

# Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel

CARMELO JIMÉNEZ SEGADO

Juez sustituto. Doctor y Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas  
de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Carl Schmitt en las «historias» del Derecho penal.–II. El contexto y los postulados de los penalistas del Tercer Reich.–III. El Derecho como «orden concreto».–IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: La principal referencia de los penalistas a Carl Schmitt tiene lugar cuando exponen la historia de la disciplina durante el Tercer Reich, asociando la teoría del «orden concreto» del jurista a las ideas penales de la Escuela de Kiel. Sin embargo, dado que apenas si se profundiza en dicha asociación, se incurre en un cierto nominalismo, que este trabajo pretende superar, tratando aquella teoría con la suficiente perspectiva histórico-jurídica, a fin de determinar su alcance y sentido.

PALABRAS CLAVE: Carl Schmitt; causalismo; concepto total de delito; «controversia de los historiadores»; decisionismo; Derecho penal de autor, autoritario, del enemigo, liberal, nacionalsocialista; «dictadura soberana»; Escuela de Kiel; finalismo; lenguaje jurídico; metodología jurídica; normativismo; pensamiento de «orden concreto»; principio de legalidad; tipos de hecho; tipos de autor.

## I. CARL SCHMITT EN LAS «HISTORIAS» DEL DERECHO PENAL

### I

El nombre de Carl Schmitt proyecta una larga sombra desde que le llegó la fama a finales de los años 1920. A partir de entonces, se reparan por igual las condenas y hagiografías sobre este motejado «Lenin

de la burguesía», «enterrador de la República de Weimar», «*Kronjurist* del Tercer Reich», «Epimeteo cristiano» o «último representante del *jus publicum Europaeum*».

Dejando de lado las disputas entre güelfos y gibelinos, el caso es que el «Viejo de Plettenberg» es sin duda uno de los juristas más importantes e influyentes del siglo xx, cuya solidez e inquietud intelectuales le permiten abarcar las distintas disciplinas de las hoy llamadas «técnicamente» áreas de Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas. Por ello, como consecuencia del carácter poliédrico y sugerente de su obra, contrario a la «barbarie del especialismo» del técnico-masa, «sabio-ignorante que se comporta en las cuestiones que ignora, no como un ignorante, sino con toda la petulancia de quien en su cuestión especial es un sabio» (1), no es raro que sus concepciones sean referencia obligada en el Derecho constitucional, el administrativo, la Filosofía jurídica, el Derecho internacional, la Ciencia política, la Teología política, y también en el Derecho penal.

Ahora bien, el alcance de esta influencia debe matizarse, pues sucede que la visita al jurista suele hacerse de prisa y corriendo, repitiendo una serie de tópicos sobre su pensamiento que se suceden de manual en manual para cumplir el trámite de la cita. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el discurso aparece, a cuento de lo que sea, el término «enemigo», y como reflejo condicionado, el narrador segrega de inmediato la referencia al opúsculo de 1927, *El concepto de lo político*, en el que se contiene la distinción «amigo-enemigo» (2), convertida en elemento decorativo, al no hacerse la más mínima alusión a la situación de capitideminución de Alemania tras la Primera Guerra Mundial o a la Rusia comunista, realidades presentes a lo largo de todo el texto, sin cuyo entendimiento la dicotomía pasa a ser objeto de entretenimiento de salón.

En el mismo sentido, el impacto de las categorías schmittianas en el Derecho positivo actual es relativo, ya que aquéllas sólo conservan el esqueleto de su formulación primigenia. Si acudimos, por ejemplo, a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, encontraremos la huella del jurista en la teoría de las «garantías institucionales», utilizada como argumento por el Alto Tribunal cuando tuvo que abordar el

(1) JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas* [1930], Espasa Calpe, Madrid, 18.ª ed., 1969, pp. 102-107.

(2) C. SCHMITT (C. S.), *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* [*Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*], introd. y vers. Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 56-9.

alcance de la autonomía local en el nuevo Estado de Derecho que inauguraba la Constitución de 1978 (3).

Bastaría con guardar silencio sobre cuál era el sentido originario de la teoría de las «garantías institucionales» para ofrecer la falsa impresión de un Schmitt entusiasmado con la soberanía de la Norma Fundamental y con su defensor jurídico, cuando dicha teoría, en realidad, la elaboró ante la necesidad de buscar un *tertium genus* para combatir la incipiente teoría de los derechos fundamentales que amenazaban, en su opinión, con limitar en exceso el poder del Estado, debilitándolo y entregándolo a las potencias vencedoras de la guerra, como ya había sucedido, y a la captura comunista que se avecinaba.

Ése es el sentido real y primario del concepto (4), y más teniendo en cuenta que, para Schmitt, los conceptos políticos poseen un sentido polémico, ya que se formulan con vistas a un antagonismo concreto, convirtiéndose en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación: «Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura, plan, estado neutral, estado total, etc., resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar y refutar con tales términos.» (5).

## II

Las citas a Carl Schmitt se cogen todavía más por los pelos en el ámbito del Derecho penal. Que la referencia al jurista no tenga aquí sustancia alguna no debe causar extrañeza: obedece a la forma rituarial con la que la mayoría de los tratados prefiere abordar la evolución histórica de la disciplina, que suele despacharse a base de «-ismos» que viven en sí y para sí, y que tienen existencia independiente de las circunstancias políticas, económicas y sociales que los rodean.

Para ilustrar este tipo de análisis poco atentos al contexto, frecuentes en las «historias» del Derecho penal, nada mejor que acudir a la conocida exposición sobre el origen del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tomando en este caso la versión que realiza el cono-

(3) Véase la STC 32/1981, de 28 de julio (F. J. 3.º), cuyo ponente fue Francisco RUBIO LLORENTE, discípulo de Manuel GARCÍA-PELAYO, quien reconocía abiertamente su admiración por Schmitt (véase el epílogo a la *Teoría de la Constitución* citada en la nota siguiente).

(4) C. S., *Teoría de la Constitución* [*Verfassungslehre*, 1928], vers. Francisco Ayala. Reed. en 1982 con un epílogo de Manuel García-Pelayo (Alianza Editorial, Madrid, reimp. 1992), pp. 175-178.

(5) C. S., *El concepto de lo político...*, pp. 60-61.

cido penalista de la «teoría final de la acción», quien, como tantos otros, sostiene que «en la Época de Las Luces se impuso dicho principio en la lucha contra la arbitrariedad judicial y de la autoridad», recordando que Feuerbach, en 1801, dio con la fórmula latina, y que en el siglo XIX se incorporó a los Códigos penales de los Estados civilizados. Como inspiradores «literarios» –afirma– influyeron «sobre todo Montesquieu, Voltaire y Beccaria; legislativamente Josef II (Josefina de 1787) y en forma más vigorosa Federico el Grande (ALR de 1794)» (6).

La anterior lectura sobre la historia del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como decimos, presta escasa atención al contexto y responde a unas premisas metodológicas débiles y muy habituales, que descansan en un determinado entendimiento de la *autoritas* científica y en una visión lineal de la Historia.

La apelación a la autoridad de los antiguos es un recurso científico adecuado cuando no tiene como objetivo cubrir el expediente, pues los autores de otros tiempos son testigos de las preocupaciones y acontecimientos de su época, y en esa medida su testimonio puede ser útil para su conocimiento. Entender de otra forma las citas de autoridad puede inducir a falsas conclusiones y a sacralizar o a condenar al autor citado *sine studio*.

En efecto, esta debilidad de las premisas de las que parte la común historia del *nullum crimen* se comprueba con el simple repaso de alguno de los fragmentos de la obra más conocida de Montesquieu. El capítulo que éste dedica a la constitución de Inglaterra es suficiente para descubrir que el modelo del francés no tiene nada que ver con la política de Federico II de Prusia, por muy amigo de Voltaire que éste fuese, ya que si el «Rey filósofo» pretendió y logró la consolidación de Prusia como gran potencia europea, sin cortapisas externas ni internas, reforzando su poder, unificando leyes, dotando un ejército permanente y numeroso, organizando la hacienda y patrocinando la cultura, *El espíritu de las leyes* buscó frenar el creciente poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional de las Monarquías absolutas (*legibus solutus*), triunfantes en la lucha contra los estamentos intermedios –a uno de los cuales pertenecía el Barón– y el Imperio y el Papado en el desarrollo de los Estados europeos durante la Modernidad (7).

No obstante, debe reconocerse que pese a que Welzel se adscribió al guión «Montesquieu-Beccaria-Federico II-F Feuerbach-*nullum*», éste sí

(6) HANS WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11.ª ed. de 1969, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2.ª ed. castellana 1976, pp. 25, 37.

(7) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* [1748], introd. Enrique Tierno Galván, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, Capítulo VI, Libro XI, Segunda Parte, pp. 175-87.

que contempló, en cierto modo, la utilidad del pensamiento ilustrado a los intereses de los monarcas europeos del siglo XVIII, al apuntar que «las condiciones que se habían tornado insostenibles en la administración de justicia penal, mejoraron decisivamente en la Ilustración y el Absolutismo Ilustrado. Por motivos de distinta índole, en parte contradictorios, la Ilustración condujo a una sujeción estricta del juez a la ley: trajo consigo un tratamiento laico racional del Derecho Penal, una morigeración de las penas de acuerdo al punto de vista de la necesidad estatal y con ello una restricción de la pena de muerte, una ampliación de las penas privativas de libertad, la eliminación del tormento, etc.» (8).

La función utilitaria del principio de legalidad, que el propio Welzel admite con realismo, guarda nula relación con el relato fantástico que aquél realiza a las pocas páginas acerca de la historia progresiva del mencionado principio, el cual, según nuestro «finalista», y muchos más, *Les Lumières* habrían puesto en marcha en la lucha contra la «arbitrariedad judicial y de la autoridad». El relato se desmonta por sí solo: si la finalidad del principio hubiera sido «luchar contra la arbitrariedad de la autoridad», difícilmente el *nullum crimen* habría encontrado expresión en el *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (Derecho territorial general para los estados de Prusia) de 1794, como se dice.

