

MASSIMO LA TORRE: *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la doctrina nacionalsocialista del Derecho*, Trad. de C. García Pascual, IDHBC-Dykinson, Madrid, 2008, 412 págs.

Pocos acontecimientos han sido tan determinantes en la historia reciente como el ascenso al poder del partido nacionalsocialista alemán. No hay parcela en ciencias sociales desde la que no se haya intentado aportar alguna luz sobre este suceso. Quizá ello se deba a que el totalitarismo —con el nazismo a la cabeza— es uno de esos fenómenos que tienden a sobrepasar nuestra comprensión. Ahora bien, lo anterior no significa que no podamos intentar alguna aproximación a sus orígenes, a las posturas ideológicas que buscaron respaldarle, incluso abiertamente justificarle. Es aquí, en ese esfuerzo por comprender la forma jurídica del Tercer *Reich*, donde podemos ubicar el importante estudio del profesor Massimo La Torre. *La lotta contra il diritto soggettivo* nos introduce en los escritos de Karl Larenz, uno de los autores más significativos para la teoría jurídica nacionalsocialista. Larenz se volcó en una empresa intelectual ambiciosa con la firme intención de contribuir a cambiar radicalmente la sociedad y su forma jurídica en el marco de la utopía de la «renovación del Derecho alemán», la *Deutsche Rechtserneuerung*. Gracias al trabajo de C. García Pascual tenemos a nuestro alcance una magnífica traducción al castellano de esta obra que, además, ha sido revisada y prologada por el propio autor.

El libro consta de siete capítulos. En el primero, se ofrecen elementos de juicio que nos ayudan a caracterizar la doctrina jurídica del régimen nazi y que puede identificarse por su acentuado organicismo, antinormativismo e irracionalismo; todos ellos presentes en Larenz. En efecto, entre los rasgos del pensamiento de extracción neohegeliana de este autor destaca la negación de la división *Sein-Sollen* así como el hecho de haber propugnado la centralidad de la noción de deber jurídico al que, a diferencia de H. Kelsen, asigna contenido ético-político (pág. 25). El antiformalismo de Larenz, paradójicamente, termina pidiendo un «elegido», un sujeto en el cual la comunidad se ha hecho «carne y sangre», quien tiene conciencia «en sí y por sí». Explica el profesor italiano que eso no debería sorprender: despreciar la importancia de la voluntad humana en la creación de las normas es típico de las concepciones políticas organicistas. Lo que sí sorprende es que ello se resuelva «en el más exasperado y violento voluntarismo» (pág. 30). La comunidad, asimismo, es vista como «un todo viviente autónomo»; «un todo» con «deberes o fines propios» que no derivan de los individuos. Tal influjo comunitario lleva a Larenz a concebir el fenómeno jurídico como «el orden en el que viven los

que pertenecen a un pueblo, a una raza»; de quienes están unidos por una comunidad de «sangre y tierra».

En esa lógica, resulta de especial relevancia quién «encarne» el «espíritu del pueblo», el *Volksgeist*. Aquí va a irrumpir con fuerza el *Führerprinzip*. Sabemos, que la doctrina nacionalsocialista resolvió aquella cuestión a favor del *Führer*: él representa y garantiza la unidad de la voluntad popular y de la voluntad estatal. Su excelcitud es tal que la ley, el Derecho, se remonta a su voluntad y no es susceptible de control (judicial) alguno. El *Führer* es el «guardián de la constitución», el «guardián de la idea de Derecho concreta y no escrita de su pueblo» (pág. 36). La aversión hacia las normas de la doctrina nacionalsocialista se hace patente en Larenz cuando se adhiere a la «concepción concreta del ordenamiento» de C. Schmitt. Dicha aversión se explica en la medida en que son incompatibles con el *Führerprinzip*: si la actividad jurídica consiste en la aplicación o ejecución de normas, se reduce la calidad decisoria de aquél. Su inquina contra la generalidad, la abstracción o la impersonalidad de las normas —contra el concepto liberal de norma— también sirve para ejemplificar el marcado antiigualitarismo de esta doctrina. En palabras de La Torre: «la reivindicación de la personalidad humana en la producción, conocimiento y aplicación del Derecho revela el sustrato irracionalista de la ideología nacionalsocialista» (págs. 47 y ss.).

