

Colección
Cátedra de Cultura Jurídica

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)

DERECHO DEGENERADO. TEORÍA JURÍDICA
Y JURISTAS DE CÁMARA EN EL TERCER REICH

BERND RÜTHERS

**DERECHO DEGENERADO.
TEORÍA JURÍDICA
Y JURISTAS DE CÁMARA
EN EL TERCER REICH**

Traducción e introducción de
Juan Antonio García Amado

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

Este libro ha recibido una ayuda a la edición
del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.



Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Título original: *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2.^a ed. corregida, München: Verlag C. H. Beck oHG, 1988
- © Bernd Rüthers
- © Cátedra de Cultura Jurídica
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-536-1

*Dedicado a los jueces y profesores que durante el Tercer Reich
fueron expulsados de su puesto*

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN

UN EJEMPLO MÁS. EL CASO DE THEODOR MAUNZ

1. LAS RAZONES DE ESTA INTRODUCCIÓN.....	15
2. ¿QUIÉN FUE THEODOR MAUNZ?	16
3. LO QUE MAUNZ ESCRIBÍA EN LOS TIEMPOS DEL NAZISMO	20
3.1. Sobre el final de los derechos públicos subjetivos.....	21
3.2. Por una Administración pública sin ataduras legales.....	27
4. TRAS LA DERROTA DEL NAZISMO. MAUNZ SE VUELVE SÚBITAMENTE DEFENSOR DE LOS SUPREMOS VALORES CONSTITUCIONALES	37
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN.....	43
PREFACIO A LA PRIMERA EDICIÓN.....	45

CAPÍTULO I

DOCTRINAS JURÍDICAS EN EL NACIONALSOCIALISMO

1. «RENOVACIÓN JURÍDICA POPULAR» COMO INVERSIÓN IDEOLÓGICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	51
1.1. El papel de la literatura jurídica y de la jurisprudencia.....	51
1.2. ¿Metodología unitaria o competencia entre métodos? La pugna sobre el método jurídico mejor para el Estado nacionalsocialista	52

	Pág.
2. APLICACIÓN DEL DERECHO Y REEMPLAZO DE LA LEY. INSTRUMENTOS	55
2.1. La nueva idea del derecho.....	56
2.2. La nueva doctrina sobre las fuentes del derecho	58
2.2.1. La lucha contra el normativismo y contra la ley válida...	58
2.2.2. Las nuevas fuentes del derecho.....	59
2.2.3. La inseguridad jurídica como efecto programado.....	60
2.2.4. El ampuloso lenguaje de los renovadores.....	61
2.3. La nueva interpretación	63
2.3.1. El objetivo: dominio ideológico.....	63
2.3.2. El debate metodológico después de 1933.....	64
2.3.2.1. La situación de partida	64
2.3.2.2. La nueva lucha contra la jurisprudencia de intereses	67
2.3.2.3. La ideología como principio rector de la aplicación del derecho	70
2.3.2.4. La búsqueda de nuevas vías y formas.....	70
2.3.3. Debate metodológico y práctica judicial	81
3. VUELTAS Y MÁS VUELTAS. SOBRE LAS IDEAS DE «ORDEN CONCRETO» Y DE «CONCEPTOS CONCRETOS-GENERALES»....	82
3.1. Sobre la necesidad actual de reflexión histórico-metodológica...	82
3.2. El concepto de institución como instrumento jurídico-político...	83
3.3. Nuevas circunstancias y viejo derecho. Bases teóricas para la renovación jurídica popular	84
3.4. El pensamiento de órdenes y configuraciones concretos.....	86
3.4.1. El punto de partida.....	86
3.4.2. La pretensión: unidad de ideología y derecho. La teoría del nuevo orden	88
3.4.3. Los contenidos del «pensamiento de orden concreto»...	89
3.4.3.1. La imprecisión del concepto.....	89
3.4.3.2. El derecho y la realidad.....	91
3.4.3.3. La alteración del derecho escrito. La creación normativa como tarea principal del pensamiento de orden concreto	92
3.4.3.4. La equivocidad oracular del pensamiento de orden concreto.....	95
3.4.3.5. El recurso a la ideología como principio rector	97
3.4.3.6. Análisis conclusivo sobre las funciones del pensamiento de orden concreto.....	100
3.5. Los «conceptos concretos-generales»	101
3.5.1. La exigencia de nuevos conceptos, adaptados al nuevo pensamiento jurídico popular.....	101
3.5.2. El recurso a la teoría de los conceptos de Hegel	102