Establecer linealidades históricas desde la Ilustración hasta las garantías penales de los modernos Estados democráticos de Derecho que es, en definitiva, lo que implica este relato machacón, responde a un afán por buscar precedentes, a veces tranquilizantes de conciencia, donde no los hay, puesto que el precedente, en cualquier rama de la ciencia, ha de contemplar identidad de razón y, como hemos visto, esto no sucede en este salto mortal de dos siglos, que podría ser de muchos más, toda vez que, ya puestos a descontextualizar, por qué no situar, para variar y por un poner, su origen en Hobbes.

Al fin y al cabo, el filósofo de Malmesbury es más preciso en este punto que Secondat. Tras dejar bien claro que «todas las leyes, estén o no escritas, reciben su autoridad y vigor de la voluntad del Estado, es decir, de la voluntad del representante (que en una monarquía es el monarca, y en otros Estados la asamblea soberana)», y señalar que toda ley debe poseer las notas de publicidad y generalidad para fortalecer al soberano, defiende que «ninguna ley promulgada después de realizado un acto puede hacer de éste un delito» (9).

(8) H. WELZEL, *Derecho penal alemán...*, pp. 24-25.

(9) Thomas HOBBS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* [1651], trad. esp. y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª ed. 1980, 7.ª reimp., 1996, pp. 220-223, 241.

Pero el caso es que, pese a la claridad con la que Hobbes formula el principio de legalidad, la mayoría de los penalistas no lo incluyen como precedente. Desde estas líneas, tampoco hay ninguna intención en reclamar para el autor del Leviatán la paternidad del principio de legalidad penal. Con ello incurriríamos en la generalizada falta de comprensión histórica de los conceptos jurídicos, tan característica de las formulaciones teóricas que son consecuencia de la filosofía del progreso, que se empeña en buscarle un sentido a la historia para justificar, en términos de necesidad, ya sea el advenimiento del Estado alemán, la sociedad comunista del futuro o un cataclismo.

Más que tratar de iluminarse con que el *Mare Nostrum* de los romanos es igualmente el Mediterráneo de hoy, la labor científica que debe acometerse con el estudio de los conceptos jurídicos es la de comprobar su significado y evolución, ya que lo normal es que el concepto exista desde hace tiempo, pero que su significación y vigencia varíen históricamente. Son múltiples los ejemplos de esta correcta forma metodológica de proceder que sirve para evitar la desfiguración histórica de las construcciones jurídico-penales, haciéndolas comprensibles a los no iniciados.

Así, siguiendo con el caso del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como se viene diciendo, su alcance no puede desvincularse de la clase de Estado que lo proclame teóricamente, ya que su significación actual como garantía de un Estado democrático de Derecho no tiene el mismo significado que cuando lo formuló Feuerbach (10). La lógica del poder, su institucionalización en un determinado territorio, los cambios en el titular de la soberanía y sus fines serán los datos que habrá que considerar para ver por qué y en qué se traduce el castigo de las conductas que se definen como ilícitos penales, sin perjuicio de que también deba constatarse la vigencia o no de dicho principio, que tratará de imponerse desde el momento en que el soberano (uno, varios o muchos) haya alcanzado el monopolio de la legislación.

Otro tanto sucede, por mencionar otro ejemplo plagado de historicidad, con los delitos de terrorismo. La progresiva «despolitización» de este tipo de delitos y su contemplación como delitos comunes de violencia extrema y organizada, cuya finalidad es subvertir el orden constitucional, pasa por atender a la historia de los cambios políticos hasta la consolidación de los Estados democráticos, en donde tales delitos, por definición, son un anacronismo y no pueden existir como delitos de disenso, ya que, también por definición, en las democracias,

---

(10) Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, el epígrafe «Sentido histórico y fundamentación iusfilosófica del principio de legalidad», pp. 29-34.

el disenso queda garantizado mediante el reconocimiento efectivo de los derechos y libertades públicas (11).

En la actualidad, viendo su evolución, puede decirse que el término «terrorismo» ha rebasado la definición jurídico-penal que se acaba de apuntar para extenderse a la caracterización de otros injustos típicos. Así, se habla de «terrorismo de género», «terrorismo medio-ambiental» o de «terrorismo vial», dando lugar a un endurecimiento de las penas y a la tipificación de nuevas conductas, debido a la eficacia de algunos grupos de presión sobre el legislador. Tales decisiones de política-criminal, acertadas o no, no deberían tener mayores consecuencias que las derivadas de una mayor represión. El rigor de la norma no tendría por qué suponer una merma de las garantías penales. Sin embargo, la realidad es otra, y ello se debe en parte a una cuestión eminentemente conceptual. La estigmatización que supone la etiqueta de «terrorista», perturbador del orden político-social, deja vía libre para la condena, con merma de tales garantías. El uso del lenguaje va difuminando los principios penales: el proceso se inicia con una «víctima» y no con un «denunciante», de modo que la presunción de inocencia queda cuestionada, sin rubor, desde el comienzo, puesto que el presunto autor no sólo ha cometido un ilícito penal, sino que además es un peligro público, excluible políticamente de la comunidad (12).

Finalmente, para acabar con las ilustraciones metodológicas, resaltar que hasta la propia elección del término *ius puniendi* para referirse al «Derecho del Estado a castigar», en lugar de utilizar la expresión «poder punitivo del Estado», es asimismo sintomática de dos formas de entender el orden jurídico-político. Si la segunda denominación suele compararse con la consideración del Estado y el Derecho como un orden coactivo de la conducta humana, que en sí mismo considerado carece de todo valor ético o político (Kelsen), la primera tiene como trasfondo la contemplación del Estado como comunidad ética superior de vida, que personifica un orden político, al que se le debe obediencia con derecho a exigirla, incluso con la muerte (Schmitt) (13).

---

(11) Esteban MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 47-58.

(12) Sobre este asunto, véase Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo de septiembre de 2004, a la 10.ª ed. anotada y concordada del *Código Penal* (Tecnos, Madrid, 2004).

(13) Hans KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales en la Teoría Pura del Derecho* [1933], vers. Luis Legaz Lacambra, presentación Jesús López Medel, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 42-43, 97-99. C. SCHMITT, *El concepto de lo político...*, pp. 76-79; y del mismo «*Staatsethik und pluralistischer Staat*» [Ética de Estado y Estado pluralista, 1929-1930], en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles. 1923-1939* [*Posiciones y conceptos en lucha contra Weimar, Ginebra y Versalles*, 1940], Düncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 152-162. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, el epígrafe «Naturaleza de la actividad represora del Estado», pp. 8-10.

## III

Los tratados de Derecho penal sitúan, por lo general, a Carl Schmitt en las páginas relativas a la historia de la disciplina durante el Tercer Reich, incluyéndolo como jurista inspirador del nuevo orden jurídico-político con su concepción del Derecho como «orden concreto».

Los escritos de Schmitt de la década de 1930 abordaron sobre todo asuntos de Derecho constitucional e internacional. Muy atrás quedaba su tesis doctoral *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung* (Sobre la culpa y sus formas. Una investigación terminológica), con la que obtuvo la máxima calificación tras su defensa en la Universidad de Estrasburgo. En ella trataba una de las cuestiones penales del momento, desde la aparición de la monografía de Reinhard Frank *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad (Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907)*, en la que por entonces empezaba a operarse una conversión normativa, al considerar los juicios de reproche y exigibilidad de obrar conforme a Derecho como esenciales para valorar la culpabilidad determinante de una pena (14).

La tesis fue dirigida por Fritz van Calker, profesor de Derecho penal en la Universidad de Estrasburgo desde 1896 y diputado liberal en el Reichstag desde 1912 a 1918, quien también dirigió el trabajo de habilitación *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht* (La acción culposa y sus formas en el Derecho penal, 1900) al penalista neokantiano Max Ernst Mayer.

La obra de Calker comprendía problemas jurídicos, morales y políticos, como reflejan sus títulos (15), y tales inquietudes estuvieron igualmente presentes en los trabajos de su discípulo de Plettenberg, el cual, tras orientar inicialmente su carrera a la judicatura, realizando prácticas en el Tribunal de Düsseldorf, publicó, a los dos años de la tesis, un librito sobre el proceso de decisión judicial (16), dirigido a mostrar los múltiples factores que incidían en la práctica jurídica,

(14) C. S., *Über Schuld...* Breslau, Schletter, 1910. Para la evolución del concepto de culpabilidad véase G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 311-314.

(15) *Strafrecht und Ethik* (Derecho penal y ética, 1897); *Hochverrat, Landesverrat und Majestätsbeleidigung* (Alta traición, traición a la patria y lesa majestad, 1906); *Gesetzgebungspolitik und Rechtsvergleichung* (Política legislativa y Derecho comparado, 1909); *Die Reform der Gesetzgebung in Strafrecht und Strafprozess* (La reforma de la legislación penal y procesal penal, 1910); *Recht und Weltanschauung* (Derecho y cosmovisión, 1924); *Einführung in die Politik* (Introducción a la política, 1927); *Wesen und Sinn der politischen Parteien* (Esencia y sentido de los partidos políticos, 1928). Los títulos pueden consultarse en el *Catalogus Professorum Halensis*.

(16) C. S., *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Ley y juicio. Una investigación sobre la problemática de la praxis jurídica), Berlín, O. Liebmann, 1912.

mucho más compleja que el proceso de mera subsunción lógica propuesto por los neokantianos, que dominaban el ambiente académico de Estrasburgo. Seguía así la estela del «movimiento del derecho libre» (*freis Recht Bewegung*), en el que se encuadraban autores como Óscar Bulow, que publicó la pequeña obra *Ley y oficio del juez* (1885), Ehrlich o Kantorowicz, con quienes compartía la crítica a la identificación entre ley y Derecho. El Derecho no reside sólo en la voluntad del legislador o lo que es lo mismo, el parlamentarismo no crea el Derecho.

El recelo schmittiano a la democracia parlamentaria de masas fue palpable, y trasciende ya en sus primeros escritos. El Estado liberal de Derecho debilitaba el poder del Estado y lo hacía inoperante para afrontar situaciones excepcionales. Con este planteamiento, afrontó su habilitación como profesor en 1916, con un libro escrito en 1914, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (El valor del Estado y el significado del individuo) (17), en el que atribuía al Estado la condición de medio para la realización del Derecho y del individuo (*Recht-Staat-Individuum*). Como anticipo de su conocido «decisionismo», y durante la Gran Guerra, que pasó en Múnich, en la retaguardia, como oficial de intendencia, publicó diversos artículos sobre la dictadura y el poder del Estado en tiempos de excepción (18).