En el segundo capítulo se estudia la influencia de otros autores en Larenz, particularmente, se analiza la obra de J. Binder. A pesar de su racismo, Binder aún defendía la figura del derecho subjetivo como poder de normación y decisión del particular pues consideraba que el ordenamiento jurídico necesita para realizarse de la actividad de los hombres. Éste es un punto de desencuentro con quien fuera su discípulo en la Universidad de Göttingen, que fue profundizándose a medida en que aquél concretaba su «concepto dialéctico de persona». Con tal concepto, Larenz pretendía solventar las antinomias presentes en otras teorías sobre la personalidad, sobre todo las que derivan de la distinción y del eventual conflicto entre dos tipos o niveles de voluntad dentro de una colectividad: el nivel del representado y el del representante. Utilizando la «teoría de la integración» de R. Smend, invierte el concepto de representación que ya no significará la traducción más fiel posible de la voluntad de determinados sujetos. «Representar» significará, por el contrario, la sujeción de las voluntades individuales —su «integración»— «a una voluntad colectiva dada, con la pretensión de la identidad de dichas voluntades individuales al colectivo» (pág. 86). El concepto kantiano de autonomía, de igualdad entre los hombres latente todavía en Binder, es inaceptable para todo aquel que —como Larenz— conciba al hombre en tanto miembro de una raza

determinada, de un determinado pueblo, miembro necesariamente de una comunidad concreta, de una familia, de un Estado o de un *Reich*.

Al final de este capítulo, La Torre dedica algunas líneas al tratamiento que Larenz ofrece de temas tales como la obligatoriedad del Derecho y la validez jurídica. En cuanto a la obligatoriedad, estima el autor alemán que ésta deriva de la orgánica pertenencia del individuo a una razón suprapersonal, de la eticidad que se manifiesta en la comunidad. Respecto a la validez, se destaca, antes de todo, el hecho de que sus primeros tratamientos no eran militantes, si bien le sirvieron de base para desarrollos ulteriores. En efecto, para el Larenz teórico del nacionalsocialismo la validez jurídica consiste en la conjunción de la vertiente normativa y positiva, la conjunción de idealidad y realidad, y en la fundación de la validez del derecho en ambas direcciones. Para Larenz «la solución a dicho problema no puede hallarse manteniendo la separación del ser con el deber ser, sino que requiere la superación dialéctica de tal contraposición» (pág. 98). En busca del instrumental que le permita resolver esa tensión, acude a Hegel conectando la existencia del Derecho con su «sentido» —que hace coincidir con la validez— y este «sentido» es concebido como manifestación de la «idea de Derecho», la *Rechtsidee*. Ahora bien, ¿qué entiende por ella? Para Larenz la *Rechtsidee* es equivalente a la «idea» ética en su función de principio de formación de la comunidad. La identificación de la *Rechtsidee* con la «idea» ética —el «espíritu de la comunidad»— es un paso fundamental en la construcción teórica e ideológica de Larenz (pág. 104).

En el tercer capítulo encontramos el elenco de críticas formuladas por el autor alemán al marxismo y al iusnaturalismo (donde incluye las teorías contractualistas del Derecho y del Estado). Respecto al primero, Larenz estima que K. Marx y F. Engels malinterpretaron a Hegel; concretamente, en su concepto de comunidad. Mientras que para el jurista la comunidad no es la asociación de los sujetos humanos en cuanto tales sino el sistema en el que se disponen los portadores de determinados roles o *status*, para aquéllos, en cambio, la comunidad sí es la asociación libre de los sujetos humanos en cuanto tales, lo que implica la negación de cualquier diferenciación de tipo racial además de social y económica. Éste es el motivo por el cual Larenz estimó que el marxismo no sería sino una forma de liberalismo. Incluso, planteó que no se trataba de una doctrina heredera de la filosofía idealista alemana sino de la Ilustración. Por otra parte, el jurista alemán también se caracterizó por ser un férreo crítico del iusnaturalismo. Era contrario a la idea de que existe la razón humana la cual lleva implícita la igualdad entre los hombres. Tal idea reenvía a un concepto unitario y universal de naturaleza humana que «choca con la visión racista y mezquinamente comunitarista del nacionalsocialismo» (pág. 131). Asimismo,

explica La Torre que Larenz utilizó el historicismo para legitimar el estado de cosas querido por el partido nazi. En este sentido, no llegó a negar valor al Derecho individualista burgués. Más bien entendía que ya había cumplido su rol histórico. Entendía que había sido superado por el nuevo Derecho comunitario y nacional-popular germánico (pág. 133).