	Pág.
3.5.2.1. El papel de la filosofía del Estado de Hegel después de 1933	102
3.5.2.2. Principios de la doctrina de Hegel sobre los conceptos.....	104
3.5.2.3. Transformación de la teoría de los conceptos de Hegel en la ciencia jurídica	106
3.5.3. La imprecisa descripción del concepto concreto-general	107
3.5.4. La misión configuradora del concepto concreto-abstracto	107
3.5.4.1. La apertura a la nueva realidad: tipo y serie de tipos	108
3.5.4.2. La apertura a la nueva ideología: los conceptos concretos-generales como cláusulas escalonadas	109
3.5.5. Un ejemplo: los conceptos concretos-generales de «persona» y de «capacidad jurídica»	111
3.5.6. Análisis funcional de los conceptos concretos-generales	117
3.5.6.1. Cambios jurídicos mediante cambios conceptuales.....	117
3.5.6.2. Apertura y dinámica de los contenidos conceptuales.....	118
3.5.6.3. Imposición de nuevas «ideas jurídicas»	118

CAPÍTULO II

TRANSFIGURACIÓN, CONDENA, ADULTERACIÓN. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE IMÁGENES PERSONALES E IMÁGENES HISTÓRICAS

1. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y RIESGO DE LOS JURISTAS	121
2. CARL SCHMITT COMO PARADIGMA. LA PERSONA Y LA OBRA ENTRE DOS LUCES.....	123
2.1. El rechazo de Weimar	124
2.2. Colaborador del <i>Führer</i>	127
2.2.1. Interpretación en aras de la ideología.....	128
2.2.2. El Estado como «herramienta de la ideología»	128
2.2.3. Nueva doctrina sobre las fuentes del derecho.....	130
2.2.4. Conflictos con la oligarquía nazi	130
2.2.5. La ansiada cercanía a los gobernantes.....	131
2.3. La nueva justicia según el esquema amigo-enemigo.....	132
3. EL PAPEL DE CARL SCHMITT DESPUÉS DEL 30 DE JUNIO DE 1934.....	140
3.1. El <i>Führer</i> hace el derecho (1934).....	141

	Pág.
3.1.1. La nueva fuente del derecho	141
3.1.2. La renuncia a la separación y el control de los poderes. El «ocaso» de la Justicia	142
3.2. La plasmación de la «total» perversión del derecho.....	143
4. EL PAPEL DE CARL SCHMITT EN LA «LUCHA CONTRA EL ESPÍ- RITU JUDÍO» (1936)	144
4.1. La ambivalente posición de Schmitt sobre los judíos	144
4.1.1. Rivales y competidores de Schmitt en la jerarquía del nacionalsocialismo.....	145
4.1.2. El ataque de Schmitt a los «intelectuales» emigrados	147
4.1.3. Excurso: la expulsión de los profesores judíos y políti- camente heterodoxos.....	148
4.1.4. El contraataque de un emigrante.....	151
4.1.5. El giro hacia el racismo	152
4.2. El <i>Reichsgruppenwalter</i> y «el judaísmo» en la ciencia jurídica alemana	153
4.3. La fase práctica de la teoría del amigo-enemigo	155
4.4. Los ataques de las SS y la quiebra de su carrera	158
5. EL TERCER REICH COMO ORDENAMIENTO DEL GRAN ESPA- CIO (<i>GROßRAUMORDNUNG</i>) (1939-1942)	159
5.1. Cambio de temas y continuidad de las ideas básicas	159
5.2. La «acción del <i>Führer</i> » como protección contra poderes ajenos al espacio y al pueblo	161
5.3. El compromiso total con los gobernantes como «filosofía» de la doctrina jurídica nacionalsocialista	164
6. PROBLEMAS Y OBSTÁCULOS PARA UNA APROPIADA EVA- LUACIÓN	165
6.1. Capacidad para perdurar y «talla» histórica o «calidad de clásico».....	166
6.2. ¿Cómo fue posible?	169
6.2.1. Carl Schmitt recapitula.....	169
6.2.2. La tesis sobre el «viaje interior» de Schmitt.....	172
6.2.3. Evaluación de su obra	173
6.2.4. ¿Su origen y su biografía como claves para entenderlo?	176
6.2.5. La capacidad de Schmitt para los juicios personales y las valoraciones	178
6.2.6. Las tesis de Nicolaus Sombart	180
7. CUESTIONES ABIERTAS	182