La derrota alemana, el *Diktat* de Versalles, Guillermo II huido a Holanda, la República proclamada (9 de noviembre de 1918), la escuadra sublevada en los principales puertos (Wilhemshaven, Kiel), el poder en manos de «Consejos revolucionarios de obreros y soldados», y la amenaza revolucionaria de los años 1918 y 1919, terminaron de forjar el afecto antiliberal y anticomunista del autor.

En la década de 1920 y en los años finales de Weimar vieron luz sus obras más famosas: *La dictadura* (19), *la Teología política* (20),

(17) Tubinga, J. C. B. Mohr, 1914.

(18) «Diktatur und Belagerungszustand. Eine Staatsrechtliche Studie» (Dictadura y estado de sitio. Un estudio de Derecho público), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts*, XXXVIII, 1916, pp. 138-162. «Die Einwirkungen des Kriegszustandes auf das ordentliche strafprozessuale Verfahren» [Los efectos del estado de Guerra sobre el proceso penal], en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschafts*, XXXIX, 1917, pp. 783-797. «Recht und Macht» [Derecho y poder], en *Summa*, 1, 1917, pp. 37-52.

(19) *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1.ª ed. 1921, 2.ª ed., 1928. Trad. J. Díaz García. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 1985, reimp. 2003.

(20) *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Düncker & Humblot, Munich-Leipzig, 1.ª ed. 1922, 2.ª ed. 1934. Trad. de la 2.ª ed., F. J. Conde, «Teología política», en la compilación de Héctor Orestes Aguilar, *Carl*

*La situación histórico-espiritual del parlamentarismo de hoy* (21), *El concepto de lo político, Teoría de la Constitución, El defensor de la constitución* (22); *Legalidad y legitimidad* (23) o las conclusiones en el proceso de Prusia contra el Reich ante el *Staatsgerichtshof* de Leipzig (24). En ellas, el hilo conductor fue la lucha contra Weimar, Ginebra y Versalles, como sintetizó incluso el propio Schmitt, en 1940, al reunir, bajo dicho título (*Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*), una colección de escritos de los años 1923 a 1939. Tampoco pueden olvidarse los títulos *La visibilidad de la Iglesia* (25) y *Catolicismo y forma política* (26), en los que contemplaba la cuestión social y hacía frente al enemigo comunista.

La mirada del jurista sobre los temas penales no se volvió a fijar hasta la publicación del ensayo *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, cuyo origen está en dos conferencias de 21 de febrero y 10 de marzo de 1934, el cual se inicia con el lapidario «todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos» (27).

No obstante, ello no le impidió durante el resto del tiempo seguir al día de los temas penales y en contacto con Calker, el cual, desde 1919, se hallaba entre las Universidades de Estrasburgo y Múnich, teniendo como ayudante en esta última a quien luego sería el *Reichsjuristenführer*, Hans Frank. Ambos, junto con Hermann Göring, inter-

---

*Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 21-62.

(21) *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1.ª ed. 1923, 2.ª ed. 1926. Trad. de Thies Nelson y Rosa Grueso, *Sobre el parlamentarismo*, Est. prel. de Manuel Aragón Reyes, Tecnos, Madrid, 1990, reimp. 1996.

(22) *Die Hüter der Verfassung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1931. Trad. Manuel Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución*, con prólogo de Pedro de Vega García, Tecnos, Madrid, 1983.

(23) *Legalität und Legitimität*, Düncker & Humblot, Múnich-Leipzig, 1932. Trad. ed. de 1958, José Díaz García, en H. Orestes, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, pp. 247-343.

(24) «Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig», en *Positionen und Begriffe*, pp. 208-210.

(25) «Die Sichtbarkeit der Kirche. Eine scholastische Erwägung», en *Summa*, 2, 1917-1918, pp. 71-80. Hay trad. de Román García Pastor, «La visibilidad de la Iglesia. Una reflexión escolástica», en *Daimón. Revista de Filosofía*, n.º 13, 1996, pp. 11-8.

(26) *Römischer Katholizismus und politische Form*, J. Hegner, Hellerau, 1923. Theatiner Verlag, Múnich, 1925. Est. prel., trad. de la 2.ª ed., y notas de Carlos Ruiz Miguel, con el título indicado, Tecnos, Madrid, 2000.

(27) *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934, trad. de Monserrat Herrero López, con el título indicado en Tecnos, Madrid, 1996.

cedieron para que Schmitt se situase como profesor de Derecho público en Múnich, tras las vacantes causadas por varios profesores (Nawiasky, Loewenstein...), entre 1932 y 1933, unas por defunción, otras por emeritaje y otras por exilio forzoso (28). El propio Schmitt, en la entrada de su diario de 31 de marzo de 1933, habla de este episodio y del interés de Calker en llevárselo con él a Múnich. Finalmente, en septiembre de ese mismo año, optó por la oferta que le hacía la Universidad de Berlín (29).

Esta teoría del «orden concreto» constituye la principal referencia de los penalistas a la figura de nuestro jurista, quienes de inmediato la asocian a los postulados de la Escuela de Kiel. Ahora bien, como decimos, dicha asociación es puramente nominal, y funciona, como consecuencia de la falta de perspectiva histórico-política, como lugar común o como equívoco «-ismo».

A continuación, expondremos en qué consiste dicho «pensamiento del orden concreto» (*konkretes Ordnungsdenken*), pero antes realizaremos una serie de consideraciones sobre el contexto histórico-político y la biografía del autor (30), así como sobre los postulados de los penalistas del Tercer Reich, con la finalidad de esclarecer la influencia de la teoría de los «ordenes concretos» y comprobar si efectivamente aquélla inspiró el Derecho penal del régimen (31), si fue manipulada por los nazis (32) o si fue el propio Schmitt quién con la misma se adaptó a las nuevas circunstancias.

(28) Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band. 1914-1945*, C. H. Beck, Múnich, 1999, p. 288.

(29) Paul NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Propyläen, Berlín, Fráncfort, 1993, pp. 99-100, 170-171.

(30) Una biografía intelectual completa de Schmitt, puede hallarse en mi libro *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 20-67.

(31) De esta opinión, entre nosotros, Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1993, donde señala que «este “despegue” de la ciencia del Derecho penal alemán del estudio de los conceptos generales en favor de los tipos delictivos concretos, se debe, al menos en su formulación a Carl Schmitt y a su “pensamiento concreto de ordenación” (...) Este desplazamiento del punto central de interés, para la dogmática penal, desde el estudio de “lo general” a la investigación de “lo concreto”, provoca –con autores como Dahm y Schaffstein– la construcción de categorías como “tipos concretos de delitos”, “antijuridicidad concreta” o “tipos concretos de delincentes”», pp. 1015-1017.

(32) Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 4.ª ed., 2006, en donde se dice que «C. Schmidt [debe ser una errata que se repite], y su filosofía del “orden concreto”, influyeron en el modo de establecer los de Kiel el “objeto” de la Ciencia Penal [...]. Los afiliados a la Escuela de Kiel prescindieron de la norma y de la generalización, acomodando y manipulando el pensamiento de Schmidt a sus propósitos que no eran

## II. EL CONTEXTO Y LOS POSTULADOS DE LOS PENALISTAS DEL TERCER REICH

### I

En un plazo relativamente corto y tras una fachada de legalidad, Hitler y su partido lograron reunir en sus manos todo el poder en Alemania, estableciendo una dictadura totalitaria en un Estado unitario de partido único, aceptada mayoritariamente por la población alemana, cuya unidad dejó de fundarse en la comunidad nacional de hombres libres e iguales para dar paso a la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), vertebrada según el principio racial, dispuesta a suprimir cualquier amenaza interna de degeneración y a corregir las consecuencias de Versalles.

La legitimación del nuevo régimen y la incorporación o exclusión del individuo en la *Volksgemeinschaft* se fundamentó en una compleja trama de mecanismos de coerción y adhesión social entusiasta, a saber: la presencia social y estatal del partido nazi; la invasión propagandística del espacio público; la represión y persecución judicial y policial, con la colaboración ciudadana, de los enemigos de la comunidad; la reglamentación de la vida cultural y la socialización de los jóvenes dentro y fuera de la escuela; la integración de la clase trabajadora mediante el pleno empleo y el control del tiempo libre; la represión y cohesión social a través de la política racial; o la recuperación económica, militar y psicológica vinculada con la revisión de Versalles y la expansión hacia el Este.

La legislación de excepción, característica de la acción política desde 1930, promulgada al amparo del conocido artículo 48 de la Constitución de Weimar, se acentuó en las primeras semanas de gobierno. Hitler obtuvo de Hindenburg dos Decretos, uno de 4 de febrero de 1933, por el que se limitó la libertad de prensa y reunión y otro de 28 de febrero, adoptado tras el incendio del *Reichstag* el día anterior, «con objeto de impedir los actos de violencia comunista que ponen en peligro la existencia del Estado». Este último Decreto dejó en suspenso la totalidad de los derechos y libertades fundamentales, situó fuera de la legalidad a los comunistas, agravando las sanciones –hasta pena de muerte– para los acusados de alta traición, y además autorizó la intervención del gobierno central en los estados de la Federa-

---

otros que los de deducir de un ordenamiento jurídico-positivo conclusiones adecuadas a la nueva realidad sociopolítica», pp. 674-675.

ración para restablecer la seguridad y el orden público, facultándolo para sustituir a las autoridades regionales.

La persecución de los opositores al régimen por las SA mediante secuestros, torturas y asesinatos, quedó sancionada en la práctica. La «revolución legal» estaba a punto de consumarse. Pero todavía, a pesar del clima de euforia propagandística e intimidación, en las elecciones de 5 de marzo de 1933, los nazis no llegaron a obtener la mayoría necesaria para reformar la Constitución. El NSDAP obtuvo el 43,9% de los votos cuando se requería una mayoría de dos tercios. Los votos que les faltaban se los proporcionaría la cauterización del resto de formaciones políticas. Frente a los representantes del Partido Comunista (KPD) se hizo valer el Decreto que autorizaba su persecución, que alcanzó también a varios representantes socialistas (SPD). La apelación al orden, la disciplina y el militarismo atrajo a las formaciones conservadoras. Las católicas (Zentrum y BVP), por su parte, estaban en proceso de negociación de un Concordato que mantuviese la escuela confesional y reconociese los acuerdos vigentes en los estados de Baviera, Prusia y Baden.

