller, no parece consistente ni congruente asignar al iuspositivismo una imputación tan severa y un pliego de cargos tan contundente. Como hemos dejado dicho aquí mismo, las fronteras de la polémica son cada día más difusas.

Adolf Eichmann, el oficial de las SS sometido a juicio en Jerusalén en 1961, invocó reiteradamente a lo largo del juicio la generalizada convicción de que, en el Tercer Reich, «las palabras del Führer tenían fuerza de ley». Y recurrir a «la inequívoca voz de la conciencia» o «al general sentimiento de humanidad» para dilucidar las cuestiones de legalidad o ilegalidad de una norma, como señalara Hannah Arendt, «no solo constituye una petición de principio, sino que significa rehusar conscientemente a enfrentarse con el más básico fenómeno moral, jurídico y político de nuestro siglo» (p. 90). El trabajo de Antonio Peña, negándole valor a la supuesta «convicción generalizada» esgrimida por Eichmann y evitando incurrir en la «petición de principio» denunciada por Hannah Arendt, se ha enfrentado, en su condición de teórico del derecho, con rigor y seriedad intelectual, al fenómeno más importante y dramático del siglo pasado, desde el punto de vista moral, jurídico y político. De ahí que quizá no sea del todo ocioso anotar, a propósito del meri-

torio esfuerzo del profesor Peña Freire, una cuestión que desborda, ciertamente, su trabajo pero que resulta de indudable interés para la filosofía práctica de nuestro tiempo: ¿cómo atajar lo que K. Jaspers denominó «el genocidio del futuro»? Dicho de otra manera: supuesto el dato generalmente aceptado de que el valor de los Juicios de Nüremberg contra la barbarie nazi, y de los que les siguieron, no alcanzó nunca a dar respuesta a la «siniestra e inquietante posibilidad» de que en el futuro se cometan otros delitos de la misma naturaleza, vistas las limitaciones e inadecuación de los ordenamientos estatales para atajar fenómenos de exterminio y ampliamente constatada la negación de una jurisdicción internacional, ¿Dónde hemos de situar nuestro grado de confianza en el Derecho? ¿Qué podemos esperar de los progresos de la ciencia del Derecho?

Permitaseme concluir esta breve nota bibliográfica con una pequeña extravagancia. Un día del invierno de 1983, concretamente el 21 de febrero, en la ciudad alpina de Altenberg, muy cerca de Viena, al calor de una chimenea y ante las cámaras de la televisión, dos amigos de infancia ya octogenarios, con trayectorias vitales divergentes y adscritos a universos intelectuales diferentes, hacen balance de sus respectivas biografías intelectuales, certificando la notable convergencia entre el pensamiento científico y el filosófico aunque discrepando en una cuestión trascendental: las expectativas de futuro para la especie humana.

–Hemos de ser conscientes –viene a concluir el científico– de los peligros y los riesgos de la involución y la regresión humana, el camino del hombre puede ser ascendente pero también puede ser descendente. «La posibilidad de evolución superior, de evolución hacia unos niveles desconocidos, que no han existido hasta ahora, está tan abierta como la de que la humanidad se convierta en una sociedad de termitas de la peor ralea».

–¡No hay motivo en absoluto para el pesimismo, el mayor peligro de nuestro tiempo! –replica el filósofo–. Vivimos en el mejor mundo que jamás ha existido, aunque «naturalmente que es un mundo malo, porque hay otro mejor y porque la vida nos incita a buscar mejores mundos».

Discrepancias aparte, los dos ancianos, Karl Popper y Konrad Lorenz, nacidos apenas iniciado el siglo xx, que habían vivido, cada uno a su manera, la dura experiencia del nacionalsocialismo –en el clima del *Círculo de Viena* y el exilio el primero y como afiliado y posterior apóstata del partido nazi el segundo–, acabaron por convenir, cuando el siglo se encaminaba a su fin, que «*nada ha existido ya y todo es posible*» porque «*el porvenir está abierto*». Quizá sea ésta la conclusión científico-filosófica que puede validar cabalmente, en última instancia, una reflexión sobre el Derecho como la planteada por el profesor Antonio Peña Freire en su trabajo sobre Legalidad y orden jurídico, un trabajo llamado a provocar y estimular nuevas aportaciones a un debate necesario.

Ana M.^a JARA GÓMEZ
Universidad de Granada