Líneas más adelante encontramos una de las partes más iluminadoras del libro. Ahí se sostiene que la filosofía política y jurídica de Larenz se basó en tres mitos (págs. 147 y ss.). El primero, es el «mito del héroe» según el cual algunos sujetos están «destinados» a dirigir el curso de la historia y la vida de los pueblos. La autoridad desde esta perspectiva no emana de una asamblea o de cierto procedimiento sino de un particular «dotado de cualidades excepcionales». En este mito se basa el decisionismo de la doctrina jurídica nacionalsocialista. El segundo, es el «mito de la raza», a través del cual las actitudes, cualidades y cultura del hombre resultan determinadas por su «sangre» (que no es la misma en todos los hombres, y asume connotaciones diversas según las «razas»). Esto va a suponer la imposibilidad de un concepto universal de humanidad. Esta tesis —apunta La Torre— no es moral sino normativa: las reglas morales deben valer sólo para los miembros de cierto grupo o «raza». El estatuto moral del hombre, por tanto, dependerá de la raza. El tercer mito que explica la doctrina de Larenz es el «mito de la historia», que tiene profundas implicaciones en el campo de la «razón práctica». Para decirlo brevemente: de él, la doctrina nacionalsocialista va a extraer los «elementos de racionalidad de la historia», esto es, lo que es conforme con aquélla es justo y ético; lo que está en contra de ella es injusto e inmoral (pág. 154).

En el cuarto capítulo, que da nombre al libro, se incide en la posición del individuo en el ámbito del ordenamiento jurídico. Se examina la influencia de Larenz como filósofo del Derecho al interior de la escuela de Kiel y su impacto en la construcción del orden jurídico nacionalsocialista. El profesor La Torre destaca que al jurista alemán le fueron de gran utilidad las críticas que contra el derecho subjetivo —entendido como poder absoluto de la voluntad— formuló W. Siebert. Este autor ingresó límites internos al concepto: hablaba de «límites naturales» que vienen exigidos por demandas de la comunidad dirigidas al particular. Para Siebert, la figura del abuso del derecho creada por la jurisprudencia de intereses era inadecuada dada su impronta individualista. En cualquier caso, la importancia de Siebert para Larenz está fuera de toda duda pues le allanó el camino a posiciones más radicales, sobre todo al situar el concepto de deber en lugar del concepto de interés. Así, la subjetividad jurídica, la propia noción de derecho subjetivo, transmitida por la doctrina liberal e ilustrada, cambiará drásticamente. Para Larenz, en efecto, formar parte del ordenamiento

jurídico no significa estar en relación con otros sujetos sino tener un puesto determinado, una función propia, un *status*, proclamando la unidad del particular con su pueblo. Sin ningún reparo, la doctrina nacionalsocialista estimó perfectamente «integrado» al individuo en la estructura social y lo hizo a tal grado que, incluso, llegó a confundirlo con ella. La subjetividad jurídica no pertenecía aquí al individuo en cuanto tal sino sólo al miembro de la *Volksgemeinschaft*; al compañero del pueblo, al *Volkgenosse*.

La capacidad jurídica fue sometida a ampliaciones y restricciones por parte del nacionalsocialismo. Era concebida como un tipo especial de capacidad: como «capacidad concreta», «graduable». No es titular de la misma cada ser humano sino exclusivamente el *Volkgenosse*. Tampoco consiste en la posible titularidad de todas las situaciones jurídicas sino sólo en la titularidad de algunas determinadas y limitadas «posiciones jurídicas» (pág. 177). Ocupar tales posiciones significa tener «deberes hacia la comunidad» y sólo por derivación ser «titular de situaciones jurídicas activas» algo completamente diferente a los derechos subjetivos. Puede decirse, con una fórmula de H. Arendt —a menudo utilizada por La Torre—, que con ello se privó a los individuos de la capacidad abstracta de tener derechos, es decir, se les privó del «derecho a tener derechos». En el marco del Estado popular-autoritario, el «deber a la comunidad» es el eje del ordenamiento jurídico. Ese vuelco se aprecia de forma clara en la ley del Estado sobre la ciudadanía alemana de 1935 en la que se adoptaron aquellos supuestos, es decir, se jerarquizó la subjetividad jurídica para anclarla en dos requisitos, uno racial (pertenencia a la raza germánica) y otro político (la fidelidad a la comunidad del pueblo y al *Führer*).