Así pues, el efecto cumulativo de oportunismo y coacción hizo posible que el 23 de marzo, el *Reichstag* aprobase, por 441 votos contra los 94 de la socialdemocracia, la llamada Ley de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*) o Ley para la Eliminación de la Miseria del Pueblo y del Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*), de 24 de marzo de 1933, que hacía omnímodo al gobierno por cuatro años, prorrogándose su vigencia sucesivamente durante todo el Tercer Reich (33).

La Ley de Plenos Poderes acabó con la República, esto es, con el Estado federal y el pluralismo político, social y cultural. Dicha ley fue considerada por Schmitt como una clara muestra de la voluntad política de acabar con la destrucción del Estado que estaban perpetrando los partidos de Weimar. Nuestro jurista le encontró un precedente legislativo en la Ley de Plenos Poderes de 13 de octubre de 1923, pero subrayó el salto cualitativo del nuevo texto legal. Aquella *Ermächtigungsgesetz* de 1923 fue fruto de débiles coaliciones, peligrosas para

(33) Para todo este proceso de toma del poder (*Machtergreifung*) y control social, véase Franz NEUMANN, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), vers. Vicente Herrero y Javier Márquez, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1943, reimp. 1983, pp. 72-5. Joaquín ABELLÁN, *Nación y nacionalismo en Alemania. La cuestión «alemana» (1815-1990)*, Tecnos, Madrid, pp. 161-163. José Ramón Díez ESPINOSA, *El laberinto alemán. Democracias y dictaduras (1918-2000)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2002, pp. 71-81, 86-90, 94-102, 109-110.

la existencia del pueblo y del Reich alemán. Ésta respondía al empeño de fundar un nuevo Estado libre de sofistas (34).

Durante la llamada *Gleichschaltung* (uniformización o coordinación), encaminada a poner fin a dicho pluralismo, el de Plettenberg participó en la redacción de la *Reichstatthaltergesetz* (Ley de Gobernadores del Reich), de 7 de abril de 1933, que suprimió la estructura federal de Weimar, al transformar los *Länder* en simples circunscripciones administrativas, bajo un gobierno nombrado y a las órdenes del Führer, que supo así solucionar, según Schmitt, el centenario problema de la dualidad Prusia-Reich (35).

El 1 de mayo de 1933, Schmitt guardó cola en la agrupación local de Colonia y «como muchos otros se dejó inscribir» en el partido nazi, con número de afiliación 298.860 (36). El periódico oficial del partido en Renania, el *Westdeutscher Beobachter*, se hizo eco de «tan buena noticia». En julio, Göring, Presidente del Reichstag y Ministro-presidente de Prusia, tras la recomendación de Popitz, el Ministro de Finanzas, nombró a Schmitt Consejero de Estado prusiano. En septiembre, aceptó la cátedra de Derecho público de la Universidad de Berlín. Y en noviembre, gracias a Frank, fue nombrado miembro de la Academia de Jurisprudencia y de la Comisión para la reforma de la enseñanza superior, encargada de depurar la Universidad y de formar a la elite del partido. Al poco llegó a dirigir la Liga nacionalsocialista de juristas alemanes, y en junio de 1934, Frank lo nombró director de la *Deutsche Juristen-Zeitung*, la revista jurídica más prestigiosa, sustituyendo en el cargo a Otto Liebmann.

Schmitt coronaba de este modo la cima del mundo jurídico alemán y celebraba *das gute Recht der deutschen Revolution* (el buen Derecho de la revolución alemana) (37), la destrucción del marxismo, enemigo del Estado y del pueblo, la liquidación del sistema federal de partidos y la lucha contra el sistema de Versalles y Ginebra, cuya salida fue aprobada por el pueblo alemán, en referéndum de 14 de octubre de 1933. Por fin, podía festejar que la Alemania nacionalsocialista hubiera terminado con el Estado de Derecho liberal y sus abstracciones, mediante un Estado total «cualitativo» que había sabido distinguir al amigo del enemigo. Los derechos fundamentales, el pluralismo político y la separación de poderes fueron sustituidos por los principios de

(34) C. S., «*Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38 Jahrg., Heft. 7., 1933, pp. 455-458.

(35) Véase C. S., *Reichstatthaltergesetz* (Carl Heynemanns Verlag, Berlín, 1933). También, C. S., «*Reich-Staat-Bund*» (1933), en *Positionen und Begriffe*, pp. 224-225.

(36) P. NOACK, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, p. 178.

(37) Artículo publicado en el *Westdeutscher Beobachter*, de 12 de mayo de 1933.

la *Volksgemeinschaft*, del partido único y del *Führertum*. La hora de la liberación y de la fundación del nuevo orden llegó, según nuestro autor, cuando, el 30 de enero de 1933, el mariscal Hindenburg nombró a un soldado político, Adolf Hitler, canciller del Reich, auténtico defensor de la Constitución y protector del Derecho. Expresivos de esta euforia y de la bienvenida schmittiana al nuevo régimen son los textos de los años 1933 y 1934 (38), entre los que se encuentra *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, donde, como sabemos, formula la teoría del Derecho como «orden concreto», a la que con mayor frecuencia aluden los penalistas al aproximarse a la Escuela de Kiel.

## II

La Escuela de Kiel, también conocida como Escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista, cuyas figuras más destacadas fueron los profesores de la Universidad de aquella ciudad del norte de Alemania, Schaffstein y Dahm, fue la dirección dogmática (*Kieler Richtung*) predominante durante el Tercer Reich.

Esta primera afirmación, apenas discutida, tiene especial trascendencia metodológica, puesto que, en cierto modo, podría dar la impresión de que el resto de los penalistas de aquellos tiempos que no pertenecieron a dicha Escuela no tendrían nada que ver con el pensamiento jurídico nacionalsocialista (NS). De ahí que, con frecuencia, surja entre los seguidores de este esquematismo un encendido debate sobre quiénes deben integrar la *Nomenklatura* de sus miembros, puesto

(38) Entre otros, pueden citarse «Machtpositionen des modernen Staates» (Posiciones de poder del Estado moderno, 1933), en la compilación de C. S., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Escritos de Derecho constitucional de los años 1924-1954. Materiales para una Teoría de la Constitución), Dünker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 367 ss. «Ein Jahr deutsche Politik. Rückblick vom 20. Juli 1932. Von Papen über Schleicher zum ersten deutschen Volkskanzler Adolf Hitler» (Un año de política alemana. Retrospectiva del 20 de julio de 1932. De Papen al canciller del pueblo Adolf Hitler, pasando por Schleicher), en *Westdeutscher Beobachter*, 23 de julio de 1933. El publicado tras la «Noche de los cuchillos largos», con el título «Der Führer schützt das Recht», en la compilación de C. S., *Positionen und Begriffe*, pp. 227 ss. Hay trad. de Angelika Scherp, «El Führer defiende el derecho», en la compilación de Héctor Orestes Aguilar, *op. cit.*, pp. 114 ss. *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, Junker und Dünnhaupt, Berlín, 1934. Trad. anónima, *Nacionalsocialismo y Derecho internacional*, Nueva Época, Ávila, 1938. *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1934. Hay trad. de Gabriel Guillén Kalle, con prólogo de Günter Maschke, *Estructura del Estado y derrumbamiento del Segundo Reich: la victoria del burgués sobre el soldado. La lógica de la sumisión espiritual*, Reus, Madrid, 2006.

que cuanto más alejado esté el penalista de dicha Escuela, aunque publicara escritos coincidentes con el ideario nacionalsocialista, tendrá mayores posibilidades de reinserción, y viceversa. Piénsese que, en general, no hay nada mejor que tildar un nombre o un pensamiento de nazi o de comunista para obtener una patente de corso y despacharse con el asunto que se traiga entre manos con más *ira* que *studio*, incurriendo en admonizaciones y absoluciones paracientíficas.

Por ello, en este punto, creemos más acertado referir el Derecho penal de esta época al régimen político, más que a una Escuela, como hace Jiménez de Asúa, testigo directo de los hechos, quien utiliza la expresión más amplia de «Derecho penal nacionalsocialista», comenzando con la exposición de los penalistas más destacados de dicho régimen, para después terminar con la síntesis de sus postulados más característicos a fin de comprobar la correspondencia y sentido de la teoría schmittiana de los «ordenes concretos» y el Derecho penal nacionalsocialista.

Entre los precursores de aquel Derecho, el profesor de la Universidad Central, siguiendo a Hans von Hentig, exiliado en los Estados Unidos, incluía a los mencionados profesores de Kiel, pero también a Nicolai, a Gemminger y a Sauer. Sin embargo, a juicio de nuestro penalista, Hentig no agotaba toda la serie de los primeros apologistas, pues Gleispach y Günther debían ser citados entre los que querían reemplazar el Derecho penal liberal por otro de índole autoritaria.

Para demostrarlo, acudía a los escritos de los diversos autores señalados, la mayoría de 1933, en los cuales se ponía de manifiesto el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista. Dahm invocaba el principio inquisitivo contra el acusatorio-liberal. Schaffstein se pronunciaba a favor de un derecho autoritario contra el liberal, defendiendo la pena de muerte, la repulsa a la benignidad de las penas y la proclama de que el Derecho penal tenía como fin la defensa del pueblo. Nicolai aludía a la teoría jurídica de las razas, siendo la pena un método de selección. H. D. Freiherr von Gemminger trataba de deducir de las opiniones y discursos de Hitler consecuencias jurídico-penales y decía que el Estado debía aspirar a la retribución por medio del sufrimiento del delincuente, aunque esto no reportara provecho alguno a la sociedad, incluso cuando significara un aniquilamiento sin sentido. Por su parte, Eric Wolf se erigía en el filósofo del nacionalsocialismo punitivo (39).

Pasada esta primera etapa de mayor improvisación, aparecieron en Alemania tratados completos sobre los que se edificaba el Derecho

---

(39) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Filosofía y Ley Penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, 4.ª ed. 1964, epígrafe 552, «El Derecho penal nacionalsocialista», pp. 177-178.

penal nacionalsocialista. Helmuth Mayer, profesor de la Universidad de Rostock publicó, en 1936, una obra que venía a darle vuelos metafísicos. El pueblo alemán era la fuente de toda concepción jurídica, incluido el Derecho penal. Sobre sus tres supuestos fundamentales (territorio, comunidad de sangre suficientemente homogénea y armonía anímica creada por la lengua común), el pueblo se había convertido históricamente en una unidad de sentido, cuya misión era la de materializar los pensamientos creadores que le habían sido señalados por su conducta histórica. El pueblo era un todo espiritual, una realidad concreta espacial del espíritu objetivo (40).