CAPÍTULO III

¿MÍSTICA JURÍDICA O RACIONALIDAD? LECCIONES DE LA PERVERSIÓN JURÍDICA EN EL NACIONALSOCIALISMO

1. DESAPROVECHADAS OCASIONES PARA APRENDER	191
--	-----

	Pág.
2. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....	192
3. INSTRUMENTOS PARA EL DESPLAZAMIENTO DE LA LEY Y EL DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO.....	193
3.1. La transformación del ordenamiento jurídico como un problema constante de los juristas.....	193
3.1.1. Viejas normas y situaciones normativas nuevas	193
3.1.2. Vías de tránsito entre nueva realidad y viejas leyes	193
3.2. Nueva justicia contra viejas leyes. La apelación a la «idea del derecho»	195
3.3. El engarce directo del derecho con la ideología. La teoría de las fuentes del derecho.....	195
3.4. Los nuevos valores jurídicos como «huevos de cuco». Sobre las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados...	197
3.4.1. Cláusulas legales.....	197
3.4.2. Cláusulas extralegales.....	197
3.5. El intérprete como legislador. Sobre el razonamiento con «órdenes concretos» y con «conceptos concretos-generales».....	198
3.5.1. Actualidad del análisis de equivalencias funcionales	198
3.5.2. La nueva normatividad de lo fáctico	199
3.5.3. La nueva normatividad de lo ideológico	200
3.6. El pensamiento jurídico «institucional» ayer y hoy.....	202
3.6.1. Raíces históricas	202
3.6.2. Las teorías científico-sociales	203
3.6.3. De la «idea directriz» de las instituciones al dominio de la ideología.....	204
3.6.4. La continuación abierta y disimulada del método institucional después de 1945.....	206
3.6.4.1. El institucionalismo abierto.....	206
3.6.4.2. Institucionalismo camuflado.....	208
3.7. La acrítica función de los métodos jurídicos en la aplicación de valores.....	216
3.7.1. La pretensión de un nuevo método jurídico «racial» por parte de los renovadores del derecho.....	216
3.7.2. La neutralidad valorativa de la realización metodológica de valores	216
3.7.3. El ejemplo de la doctrina del derecho libre.....	217
3.7.4. Orden jurídico y orden de valores.....	218
3.8. ¿Armas del derecho contra la injusticia estatal? Las posibilidades de la resistencia judicial	220
3.8.1. La limitada garantía de estabilidad del derecho.....	220
3.8.2. Límites de la resistencia judicial en los sistemas de injusticia.....	221
3.8.3. Resistencia judicial en el Estado nazi.....	221
3.8.4. Consecuencias	222

	<u>Pág.</u>
3.8.4.1. ¿Retirada del servicio o limitada adaptación?...	222
3.8.4.2. ¿Los malvados juristas?	223
3.8.4.3. Consciencia y ética profesional.....	225
APÉNDICE. RESUMEN DE LAS LECCIONES EXTRAÍDAS DE LA PERVERSIÓN JURÍDICA EN EL NACIONALSOCIALISMO	227
BIBLIOGRAFÍA	233

INTRODUCCIÓN

UN EJEMPLO MÁS. EL CASO DE THEODOR MAUNZ

Juan Antonio GARCÍA AMADO*

1. LAS RAZONES DE ESTA INTRODUCCIÓN

Como traductor de este libro, se me ha pedido que haga una pequeña presentación o introducción al mismo. He decidido que en lugar de seguir los pasos habituales para una tarea así, como sería, por ejemplo, glosar la importancia del autor¹ y del resto de su obra, o comentar el estado actual de la investigación sobre la historia de la teoría jurídica bajo el nacionalsocialismo y sobre la peripecia vital de su principales protagonistas, voy a hacer algo distinto y complementario del libro traducido.