Alguien se preguntará cómo pudieron operar cambios de tal magnitud sin apenas reformar el Código Civil alemán (BGB). A este respecto se ha dicho que el régimen nazi modificó la comprensión tradicional de la capacidad jurídica por vía interpretativa. Explotando la ambigüedad, la apertura de algunas normas del BGB, se colocó a la «posición jurídica» que, como hemos dicho, se refiere a la idoneidad para asumir cierta función en el ámbito de la «comunidad» en relación con sus miembros o en relación con la comunidad misma. Esto significó un profundo cambio. Líneas más adelante, por ejemplo, se incide en el lugar que ocupa la propiedad en el nuevo del Derecho alemán. Se explica que la noción de propiedad, el dominio que se va a ejercer sobre una cosa, ya no puede ser ilimitado. Tal concepto de propiedad no presupone la abstracta noción de libertad, sino la libertad concreta de la comunidad. Incluye deberes más o menos fuertes y extensos, según el objeto de la propiedad y de la función social confiada al propietario (pág. 196). El contrato, por otro lado, se concibe como «medio de formación del ordenamiento popular». Su conte-

nido no puede depender sólo de la voluntad de las partes. Viene siempre determinado por el ordenamiento popular, esto es, por la ley y por las exigencias concretas de la buena fe, por mencionar otro ejemplo. Para La Torre, la empresa de Larenz tiene también un profundo sentido político pues la «posición jurídica» está subordinada a la fidelidad del particular al *statu quo*. Su lucha, por tanto, no es «por» sino «contra» el derecho subjetivo (pág. 226).

El capítulo quinto aborda algunas manifestaciones de la reconstrucción del ordenamiento jurídico en términos antiindividualistas y organicistas. En primer lugar, se analiza la figura jurídica del contrato que es visto por el autor alemán como un instrumento típico al servicio de la sociedad burguesa, como una pieza clave para el dominio de los económicamente más fuertes. Su pensamiento recuerda aquí al socialismo marxista. En lugar del derecho subjetivo, Larenz situará la «posición jurídica» de miembro de la comunidad para que represente y traduzca jurídicamente esa posición del sujeto en el ordenamiento concreto de la comunidad. Las relaciones contractuales, en sentido similar, ya no serán expresión de la autonomía de la voluntad. Para ser válidas deben presentarse como «concreción», «determinación» y posterior «realización del ordenamiento popular». Un ordenamiento que, conviene anotar, tiene la peculiaridad de no ser «rígido» o «fijo» sino que es «maleable». Se trata de un ordenamiento compuesto en su mayor parte de «directivas que tienen la constante necesidad de un perfeccionamiento particularizado y de ejecución, a través de las cuales sólo el ordenamiento se realiza como concreta forma de vida» (pág. 239). La suplantación de la capacidad por la «posición jurídica» tiene un *leitmotiv* definido: superar la herencia recibida de la revolución francesa que elimina todas las diferencias de estamento, de sexo, de raza y de religión. La idea alemana de Derecho, tal y como la concebía Larenz, estaría destinada a restaurar las diferencias sociales y sustituir la coexistencia de los iguales con la unión inmediata y orgánica de los miembros del cuerpo étnicamente homogéneo o puro (pág. 259).

Con tales cambios, la distinción entre Derecho público y Derecho privado perderá sentido en el marco del Derecho nacionalsocialista. En su ordenamiento popular no puede existir el Derecho privado como esfera autónoma de relaciones jurídicas en la que primen el interés y la utilidad particular. El Derecho, más bien, interviene para restringir la autonomía privada con el fin de que sean cumplidos determinados deberes y funciones de la comunidad. Nuevamente será Siebert quien sostendrá que cualquier contrato será inválido si la voluntad de las partes no concuerda con las leyes del ordenamiento en su conjunto, con los principios del régimen nacionalsocialista. En su construcción jugará un rol básico el principio de la buena fe que se concibe como una

prescripción de una ponderación equitativa de los intereses de las partes y como un principio auxiliar respecto de la autonomía que va a determinar la adecuación del contrato con la función comunitaria. De la buena fe Siebert deduce la admisibilidad de la intervención judicial dirigida a sanar un contrato inválido o nulo (pág. 265). Se produce una reestructuración del ordenamiento jurídico, cuyo vértice será ocupado por el «ordenamiento político». De esta forma, la política, entendida como autoafirmación de la comunidad capaz de actuar históricamente; que actúa y quiere como un todo que actúa unitariamente, adquirirá una «dimensión totalizante» (pág. 269). Y es que el régimen totalitario, a diferencia del despótico, precisa del concurso *activo* de la masa. Su fin no radica en la dominación sino en la integración de sus miembros.