Hans Frank, Comisario de Justicia del Reich, se encargaba de resumir las líneas directrices de la política criminal nacionalsocialista. En un discurso, pronunciado en la *Deutsche Strafrechtsgesellschaft* (Sociedad de Derecho penal alemán) de Múnich, el 28 de octubre de 1938, sostenía que el Derecho penal no podía concebirse exclusivamente como un instrumento de combate contra el crimen. El liberalismo todo lo reducía a la mera función de ejecutar penas contra quienes detenía la policía. La política criminal del nacionalsocialismo es una compleja actividad y el Derecho penal constituye solamente uno de los medios en la lucha por la elevación ética de un pueblo. La degeneración es una de las principales causas del delito y la biología criminal es, para nosotros los nazis, la doctrina de la relación entre la decadencia racial y las manifestaciones delictivas (41).

Incluso el reputado penalista Edmund Mezger, cuyo *Tratado de Derecho penal* (1931) había sido traducido por Rodríguez Muñoz, en 1935, de la 2.<sup>a</sup> edición alemana de 1933, a pesar de profesar ciertos postulados liberales en su construcción dogmática, según Jiménez de Asúa, se mostró favorable al pensamiento jurídico del régimen. Así, según Mezger, la historia del Derecho penal alemán comenzaba en el suelo alemán, y no en la antigua Roma. El Derecho, según la concepción nacionalsocialista, es el orden jurídico y moral en que vive el pueblo. Derecho, moral y moralidad forman una unidad. El Derecho, como orden de vida concreto, aparece en el mandato del Führer, existente en la ley y en el sano sentimiento jurídico del pueblo. Derecho y sano sentimiento popular son simultáneas formas de aparición y fuentes de conocimiento del Derecho vivo, que es su base. El juez, en el estado popular, tiene por misión realizar en cada caso particular ese concreto derecho y moral populares. El punto de partida de esta nueva concepción es la comunidad popular alemana y el deber de fidelidad del individuo a la comunidad. El nuevo Derecho no toma tanto en

---

(40) *Ibíd.*, pp. 180-181.

(41) *Ibíd.*, p. 179.

cuenta el resultado del delito como la exteriorización de la voluntad criminal (42).

El «caso Mezger» en la historia del Derecho penal, muy similar al «caso Schmitt» en la historia del pensamiento jurídico-político, aunque éste último, a diferencia de aquél, no fue repuesto en su cátedra al no someterse a los procesos de desnazificación, ilustra perfectamente la trascendencia metodológica de la *Nomenklatura* que apuntábamos, y más teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el tratadista, junto a Von Liszt y Welzel, ha sido uno de los autores más relevantes para la Ciencia penal española. Brevemente, sin ánimo de agotar el tema, ni desconocer la influencia del llamado «pensamiento político-criminal» postmoderno (Roxin, Jakobs), el llamado «dogma causal» que inspiró la obra de Mezger se encontraría más o menos presente en la de Antón Oneca, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. La dogmática «finalista» de Welzel estaría representada en nuestro país por Cerezo Mir, Córdoba Roda y Suárez Montes (43).

Jiménez de Asúa consideró el «caso Mezger» como un supuesto típico de oportunismo, en el que el alemán, tras congraciarse con el nuevo régimen, renegaría de él después de la guerra. Quintero Olivares estaría en la misma línea, al indicar que las páginas favorables al régimen, escritas por Wolf, Mezger o Gallas, obedecieron a razones coyunturales, como lo vendría a demostrar el posterior abandono de las tesis sustentadas durante aquel período (44).

Muñoz Conde contempla a Mezger en el marco del Derecho penal durante el nacionalsocialismo, apuntando, de forma realista, a la importancia que tuvo la división de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial para prescindir de llamarle la atención por algunas de las tesis que había defendido durante el nazismo. Así, Mezger, tras ser apartado de su cátedra al acabar la contienda, y clasificado por la Comisión de Depuración como colaborador de segunda categoría del régimen nazi (*Mitläufer*), fue repuesto en la misma, oficialmente, desde el 1 de octubre de 1948, siendo nombrado, el 6 de abril de 1954, miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, conforme a la política de Adenauer de recuperar viejas glorias o simplemente de mantenerlas en sus puestos («No a los experimentos») (45).

(42) *Ibid.*, p. 185.

(43) G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 198-199.

(44) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, p. 185. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, p. 194.

(45) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 33-35. Y también «Las visitas de Edmund Mezger al campo de

La Guerra Fría favoreció la revisión de la significación del régimen nacionalsocialista y, de alguna manera, relativizó su museo de los horrores, imponiendo en el Bloque occidental, fuertes dosis de realismo político, tal y como expresó la genial disyuntiva «Vencedores o vencidos» (Stanley Kramer, *Judgement at Nuremberg*, 1961).

De la obra de Mezger de la posguerra, y con el fin de mostrar el recorrido y finalidades de la dogmática alemana a partir de entonces y hasta nuestros días, el profesor sevillano destaca la monografía «*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*» (Modernas tendencias de la dogmática penal, 1950). En *Moderne Wege*, el alemán criticaba la teoría final de la acción y el sistema de Derecho penal basado en ella que, desde la década de 1930, venía cultivando el joven Hans Welzel, cuya teoría de la acción final tenía ciertas concomitancias con el «Derecho penal de la voluntad» de la Escuela de Kiel, si bien la importancia de Welzel en aquella época no era tanta como la de Mezger, el cual, según Muñoz Conde, se valió de dicha polémica para desviar la atención sobre su pasado inmediato.

Es más, a juicio de este autor, esa especie de «guerra civil» que se libró en Alemania en los años cincuenta y hasta bien entrados los setenta, entre finalismo y causalismo, entre, por y para penalistas, en donde los planteamientos político-criminales estaban de más o más allá de las cuestiones dogmáticas, en las que era frecuente utilizar como argumento para descalificar la tesis contraria atribuirle su proximidad al Derecho penal nacionalsocialista, y en la que ningún penalista de la República Federal «tuvo el mal gusto de hablar de los campos de concentración o de las miles de penas de muerte aplicadas por tribunales especiales», contribuyendo así a «configurar en el joven penalista una mentalidad que le permite asumir, por así decir, todo lo que le echen», sólo tenía como objetivo correr un tupido velo sobre los tiempos del nacionalsocialismo (46).

La *Nomenklatura* abre así también sus puertas al «caso Welzel». Ahora, dos de los tratadistas más influyentes de la dogmática penal de todos los tiempos unen su nombre a Kiel. Rodríguez Devesa no dudó

---

concentración de Dachau en 1944», en *Revista Penal*, n.º 13, 2003, La Ley-Actualidad, Las Rozas (Madrid), pp. 81-93.

(46) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo...*, pp. 21, 35-36. 38-42, 50. En cuanto al papel de las teorías de Welzel durante el NS, sigue este autor el trabajo de 1983 de Monika FROMMEL «Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción», publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLII, Fasc. II, mayo-agosto 1989, pp. 621-632, que él mismo tradujo. No obstante, recoge la opinión de Ingo Müller, que incluye a Welzel entre los ideólogos del Derecho penal de la dictadura de Hitler (I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen* [Juristas terribles], Kindler-Verlag, Múnich, 1987).

en incluir a Welzel en la *Kieler Richtung*, junto a Barth, Boldt, Bruns, Berges, Gallas, Kempermann, Siegert y Thierfelder, señalando que dicha dirección dogmática propugnó «una consideración totalitarista, concreta, «decisionista», basada en el pensamiento del «orden concreto» de Carl Schmitt, cuyos puntos de vista, «abstracción hecha del uso que hicieron los juristas del nacionalsocialismo, contienen ideas dignas de ser tomadas en cuenta por la ciencia del Derecho» (47). Ya hemos apuntado las conclusiones de Muñoz Conde, Monika Frommel e Ingo Müller. Otros ven en la cita de Welzel de que «el Estado está dispensado, en situaciones excepcionales, de todos los vínculos jurídicos como el de la tipicidad de las normas del Derecho penal», una muestra más, tanto de su condición como jurista autoritario, como del «predicamento que tuvieron las ideas de Carl Schmitt» (48).

Estas opiniones vertidas desde distintos parámetros ideológicos no fueron bien recibidas por los herederos del finalismo, aunque vendrían a confirmar la inclusión del nombre de Welzel entre los juristas del Tercer Reich. Es interesante comprobar cómo penalistas de distintas corrientes llegan al mismo resultado, unos haciendo la cuenta de la vieja y otros con ecuaciones; metodologías que no deben desdeñarse, pues revelan los presupuestos método-ideológicos del investigador y permiten determinar el alcance científico del estudio.

Pero incluso podríamos abrir más «casos», vinculando a Von Liszt, a Jiménez de Asúa y a su Ley de Vagos y Maleantes (1933), o a Günther Jakobs con la famosa ciudad del Báltico. De hecho, tales expedientes ya están incoados desde el momento en que se afirma que los penalistas de la República de Weimar y, por ende, los que bebieron de sus aguas, dejaron con sus «exquisiteces y elucubraciones teóricas la puerta abierta a la terrible bestia del fascismo, al que no quisieron o no supieron ver como el verdadero enemigo de la dignidad humana» (49), o cuando se censura la compatibilidad que se deriva del funcionalismo del «Derecho penal de enemigos» (*Feindstrafrecht*) con cualquier sistema político, al no asignar ningún contenido ni orientación político-criminal a la dogmática, fuera de la autoconservación del sistema, ya que «hay que ser cauteloso a la hora de concebir la Dogmática sólo como una «gramática universal» que puede ser empleada en cualquier tiempo y lugar, lo mismo en el Estado social y democrático de Derecho

(47) José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Rev. Alfonso Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 14.ª ed., 1991, p. 334.

(48) F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Relaciones entre la parte general...», p. 1017.