En este volumen se habla muy especialmente de Carl Schmitt y Karl Larenz, junto con otro buen puñado de personajes secundarios, siempre defensores y fieles servidores del partido nazi mientras se pensó que, con Hitler, Alemania dominaría el mundo. Como el lector comprobará, la buena pluma de Bernd Rüthers expone en su contexto las doctrinas examinadas y nos advierte reiteradamente sobre cuán importante es que aprendamos siempre del pasado, y en particular de ese pasado. En el

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

¹ BERND RÜTHERS es catedrático emérito de la Universidad de Konstanz (Constanza), donde fue titular de las cátedras de Derecho Civil y Teoría del Derecho. Nació en 1930. Se doctoró en 1958 en la Universidad de Münster, con una tesis sobre «Derecho de huelga y Constitución». En 1968 se habilitó como catedrático con su más famosa obra, *Die unbegrenzte Auslegung* [La interpretación sin límites]. Hasta 1971 fue catedrático de la Universidad Libre de Berlín, y desde 1971 catedrático de la Universidad de Konstanz, de la que fue rector entre 1991 y 1996. Entre los años 1976 y 1989 se desempeñó también como juez en el *Oberlandesgericht* de Stuttgart. Es catedrático emérito desde 1998. Cuenta con varios premios académicos y doctorados *honoris causa*.

aire o en un segundo plano queda, aquí, lo que sucedió con tantos de esos profesores de Derecho después de la guerra y cuando se instauró la República Federal de Alemania. Es bien sabido ya que la inmensa mayoría de ellos (Schmitt fue una de las pocas excepciones) siguieron en sus cátedras tras un breve paréntesis o de someterse, si acaso, a un liviano proceso de desnazificación. Bastantes, además, pronto lograron hacerse con rectorados y decanatos, cuando no saltaron a la política o a altas magistraturas del Estado.

Llama mucho la atención cómo cayó rápidamente el olvido sobre el pasado totalitario de esos personajes y con cuánta habilidad consiguieron enseguida hacer borrón y cuenta nueva y, sobre todo, aparecer ya en los años cincuenta y sesenta como adalides del constitucionalismo democrático (aunque siempre con un aroma marcadamente conservador), partidarios de los más sagrados derechos fundamentales y férreos defensores de los principios que conforman el sustrato moral de las constituciones contemporáneas. Cuánto habría de fingimiento y cuánto de sincera conversión no es fácil de saber, pues se requeriría un análisis pormenorizado de cada individuo. Personalmente, sospecho que la sinceridad no abundaba.

La apoteosis del desdoblamiento moral y del arribismo seguramente se expresa mejor que nadie en Theodor Maunz, y en él se exponen también las contradicciones y paradojas de un sistema político que, al compás de la Guerra Fría, ocultó a menudo la responsabilidad de muchos cómplices de los victimarios y, más o menos sutilmente, siguió culpando a las víctimas. Como con aquella miserable cantinela de que la causa de los excesos inmorales de tanto jurista bajo el nazismo se encontraba en las enseñanzas de Kelsen y su positivismo jurídico². ¡Cuántos ignorantes han venido repitiendo esa fábula y cuántos perversos y manipuladores la han seguido difundiendo a sabiendas de su falsedad!

Porque me parece que puede ilustrar sobre un aspecto más de los que en este libro se tocan, me permitiré usar esta introducción para hablar de ese caso, del caso de Theodor Maunz, tan aleccionador como poco conocido entre los juristas españoles.

2. ¿QUIÉN FUE THEODOR MAUNZ?

En la historia de la ciencia jurídica no son pocos los casos que merecerían figurar en una historia universal de la infamia. Y de esos capítulos, un buen puñado corresponde por méritos propios a tantos de aquellos profesores alemanes de Derecho que primero objetaron más o menos sutilmente a la democrática constitución de Weimar, después se afiliaron con entusiasmo al partido nazi, se convirtieron en conscientes y

² Sobre el particular, véase J. A. GARCÍA AMADO, «¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?», en J. A. GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 385-441.

deliberados secuaces de Hitler y apoyaron con todo empeño la barbarie jurídica de aquel tiempo; y al fin, acabada la guerra en derrota de los criminales antes adorados, se incorporaron tan campantes al Estado de Derecho inaugurado con la Ley Fundamental de Bonn, se erigieron en propagandistas de los grandes valores morales y de los derechos humanos de toda la vida y se dispusieron a ocupar altos cargos en las universidades y los ministerios de la República Federal o de sus *Länder*.