La teoría del delito y de la pena se aborda en el sexto capítulo. En cuanto a la pena, Larenz introduce una distinción importantísima entre «sentido» y «fin». Los planteamientos utilitaristas o positivistas ven en la pena un *medio* y en la punición un procedimiento que debe perseguir *determinado* fin; no habiendo espacio en ellos para una justificación absoluta de la pena. Larenz también sustituye tales planteamientos, identificados con los objetivos de la sociedad burguesa, por los de la «comunidad del pueblo» más acordes con la renovación del Derecho alemán. Así, por ejemplo, afirma que «mediante la “supresión” o la “neutralización” del delincuente reconocido como inhábil para el vivir comunitario, o mediante su reeducación como miembro de la comunidad, se persigue la salvaguarda del pueblo» (pág. 293). Quien ataca a un individuo ataca también a la comunidad y viceversa. Nuevamente en palabras de La Torre: «moderadamente voluntarista en la teoría del delito, Larenz es, por otra parte, rígidamente determinista por lo que respecta a la teoría de la pena. Ésta resulta de manera automática de la antisocialidad del acto que, de por sí, destruye el vínculo entre sujeto y comunidad» (pág. 299). Todo ello va contra el principio de legalidad estricta del *nullum crimen nulla poena sine lege* desde el momento en que «el juez, al decidir sobre la ilicitud de un comportamiento, debe hacer referencia no a la norma escrita, que tiene importancia relativa y desarrolla una función secundaria dentro de esta perspectiva, sino al significado “íntimo” del comportamiento en cuestión y particularmente a la relación que éste tiene con las exigencias de la *Volksgemeinschaft*» (pág. 302).

También cabe destacar que Larenz recupera la idea medieval de la pena como estigma y la función consistente en degradar la dignidad del condenado. Al hacerlo, se invierte otra idea típicamente liberal y que se expresa en la frase de Franz von Liszt, según la cual «el Código Penal es la Magna Carta del delincuente». Esta manifestación del Derecho liberal-burgués está, otra vez, muy alejada de la doctrina nacionalsocialista que concibe al Derecho Penal como

un arma de la comunidad *contra* el delincuente y al que considera un enemigo mortal (pág. 308). Larenz suscribe una teoría absoluta de la pena, respecto de la cual vale la máxima *punitur quia peccatum*; es decir, se adhiere a aquellas teorías que sostienen que la justificación de la pena se encuentra en sí misma como reacción ética al delito (pág. 310). Este último, el ilícito, es concebido ante todo como una violación de la «comunidad», como un acto de hostilidad. Quien atente contra ella se convierte en su «enemigo». La pena, en tanto estigma y aniquilamiento de la personalidad, es consecuencia de ver al delincuente como enemigo (recuérdese la dialéctica amigo/enemigo de C. Schmitt). Finalmente, debe recalcar que la pena de muerte fue acogida con simpatía por la doctrina nacionalsocialista. Con ella —pensaba Larenz— es posible liberar definitivamente a la comunidad del delincuente, sirviendo «al fin de la neutralización, de la supresión del degenerado, y a proteger a la comunidad contra la difusión de los sujetos inferiores» (pág. 323).

En el último capítulo, La Torre aborda tres cuestiones vinculadas con su estudio. Por una parte, se pregunta si la figura del *Rechtsstellung* es un concepto (o una institución) análoga al *status* medieval y premoderno o se trata de otra cosa. En segundo lugar, se cuestiona qué es un derecho subjetivo, enfatizando que el tema merecería un estudio por separado. En tercer lugar, aborda el sentido ideológico del pensamiento de Larenz. No abundaré en ello. Antes de finalizar me gustaría anotar lo que considero constituye otro hilo argumental de las páginas de *La lucha contra el derecho subjetivo*. Dicho hilo argumental no es otro que la obra de H. Kelsen; a menudo criticada, revisada o contrastada con los planteamientos de Larenz. Poco más puede añadirse. Un pasaje de la introducción escrita para esta traducción puede servir, por su claridad y rotundidad, como valoración general. Dice La Torre «la obra de Larenz, y el inteligente y perseverante entusiasmo que la dirige, no se pueden explicar como un gesto de oportunismo o incluso de servilismo. Al demonio nacionalsocialista Larenz no le había cedido el cuerpo, sino sobre todo el alma. Y ésta no se vende si uno no se identifica con el demonio mismo si no cree profundamente en la salvación o en los beneficios que éste promete» (pág. 14). Constituye un acierto de quienes dirigen la Colección Traducciones de la Editorial Dykinson incluir esta espléndida obra en su catálogo porque no ha perdido un ápice de actualidad e interés. Es mucho el provecho que el potencial lector —jurista o no— obtendrá tras su lectura.

*Francisco M. Mora Sifuentes*

Universidad de Guanajuato, México.

Doctorando en la Universidad Carlos III, Madrid.