(49) F. MUÑOZ CONDE, «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15 y 16, vol. II, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Alicante, p. 1050.

que en el nacionalsocialista, porque esto, además de utópico, puede ser peligroso y servir de legitimación de cualquier Derecho penal» (50).

El miedo internacional generado tras los atentados a las Torres Gemelas y otros de similar gravedad, la crisis económica mundial y los grandes movimientos migratorios que llevan a grandes masas de población desempleada y en niveles de pobreza extrema a los países más desarrollados económicamente, son considerados como las causas de lo que se contempla como un repunte del autoritarismo en el Derecho penal (51).

La polémica está servida y como anécdota significativa puede referirse el hecho de que algún seguidor de Jakobs ejercite la defensa de éste procurando distanciar su nombre de las teorías de Carl Schmitt, al que sitúa en el ámbito de la Ciencia política, alejándolo del «área jurídica», calificando al Viejo de Plettenberg de «polítólogo», calificación que resulta extravagante, pero, a la vez, muy elocuente y expresiva de los fines de la *Nomenklatura* (52).

Esta suerte de *Historikerstreit* de los penalistas, como todas las «controversias de los historiadores» de inspiración alemana, se mueve en las coordenadas ideológicas de «continuidad-ruptura», muy «gato-pardianas», cuyos resultados trascienden los objetivos de cualquier investigación científica.

*Tempus fugit* y esto no necesita mucha prueba. Por ello, este tipo de planteamientos con respecto al nazismo se utilizan normalmente para buscar alguna eximente de trastorno mental transitorio, para expedir u obtener certificados de buena conducta o para arremeter contra una situación del presente, al cobijo de la casuística histórica, entre otras muchas posibilidades.

El carácter ideológico de estas polémicas tampoco es difícil de comprobar. Poco puede objetarse al bizantinismo de los causalistas y finalistas, que puede verificarse entreteniéndose con la lectura de la teoría del error en una y otra corriente. Ahora bien, entender que con ello se pretendía ocultar el pasado, implica presuponer una especie de sentimiento de «mala conciencia», no sólo en los padres fundadores

(50) F. MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo...*, pp. 61, 66, 72-75.

(51) F. MUÑOZ CONDE, «Recensión al libro de Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, 311 páginas)», en *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 7, R1-7, 2009, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 3-4.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/r\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf)].

(52) Véase Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo: Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.

de la discusión (Mezger y Welzel), sino también en sus respectivos seguidores, sentimiento que es difícil de demostrar y poco probable, dado que la mayoría de ellos fueron mantenidos en sus cátedras, razón de más para presumir la inexistencia de dicho sentimiento de culpa.

Pero además, tales conclusiones sobrevaloran en exceso la dogmática y el papel de los intelectuales, olvidando que las tormentas doctrinales y la utilización de un lenguaje poco accesible tiene más que ver con el instrumento de poder que de ello se deriva que con otra cosa. Por otra parte, la falta de espíritu crítico en los jóvenes penalistas no debe imputarse necesariamente a los maestros. La formación intelectual y la curiosidad unidas a la prioridad que el discípulo otorgue a sus aspiraciones académicas son explicaciones más que razonables para un eventual adocenamiento.

El resurgimiento del Derecho penal autoritario y el paulatino retroceso de un Derecho penal democrático y garantista –si por ello se entiende la huida al Derecho penal para solucionar cualquier conflicto social o personal, así como el endurecimiento de las penas y la creación de más figuras delictivas–, tiene más que ver, como se ha dicho anteriormente, con las presiones de los *lobbies* que con la nebulosa del enemigo y los supuestos efectos penales de los 11-S y 11-M. En Estados Unidos, este endurecimiento del sistema penal para determinados delitos puede detectarse ya desde mediados de los años 1960, y suele reflejar un compromiso entre potenciales intereses en conflicto, en beneficio de un grupo que no es el destinatario aparente de la ley (53).

### III

El Derecho penal del Tercer Reich fue lógica consecuencia del régimen político que lo inspiró, el cual había terminado con la democracia parlamentaria, la separación de poderes y las garantías individuales. La voluntad del Führer se erigió en la fuente máxima de poder y, en consecuencia, del poder de creación jurídica. Por ello, el punto central de la teoría jurídica nacionalsocialista consistió en negar la «generalidad» del Derecho. La previsibilidad de la norma, derivada de su carácter general y abstracto, habría podido servir de freno de aquella voluntad, de ahí la preferencia por defender su carácter «concreto», lo que vino querer decir algo similar a «sin regla fija», dejando la solución del caso al arbitrio del operador jurídico de turno, al que previamente se le había tomado juramento de fidelidad al Führer.

---

(53) Bruce L. BENSON, *Justicia sin Estado [The Enterprise of Law. Justice without the State]*. Trad. José Ignacio del Castillo y Jesús Gómez, Unión Editorial, Madrid, 2000, pp. 179-181.

Las características del imprevisible Derecho penal nacionalsocialista se derivaban de estas premisas. Para los penalistas del régimen, la dogmática liberal era errónea. El Derecho no se hallaba en leyes abstractas, sino que estaba en el corazón y en la conciencia del pueblo alemán; en la sangre y el suelo (*Blut und Boden*). La máxima fuente del derecho era «el sano sentimiento del pueblo alemán» (*gesundes Volksempfinden*). Por tanto, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no tenía razón de existir. El hurto o la injuria no eran creaciones del legislador, sino conceptos históricamente condicionados por la conciencia popular de lo justo y lo injusto, la cual había de ser tenida en cuenta por el juzgador a la hora de considerar la existencia de delito.

La eliminación de la ley de su nota de generalidad impedía, por una cuestión de concepto, al Derecho penal describir «tipos de hecho», que fueron sustituidos por «tipos de autor». En el robo, por ejemplo, el juez para condenar o adoptar cualquier medida debía captar la «esencia» del ladrón, y ello tenía que hacerlo intuitivamente, puesto que dicha esencia no podía ser conocida «lógicamente»; era ridículo pretender su conocimiento a través de las palabras de la ley. Acreditada dicha esencia, ya había fundamento para imponer el castigo más adecuado, atendiendo a la peligrosidad del sujeto. Por ello, se prescindía del principio de legalidad de las penas, y de su proporcionalidad, ya que lo que se castigaba no era el hecho objetivo, sino la voluntad subjetiva (*Willensstrafrecht*), haciendo irrelevante distinguir formas imperfectas de ejecución. El irracionalismo metodológico de tales postulados fue pronto puesto de manifiesto incluso por autores pertenecientes a la de Liga Juristas Alemanes Nacionalsocialistas (54).

La función de preservación de la existencia racial, componente esencial de la ideología nacionalsocialista, se encomendó igualmente al Derecho penal (*Rassenstrafrecht*), que habría de garantizar la eliminación de los elementos no arios y degenerados de la sociedad. El Derecho penal debía ser conforme a las ideas morales de la raza alemana y había de fundarse en el principio de lealtad hacia el pueblo y el Estado.

El concepto de delito, para este Derecho penal de autor, era un concepto total y concreto (*ganzheitliches und konkretes Täterstrafrecht*), en cuya definición no tenían cabida ninguno de los elementos de la dogmática tradicional (acción, antijuridicidad, tipicidad, culpa-

---

(54) En este sentido, los profesores de la Universidad de Marburgo, Erich SCHWINGE y Leopold ZIMMERL, en *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* (Intuición de esencias y pensamiento del orden concreto en Derecho penal), Bonn, 1937.

bilidad). Es más, en palabras de Dahm, el concepto y el término *Tatbestand* (tipo delictivo) debían desaparecer de la dogmática del Derecho penal. El delito es ante todo una «traición» (*Verrat*) (Dahm), o una infracción de un deber de fidelidad a la comunidad (*Pflichtverletzung gegenüber der völkischen Gemeinschaft*) (Schaffstein) (55).

La práctica de estas ideas penales puede resumirse con la certificación que expidió, en 1942, Franz Neumann, conocido miembro de la Escuela de Frankfurt y discípulo de Max Ernst Mayer, cuando constató que no quedaba «nada del principio *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege*, la fórmula básica de todo sistema jurídico». Tribunales especiales, de honor, o integrados por funcionarios de las SS u oficiales del ejército; acusados sin el derecho de valerse de abogado, de presentar pruebas, apelar u obtener publicidad; indefinición de los delitos, y en su lugar, descripción de los tipos de delinquentes, como el delincuente brutal, el peligroso, el joven o el que se lucra con la guerra, con aplicación del castigo que se considere necesario, y no el previamente establecido, incluso la pena de muerte, atendiendo a la peligrosidad de dicho sujeto, fueron los signos de identidad del sistema jurídico nacionalsocialista, que no fue Derecho, sino mera técnica de manipulación de las masas por el terror (56).

Una vez que se ha centrado su contexto histórico e intelectual, debemos ya descender a la teoría schmittiana del «pensamiento del orden concreto».

### III. EL DERECHO COMO «ORDEN CONCRETO»

#### I

A comienzos del año 1933, Schmitt constataba el fin de las posibilidades que había cifrado en la «dictadura» del Presidente del Reich, al amparo del artículo 48 de la Constitución, para el mantenimiento del orden jurídico-político, cuestión sobre la que tanto había polemizado con Kelsen (57). En la entrada de su diario, de 27 de enero de 1933,

(55) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, pp. 177-178. G. QUINTERO OLIVARES, *Curso...*, pp. 194-195. F. NEUMANN, *Behemoth...*, pp. 485-99. También, la compilación de diversos artículos de los máximos representantes de la Escuela: Georg DAHM, Ernst Rudolf HUBER, Karl LARENZ, Karl MICHAELIS, Friedrich SCHAFFSTEIN, Wolfgang SIEBERT (Hg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Cuestiones fundamentales de la nueva ciencia jurídica), Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935.

(56) F. NEUMANN, *Behemoth...*, pp. 500-504.

(57) Dicha controversia se reflejó en dos obritas de uno y otro: C. S., *La defensa de la Constitución*. H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitu-*

anotaba: «El mito de Hindenburg ha llegado a su fin. El viejo era finalmente también sólo un Mac Mahon. Horrible situación. Schleicher se retira; vienen o Papen o Hitler. El viejo se ha vuelto loco. Volví a casa en una horrible noche fría alrededor de las once» (58).