La gran mayoría de estos personajes siniestros, arribistas y descaradamente cínicos jamás pidió perdón ni proclamó un arrepentimiento serio o mínimamente sincero³. De alguno se supo, tras su muerte a avanzada edad, que jamás había abandonado sus simpatías por el nazismo ni había dejado de sentirse íntimamente racista y enemigo del Estado de Derecho, aunque en sus artículos, monografías, tratados y comentarios lanzara a los cuatro vientos el supremo valor de la dignidad humana como concepto constitucional y patrón moral.

Uno de los más extraordinarios ejemplos de semejante doblez moral y de tan escaso escrúpulo académico nos lo ofrece Theodor Maunz. No me voy a detener apenas en pormenores biográficos⁴. Basten unas pocas indicaciones significativas. Después de haber sido el nazi convencido⁵ e insistente que los textos de más abajo muestran, consiguió formar parte de la mismísima comisión redactora de la Ley Fundamental de Bonn y al poco, en 1953, fue nombrado ministro de Cultura del *Land* de Baviera, cargo que ocupó hasta 1964, cuando estalló un cierto escándalo al descubrirse su pasado nazi. Junto con G. Dürig organizó el primer gran comentario sistemático de la Ley Fundamental de Bonn. Fue respetado y venerado como catedrático de la Universidad de Múnich desde 1953. Cuando murió en 1993, a los noventa y dos años, se supo que hasta el fin de sus días había colaborado con el dirigente del más radical grupo neonazi de Alemania y en sus publicaciones.

Su nombramiento como catedrático en Múnich en 1952 no estuvo exento de polémica. La propuesta de hacer allí a Maunz catedrático fue

³ Como dice Sosa Wagner a propósito de Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, en el libro en que comenta la correspondencia entre ambos: «En ninguno de los dos se percibe muestra alguna de crítica respecto de lo ocurrido en los doce ominosos años. Ciertamente que tampoco de nostalgia, menos de elogio, es como si ambos quisieran desterrarlos de sus memorias heridas, arrancarlos de su biografía como se arrancan las hojas de un calendario marchito» (F. SOSA WAGNER, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 131).

⁴ Véase la amena síntesis que de la vida de Maunz ofrece Francisco Sosa Wagner en su libro *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 132-136.

⁵ En 1933 ingresó en el Partido Nacionalsocialista y en las SA. En 1935, cuando contaba treinta y seis años, fue promovido a catedrático provisional de la Universidad de Freiburg, cátedra que tuvo en propiedad desde 1937. Inicialmente era Maunz discípulo de Hans Nawiasky, que en 1933 fue expulsado de su cátedra por ser judío y al que el nazismo sometió a una de las más intensas y odiosas campañas de desprestigio (cfr. M. STOLLEIS, «Theodor Maunz –Ein Staatsrechtslehrerleben», *Kritische Justiz*, 1993, p. 394). En 1936, un año antes de conseguir su cátedra en Friburgo de Brisgovia, participaba Maunz como ponente en la jornada sobre la ciencia jurídica y el judaísmo que organizó Carl Schmitt, y allí se refirió Maunz a la odiosa inclinación de los judíos hacia el Estado liberal de Derecho.

inicialmente rechazada debido a su firme compromiso anterior con el nazismo⁶, y durante días tuvo que reunirse la Facultad antes de nombrarlo. En 1952, al celebrar el dictador Salazar, en Portugal, los veinte años de su toma del poder, Maunz le envía un escrito laudatorio, en el que celebra que Salazar haya prescindido de los partidos políticos e impuesto el partido único. Pero al fin consiguió su cátedra en Múnich, y fue nombrado ministro de Cultura del Estado de Baviera en 1953. Su pasado salió a relucir en 1963, ante los escándalos por sus continuos enfrentamientos con los rectores de las universidades bávaras para imponer Maunz sus candidatos preferidos para las cátedras, candidatos que eran siempre católicos, como él.