El jurista de Plettenberg nunca había sido uno de los paladines de una «democracia a la Weimar», de modo que no debe causar asombro que recibiera de forma entusiasta al nuevo régimen, como se vio. El *Führerprinzip* garantizaría el triunfo en la lucha contra el liberalismo, el *Diktat* de Versalles y la amenaza comunista, combates que nuestro autor venía librando desde su juventud, apostando entonces por un Estado nacional unitario, y como forma de gobierno, por una dictadura presidencialista aclamada por el pueblo.

En los años veinte, la Italia de Mussolini realizaba en la práctica su modelo teórico (59). Ahora le tocaba el turno al Tercer Reich. Schmitt reformuló sus concepciones jurídico-políticas, comenzando por tomar en consideración a uno de los elementos fundamentales de la revolución nacionalsocialista: el partido. Hasta este momento, el jurista consideraba a los partidos políticos como los responsables de la destrucción del orden político, al valerse del Estado para conseguir su propio interés, introduciendo en el aparato estatal las discordias de la Sociedad, a las que aquel mecanismo político había puesto fin a comienzos de la Edad Moderna, pacificando la unidad política en el interior de sus fronteras territoriales, al acabar con las guerras civiles de religión (60).

La «dictadura soberana» del Presidente se acomodó a la «situación constitucional de hoy» (*die heutige Verfassungslage*), la cual fue caracterizada por Schmitt como una situación basada en la triple articulación de la unidad política (*Die Drei Gliederung der politischen Einheit*) en Estado, Movimiento y Pueblo (*Staat, Bewegung, Volk*). El Estado constituía la parte política estática, referida, no como antes, a la unidad política de un pueblo, sino a las autoridades estatales, básicamente el

---

*ción? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931)*, Est. prel. de Guillermo Gasió, trad. de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1995, 2.ª ed., 1999.

(58) Cit. en Monserrat HERRERO LÓPEZ, *El nomos y lo político: La filosofía política de Carl Schmitt*, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 34.

(59) Véase, C. S., «Die politische Theorie des Mythos», 1923, en *Positionen und Begriffe*, pp. 11-21. Trad. Angelika Scherp, «La teoría política del mito», en H. ORESTES, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, pp. 65-74. También «Wesen und Werden des faschistischen Staates», 1929, en *Positionen und Begriffe*, pp. 124-30. Trad. Angelika Scherp, «El ser y el devenir del Estado fascista», en H. ORESTES, *op. cit.*, pp. 75-81.

(60) C. S., *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes (Der Leviathan in der Staatlehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols, 1938)*, trad. F. J. Conde de 1941, Comares, Granada, 2004, pp. 8-9, 50-54, 59, 70-71. C. S., *Teoría de la Constitución*, pp. 306-307.

ejército y el funcionariado. El Movimiento, el partido único, era el elemento dinámico, la elite que sostenía al Estado y al Pueblo. Y el Pueblo representaba la parte no política (*unpolitische Seite*), que protegía las decisiones políticas que se adoptaran en la sombra. A tales consideraciones, añadía que los conceptos fundamentales del Derecho nacionalsocialista, ajeno a la abstracción normativista, eran el principio del caudillaje (*Führertum*) y el de identidad (*Artgleichheit*). Acaudillar, según nuestro autor, no era mandar. No se trataba de una dirección burocrática o de una simple competencia ejecutiva. Era un concepto del presente que exigía una absoluta identidad entre el caudillo y su pueblo. En esta identidad residía la recíproca fidelidad entre uno y otro y la razón de que el poder no degenerase en tiranía (61).

Como fácilmente se comprueba, esta triple articulación no resultaba tan novedosa. Únicamente se trató de un simple reajuste circunstancial, en el que, tal vez, despiste el segundo de los elementos indicados, el leninista, la vanguardia del pueblo, a saber: el Movimiento, el cual, como hemos apuntado, nunca fue objeto de especial consideración por nuestro jurista, ya que hasta hacía bien poco, para él sólo era uno de esos partidos políticos de masas que se aprovechaban del Estado. Los enemigos de Schmitt dentro del régimen (Alfred Rosenberg o Reinhard Höhn) se encargarían de recordárselo, acusándolo de ser un compañero de viaje de última hora. Al fin y al cabo, la vieja guardia veía que, en esta triple articulación, el protagonismo lo seguía teniendo el dictador soberano, convertido ahora en guía del pueblo, que constituía una masa «informe», limitada a aclamar y a permanecer en la retaguardia, por si se le necesitara para proteger el secular «orden concreto» alemán reavivado por el Führer.

Aquí se dibuja por fin el sentido de la teoría schmittiana de los «órdenes concretos», expresada en el ya mencionado librito de 1934, cuyo contenido analizaremos en lo que resta de trabajo, mostrando cómo nuestro autor, con dicha teoría, realizaba un aggiornamento de su «decisionismo político» de signo antiliberal, para adaptarse al vocabulario del régimen nacionalsocialista, justificándolo en términos jurídicos y de necesidad histórica.

El orden jurídico-político implantado por los nacionalsocialistas tenía por fuerza que trascender a la simple decisión del Führer. Acababa de cumplirse una misión histórica. El nacionalsocialismo había devuelto su esencia al pueblo alemán, cuyo espíritu se defendió, según Schmitt, durante mucho tiempo contra «las ideas liberales de 1789»,

(61) C. S., *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, pp. 12-14, 32-33 y 41-42. F. NEUMANN, *Behemoth...*, «El Estado tripartito», pp. 86-88.

que acabaron por precipitar el hundimiento del Segundo Reich, sometiendo a Alemania a los vencedores de la Gran Guerra, dejando la puerta abierta a los bolcheviques.

El nuevo régimen, a juicio del jurista, puso fin a dicha situación de minoría de edad, emancipando al Reich del yugo aliado, y de las ideas y formas de pensamiento, como el liberalismo y el normativismo jurídico, extrañas al modo de ser y sentir del pueblo alemán, auténtico fundamento del «orden concreto», por encima de cualquier decisión o legalidad positiva.

Como contribución ideológica a dicha causa, nuestro autor se rearmó con la teoría de la institución de Maurice Hauriou y de su discípulo Georges Renard, el antiformalismo y la crítica de los derechos subjetivos de Leon Duguit, y la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano. Asimismo, tomó prestados argumentos del historicismo y del idealismo alemanes (Savigny, Hegel), y acogió expresamente la dogmática penal de la Escuela de Kiel. Con todo este arsenal montó una batería para encañonar las ideas de 1789. Veámoslo.

## II

La teoría de la institución es retomada, como hemos dicho, en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Sin embargo, ésta ya había sido expuesta por el autor en la *Teología política* o al tratar de las «garantías institucionales», como reacción, al igual que reaccionaron otros juristas de Weimar, contra la metodología de la Escuela Alemana de Derecho Público, fundada por Gerber y Laband.

Los postulados de dicha Escuela se acompañaban con la práctica constitucional, propia del Segundo Reich, de preponderancia del ejecutivo sobre el parlamento, e implicaban, en esencia, una «fetichización» del Derecho, investido de carácter autónomo, mediante una radical separación entre su estudio, por un lado, y la política, la sociología, la historia o la ética, por otro, encomendando al jurista una labor eminentemente «lógica», es decir, exegética e integradora de las lagunas del Derecho positivo mediante operaciones lógico-formales, habida cuenta de la unidad del ordenamiento jurídico, que no admitía lagunas.

La visión del sistema jurídico como un todo cerrado y pleno descansaba en una visión inmovilista o armónica de la sociedad, que fue puesta en tela de juicio tras la Revolución soviética de 1917 y la propia Revolución alemana de 1918-19. El antagonismo social pasó a un primer plano y el cuarto estado reclamaba participación en el poder, de modo que ya no era posible seguir contemplando la Sociedad como

una instancia autorregulada en la que el Estado burgués sólo debía intervenir para restablecer el orden infringido (62).

La nueva generación de juristas se enfrentó a esta situación, siendo la corriente que tuvo mayor éxito la dirección normativista propugnada por Kelsen y su «Teoría pura del Derecho». La «Teoría pura» tenía la pretensión de eliminar del ámbito jurídico todo resquicio moral, político o ideológico, presuponiendo –eso sí– un orden político concreto, el establecido por la democracia parlamentaria (63). Partiendo de este presupuesto, la «Teoría pura» entendía el Derecho como un sistema de normas dotado de autonomía y objetividad, cuya validez residía en su adecuación a una norma fundamental o *Grundnorm*. El concepto de Estado era una hipóstasis metafísica para representar la unidad de un orden, puesto que el Estado era ante todo un sistema de normas, un orden jurídico y no un hecho o persona alguna. La soberanía, en consecuencia, no era una propiedad de carácter fáctico, sino una propiedad que hace del Estado el orden jurídico supremo, por no tener sobre sí ningún orden superior, dado que la validez del orden jurídico estatal no derivaba de ninguna norma supraestatal.

El crudo positivismo y el relativismo de la doctrina kelseniana fue objeto inmediato de crítica por destacados juristas –el propio Schmitt, Heinrich Triepel, Hermann Heller o Rudolf Smend–, quienes revisaron todo un conjunto de problemas situados en la frontera entre el Derecho y la política (64). La principal objeción formulada a la «Teoría pura» era la de que dejaba sin explicación el asunto de la positividad de la norma y la «realidad estatal». No podía ser que el Estado fuese sólo una ficción, abstracción o centro de imputación normativa cuando desde él se alcanzaba la unidad. Se decía que una norma sin voluntad que la sostuviese era o puro juicio lógico o mera exigencia ética, pero no norma jurídico-positiva. «Una norma –apuntaba Schmitt– nunca se establece por sí misma (éste es un modo fantástico de hablar)» (65).

Sin embargo, lo cierto es que Kelsen no se cansó de repetir que tal voluntad tendría que ser la voluntad democrático-parlamentaria. En

(62) José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 74-122. José CAAMAÑO MARTÍNEZ, *El pensamiento jurídico político de Carl Schmitt*. Prólogo de Luis Legaz y Lacambra. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1950, pp. 49-56, 95-109.

(63) H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia (Von Wesen und Wert der Demokratie)*, 1920), Trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. de 1929, Barcelona, 1977.

(64) Los títulos son suficientemente esclarecedores: C. S., *Teología política, El concepto de lo político; Teoría de la Constitución, Legalidad y legitimidad*; H. TRIEPEL, *Derecho público y política* (1927); H. HELLER, *La soberanía* (1927); R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional* (1928).