Murió Maunz el 10 de septiembre de 1993, a los noventa y tres años. Entre el 24 de septiembre y el 1 de octubre el periódico *Deutsche National-Zeitung*, órgano de expresión del partido neonazi *Deutsche Volksunion*, revela, por boca de su líder, Gerhard Frey, que siempre había estado Maunz colaborando con el partido y su publicación, mediante dictámenes e informes y todo tipo de asesoramiento y apoyo, así como con artículos y editoriales que firmaba con seudónimo en el periodicocho. Salta el escándalo, pero queda probado que era cierto cuanto se revelaba y que había sido estrecha y constante la complicidad y amistad entre Maunz y Frey. La conclusión que saca Michael Stolleis después de haber estudiado a fondo la trayectoria de Maunz es que era un «camaleón», un arribista que se adaptaba sin escrúpulo a cada tiempo y presentaba en cada época la cara que más convenía para medrar⁷. Concluye Stolleis que Maunz solo fue fiel a sí mismo, y que al igual que durante el nazismo iba discretamente a misa, bajo la Ley Fundamental de Bonn acudía en secreto a las reuniones con los neonazis y dejaba abierta una puerta más, por si volvían a cambiar las tornas. Las palabras con que concluye Stolleis son devastadoras y dan que pensar: el problema, dice, no es Maunz, sino los profesores de Derecho político «como corporación», como grupo⁸.

Ciertamente, en tal o cual concreto profesor no hay más problema que lo que concierne a su personal biografía. Verdad será también que, como se dice en este libro de Rüthers que tenemos entre las manos, hay que ser sumamente prudente a la hora de repartir condenas y reproches morales a quienes vivieron en ciertos tiempos y determinadas tesituras. Pero, como también se indica o se insinúa en esta obra, no está de

⁶ Ya por entonces, alguien puso sobre la mesa algunos escritos de Maunz en los tiempos de Hitler, como aquel en el que afirmaba que sin jueces nacionalsocialistas no podrá haber independencia judicial; o aquel otro, de 1937, en el que sostenía que el excluir de la vida alemana y de sus derechos a los no arios no contradecía el principio de igualdad, sino que lo realizaba en su mejor esencia.

⁷ Pero, como bien señala B. Rüthers en otro libro suyo, el caso de Maunz y su modo de adaptarse a cada nuevo tiempo no fueron únicos. Cfr. B. RÜTHERS, *Geschönte Geschichten - Geschönte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen. Ein Essay*, Tübingen, Mohr, 2001, p. 25.

⁸ M. STOLLEIS, «Theodor Maunz -Ein Staatsrechtslehrerleben», *op. cit.*, p. 396.

más que nos preguntemos sobre el papel, tantas veces triste, que muchos profesores de Derecho y muchas facultades de Derecho han jugado cuando el poder fue conquistado por dictaduras oprobiosas y regímenes políticos criminales. Se dirá que también ahí hay de todo⁹, como en botica, pero sorprende la proporción alta que en el conjunto variado corresponde a los cínicos, los aprovechados, los insensibles, los narcisistas, los nada valerosos, los arribistas, los que no tienen más guía que su propio progreso ni más principio que el de su personal beneficio. Tal vez, aprovechando tantas experiencias del pasado, y no solo en Alemania, deberíamos los juristas empezar a preguntarnos si en los estudios de Derecho no habría que introducir unas enseñanzas básicas de ética y de vida profesional y académica digna, o si en las pruebas para el acceso a las cátedras no debería haber también un pequeño apartado para tomar en consideración la decencia de los candidatos.

¿Serán cuestiones personales o serán padecimientos propios del mundillo académico? De acuerdo, Maunz, como tantos, había sido nazi y luego, aparentemente, ya no lo era. ¿Alguna vez había pedido públicamente perdón o se había explicado? No consta. En sus escritos, desde luego, no. Esa legión de discípulos suyos, que ya eran solemnes catedráticos cuando Maunz muere muy anciano, sin duda sabía del pasado turbio y nada ejemplar del maestro. ¿Pensaban que había cambiado por completo, que estaba arrepentido, que nada le quedaba de añoranza de aquellos tiempos de uniformes, desfiles, expolios, torturas y asesinatos, cuando parecía que los nazis se iban a comer el mundo? ¿Qué hablaban los discípulos con el maestro, que le oían decir, cómo lo veían? ¿Lo homenajearon, le dedicaban libros y lo ensalzaban porque en verdad lo tenían por un gran demócrata y convencido defensor de la Constitución y los derechos fundamentales? Tal vez. Pero si por eso era, en mal lugar queda la perspicacia de los juristas académicos. A mí, modestamente, me parece que no era por eso por lo que se le servía y adoraba. O, al menos y en lo que uno conoce mejor, no suele ser por eso.

El trabajo de Michael Stolleis sobre Maunz, «Theodor Maunz –Ein Staatsrechtslehrerleben», se publicó primeramente, en 1993, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (21 de diciembre de 1993), y, ese mismo año, en la revista *Kritische Justiz*. En 1994 aparece en un libro de Stolleis que

⁹ Con buen tino, escribe Sosa Wagner, después de pasar revista a lo que sucedió durante el nazismo en las facultades de Derecho y las cátedras de Derecho público: «Se advertirá que estamos ante un abigarrado panorama donde se han mezclado perseguidos y perseguidores, víctimas y victimarios, oportunistas y honrados, es decir, donde todo ha sucedido como en la vida misma, cruel y despiadada. Una actitud gallarda de enfrentamiento o de crítica a la barbarie no la encontramos en quienes pudieron permanecer en sus cátedras y desarrollar su labor como docentes, como examinadores, como juzgadores de tesis doctorales o de los trabajos de habilitación (el silencio práctico de la doctrina frente a los “plenos poderes” a Hitler es clamoroso). Podían demostrar mayor o menor entusiasmo hacia la legalidad del régimen, pero cuidaron de no asomarse mucho fuera del castillo que cada uno se construía con la argamasa de una reserva sigilosa y cautelosa» (F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 359).

recoge variados trabajos suyos¹⁰, pero ahora con un epílogo nuevo. Ahí el autor nos explica que han sido muchas las reacciones críticas, muchos los discípulos que protestan porque se ha dado a conocer la doble vida del maestro, muchos los colegas que opinan que esos trapos sucios hay que lavarlos en casa y no dar cuartos al pregonero. Pero la contestación de Stolleis merece atención, pues replica que no estamos hablando de un simple profesor, sino de alguien que estuvo entre los expertos encargados de redactar la Ley Fundamental de Bonn, que fue ministro del *Land* bávaro, catedrático de Derecho político durante unas cuantas décadas en una de las más influyentes universidades alemanas, si no la más, tutor de muchos de los que llegaron a catedráticos después y con su ayuda. Por eso no se puede dejar de reflexionar sobre cómo fue posible el «caso Maunz» y hay que seguir, en todas partes, preguntándose sobre qué males aquejan a las universidades del mundo y por qué, a veces, es tan poca la justicia en ellas.

3. LO QUE MAUNZ ESCRIBÍA EN LOS TIEMPOS DEL NAZISMO

En lo que sigue entresaco y traduzco extensas partes de tres escritos de Maunz, dos de sus años de fervor nacionalsocialista y uno de 1953, ya profesor en Múnich y constitucionalista que pugnaba por reconocimiento y poder en los nuevos tiempos y bajo un nuevo Estado, siempre con maneras de arribista y mañas de sumiso servidor de los poderosos.