(65) C. S., *Teoría de la Constitución*, pp. 34-35. *Sobre los tres modos...*, p. 16.

realidad, las objeciones «científicas» eran de signo ideológico. La República de Weimar no fue bien recibida por aquellos que rechazaban el sufragio universal y la regla de la mayoría como instrumentos para conseguir el orden político y social, propugnando, en su lugar, la generación de mitos y símbolos que suscitasen una adhesión incondicional (Smend); o la imposición de una decisión soberana (Schmitt).

La aparentemente feliz «teoría de la integración» de Smend significaba, según Kelsen, otro intento más de socavar la Constitución de la República alemana, dado el conjunto de tautologías que encerraba con frases del tipo «especialmente el Estado se realiza a sí mismo mediante la continuada renovación de su realidad como asociación de voluntades de todos sus miembros, por encima de cualquier pasividad y de cualquier resistencia de individuos o de grupos, o incluso de mayorías importantes». «El problema –dirá Kelsen– es que los factores de integración se agrupan como efecto unitario es algo que tiene que ser creído, pero que no es probado. Con pruebas sólo opera quien pretende racionalizar el pensamiento político y no quien quiere hacer de los asuntos políticos una cuestión de fe» (66).

Por su parte, el decisionismo schmittiano no abandonaba la órbita del positivismo, ya que la decisión milagrosa del orden estaba tan «nuda» como la «Teoría pura»: se trataba de un acto de voluntad desligado de todo referente suprapositivo, cuya capacidad para imponerse y mantener aquel orden sería el fundamento de su validez (*in suo esse perseverare*).

Sin embargo, en 1934, Schmitt parece abandonar el pensamiento decisionista por el pensamiento del «orden concreto», vinculando la producción jurídica a algo más que la mera decisión, enraizando dicha producción con las relaciones vitales y el modo de ser de cada pueblo.

¿Se quiere decir con esto que nuestro jurista está admitiendo la existencia de algunos límites a la acción del poder que en ese momento detentaba el Führer, al insertar la voluntad de éste en un «orden concreto»? No, son muchas las «inconcreciones». Nada se dice acerca de la fundación de ese orden, ni de los límites de la decisión política o de los elementos que forman ese carácter intangible del espíritu del pueblo y que presuntamente configuran ese orden en que la decisión y la norma se insertan. Pero además, se dice que el Führer no promulga normas, que se limita a ejecutarlas, y a la vez se le hace intérprete y juez supremo de una norma, cuyo contenido simplemente estaría formado por las ideas de lealtad, dignidad, honor, disciplina y decoro,

(66) H. KELSEN, *El Estado como integración. Una controversia de principio (Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930)*, Est. prel. y trad. Juan Antonio García Amado, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 80-94, 134-135, 147.

puesto que el principio de legalidad se considera enemigo de los sentimientos del pueblo alemán.

Por ello, hacer del Führer ejecutor, intérprete, juez y revulsivo de un orden tan etéreo equivale a seguir teorizando a favor de la «dictadura soberana» sólo que con otro nombre. No hay, por tanto, abandono del decisionismo con límites tan sobrenaturales. Lo que ocurre es que Schmitt tuvo que cuidarse de no parecer que justificaba el nuevo régimen en la mera facticidad hobbesina (*auctoritas, non veritas facit legem*), ni tampoco que le colgaba al Movimiento el sambenito de reaccionario, resucitando un viejo iusnaturalismo renovado con las doctrinas de la institución. La expresión «orden concreto», de moda entre muchos juristas del nacionalsocialismo, se adecuaba perfectamente a sus necesidades.

Había que disipar «los malentendidos y las interpretaciones erradas que tratan de subordinar ese pensamiento [*el de los “órdenes concretos”*] a tendencias políticas de mera restauración de cosas pasadas o de una conservación de viejas organizaciones.» El nacionalsocialismo no era una dictadura contrarrevolucionaria. A juicio del jurista, era la síntesis hegeliana de la historia alemana. Hasta su nombre lo indicaba: hacía falta «una palabra como “nacionalsocialismo” porque [*ponía*] fin a la separación y contradicción que [*existía*] entre los conceptos de nacionalsocialismo y de “lo socialista” y, a la vez, de socialismo y “lo nacional”».

Según Schmitt, el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) alemán y su pensamiento de «órdenes concretos, comunitarios y de raza», que hundía sus raíces en la Edad Media, había venido soportando durante mucho tiempo los constantes envites de elementos extranjerizantes como el individualismo de la Revolución francesa o la codificación positivista, pero Alemania resistió espiritualmente con la ayuda del historicismo de Savigny, la dignidad y fuerza del pueblo frente a la invasión napoleónica, la filosofía del Estado de Hegel o con la mística del *Anstad*, esto es, el honor y la disciplina propias del ejército y la burocracia prusianas.

Hoy [*léase 1934*] son el Führer y el juramento de fidelidad quienes, a juicio del autor, han revitalizado el pensamiento del «orden concreto» para el que es evidente, como lo fue para los reyes guerreros de Prusia, que la comunidad política no se puede permitir separar los conceptos de fidelidad, disciplina, honor, jefatura militar y juez supremo. Por ello, el Movimiento jura una inquebrantable fidelidad al Führer y no a una Constitución abstracta con los poderes divididos, como predica el pensamiento legal normativista, poniendo en riesgo la unidad política. Este pensamiento «sólo es capaz de entender la desertión o la traición como “acciones penalizadas”, sólo como pre-

supuesto de una exigencia de pena estatal, pero no como una esencial injusticia o un crimen de perjurio e infidelidad», de ahí su incapacidad para lograr orden político alguno (67).

### III

Nuestro jurista terminaba, de este modo, su aportación ideológica al nuevo régimen, asumiendo los planteamientos de la Escuela de Kiel y su crítica del Derecho penal liberal, ya que consideraba que esta rama nuclear del pensamiento jurídico liberal –y también el Derecho fiscal– era donde mejor se mostraba hasta dónde había llegado el proceso de disolución del positivismo, y qué imposible era volver al modo de pensar dominante en el siglo XIX.

Se hacía así eco y recurría expresamente a la autoridad de los profesores Dahm y Schaffstein, citando su *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* (Derecho penal liberal o autoritario?, 1933), o a Henkel y su *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat* (El juez penal y la ley en el nuevo Estado, 1934), los cuales, como ya se ha visto, venían utilizando la expresión «pensamiento de orden concreto» en contra de la abstracción liberal, que en sí misma llevaba el germen de la destrucción (*der Keim der Zerstörung*), según Dahm. El normativismo, según Schmitt, «puso en ridículo el Estado de derecho en el terreno fiscal, del mismo modo que facilitaba al delincuente audaz y con imaginación la ridiculización del Derecho penal gracias al principio *nulla poena sine lege*».

Schmitt concluía su ensayo arengando al resto de juristas de las demás especialidades a seguir el camino de la *kieler Richtung*, despidiéndose elogiando la tarea de uno de sus valedores, Hans Frank, que acababa de fundar la *Akademie für deutsches Recht* (1933), instrumento para la *Gleichschaltung* de la Ciencia jurídica alemana (68).

### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La exposición de parte de la biografía intelectual de Schmitt, así como las referencias al contexto histórico-político de su obra se efectuaban con la finalidad de esclarecer el alcance y sentido de su teoría de los «órdenes concretos», a la que se alude someramente en los tratados y manuales de Derecho penal, cuando llegan al estudio de las

(67) C. S., *Sobre los tres modos...*, pp. 7-8, 10, 18-31 y 47-66.

(68) *Ibid.*, pp. 68-71 y 75-76.

ideas penales del Tercer Reich y, en particular, de la Escuela de Kiel, ofreciendo una imagen estereotipada de la misma.

Sobre esta cuestión, la conclusión que puede establecerse es la de que la influencia de nuestro autor en los penalistas de la Escuela de Kiel fue bastante limitada. El pensamiento del «orden concreto» era ya un concepto manejado por muchos de los juristas nacionalsocialistas con anterioridad a la formulación de la teoría schmittiana. Por consiguiente, tampoco tiene mucha justificación la afirmación de que los juristas del Tercer Reich malinterpretaron o utilizaron su *konkretes Ordnungsdenken* para sus fines. Primero, porque tal concepto no era exclusivo de Schmitt, como hemos dicho; y segundo, porque el jurista de Plettenberg no fue ajeno a los fines del nacionalsocialismo, cuyo triunfo celebró en más de una ocasión.

El pensamiento del «orden concreto» tenía como objetivo actualizar, para el nuevo régimen, su teoría jurídico-política, la cual podemos condensar diciendo que obedece a los planteamientos del conservadurismo alemán, con destellos de nuestro Donoso Cortés, que solucionan la articulación del orden político en un régimen autocrático de carácter nacionalista, llevado por la nostalgia de la reteologización política. Éste sería el común denominador que toca toda la obra del jurista, cuyas notas se repiten subiéndolo y bajándolo en función de los acontecimientos históricos dentro de una misma tonalidad.

Si en tiempos de Weimar, la apuesta de nuestro autor fue la «dictadura soberana» del Presidente del Reich, aclamado por el pueblo, en un Estado «total», de inspiración mussoliniana; ahora, la solución descansaba en el «orden concreto» del Führer y en su Reich de los Mil Años; imágenes histórico-teológicas que cobrarían nuevos vuelos durante la Guerra Fría en la pugna de Occidente por la hegemonía, en su misión de retardar (*Katechon*) el advenimiento del Anticristo soviético.

Los postulados del Derecho penal nacionalsocialista fueron acopiados puntualmente por el Viejo de Plettenberg para constituir un depósito todavía mayor de las muy abundantes municiones con las que ya contaba en su lucha contra las concepciones jurídico-políticas propias del liberalismo: el normativismo y Estado burgués de Derecho; y sus principales agentes: las potencias vencedoras de las dos guerras mundiales, las cuales, primero, subyugaron a Alemania, y segundo, la eliminaron del corazón de Europa, dividiendo su Estado, sin prestar atención al peligro comunista.

La dogmática de Kiel únicamente, o nada menos que, fue un nuevo recurso que utilizó Schmitt para librar sus particulares combates espirituales, los cuales, como solía decir, eran tan decisivos como los combates en el campo de batalla.