Que el lector juzgue, no meramente sobre el personaje, uno entre tantos, sino sobre el papel de la doctrina jurídica y el estilo personal y académico de bastantes profesores, de entonces y quién sabe si de muchas épocas más. Y comparemos lo que en un tiempo y en otro dijo, cómo se contradecía hasta la raíz y sin la gallardía de reconocerlo, y con qué soltura en cada momento escribía lo que le convenía para sus objetivos. Reparemos en lo que en 1935/1936 y 1953 manifestaba Maunz sobre los derechos públicos subjetivos, sobre la relación entre el ciudadano y el Estado, sobre la dignidad humana, sobre la tolerancia, sobre los derechos fundamentales y sus garantías, sobre la igualdad ante la ley, sobre los valores constitucionales en el Estado de Derecho, sobre el principio de legalidad... Fijémonos en que jamás, ni por asomo, cita o recuerda luego lo que sostuvo él mismo en sus años nazis, como si hubiera llegado a la República Federal y a la Ley Fundamental puro, virginal, virtuoso y joven profesor sin pasado ni vergüenzas atrasadas. Así lo hicieron tantos, y de la mayoría quedará para siempre la duda de si, aunque no expresaran pesar ni solicitaran perdones, en verdad por dentro algo los remordía y era sincera su mutación doctrinal. Con Maunz ni siquiera

¹⁰ M. STOLLEIS, *Recht und Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1994. El texto sobre Maunz está en las páginas 306 ss., y el nuevo epílogo, en las páginas 312 a 317.

quedó para la posteridad esa duda. Parece que Maunz no tuvo pena por haber sido aquel mezquino profesor que en 1935 y 1936 redactaba los artículos a los que ahora mismo vamos.

3.1. Sobre el final de los derechos públicos subjetivos

En 1936, en el número 96 de la revista *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* (páginas 71 a 111), publicaba Maunz un artículo titulado «*Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts*» [El final del derecho público subjetivo].

Resumiré aquí el contenido, con traducción literal de los párrafos más significativos¹¹.

Empieza Maunz con la crítica de la equiparación que algunos autores hacían entre derechos públicos subjetivos y derechos humanos, equiparación que ya habría sido también rechazada por Jellinek. «Derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales ni han sido jamás lo mismo ni lo son hasta el presente. Como derechos fundamentales se entienden habitualmente (a pesar de los intentos de positivarlos en la Constitución de Weimar) derechos absolutos, preestatales, supraestatales, mientras que los derechos públicos subjetivos siempre se ha dicho que nacen únicamente de la ley. Los derechos fundamentales fueron en todo tiempo barreras de la esfera individual frente al Estado. En cambio, los derechos públicos subjetivos nunca fueron concebidos frente al Estado, ni pueden serlo actualmente. Por tanto, es incorrecto, a tenor de esa evolución histórica, entender los derechos públicos subjetivos como la configuración jurídico-administrativa de las esferas de libertad aseguradas por la Constitución» (72).

Tampoco es apropiado sostener que solo puede haber derechos públicos subjetivos allí donde existe una jurisdicción contencioso-administrativa. «Hubo y hay derechos públicos subjetivos sin sistema procesal para su imposición, y hubo sentencias de los tribunales contenciosos que nada tienen que ver con derechos públicos subjetivos» (73).

En el actual Estado alemán hay que estudiar con nuevos enfoques ese tema. «En la medida en que el dogma del Estado de Derecho, el de la legalidad de la Administración y el del Estado como persona jurídica sean descartados, debe ponerse también en cuestión la existencia de derechos públicos subjetivos relacionados con aquellos dogmas. Las ideas de líder [*Führer*] y de obediencia [*Gefolgschaft*] que dominan ahora nuestro derecho tienen que hacer que las teorías recibidas aparezcan bajo una nueva luz. De hecho, la discusión versa esencialmente sobre la compatibilidad entre derechos públicos subjetivos e idea de líder [*Führer*]. Pero con ello todavía no se alcanza toda la profundidad de la problemática.

¹¹ Entre paréntesis pondré las páginas del original del que traduzco.

La plena claridad únicamente se consigue mediante un enfoque que atienda a la realidad de los órdenes populares y de la vida comunitaria» (74). Lo que se viene llamando derechos públicos subjetivos «no es en esencia nada más que la proclamación y afirmación de la posición comunitaria que a una persona le corresponde en una concreta y precisa comunidad» (74). Cuando la comunidad queda diluida, el derecho público subjetivo pasa al primer plano. «Y cuando las comunidades son recuperadas, el derecho público subjetivo se vuelve prescindible» (74). Las ideas de Administración y de Derecho administrativo a las que está ligado el derecho público subjetivo deben ser superadas.

Examina Maunz el debate sobre los derechos públicos subjetivos en la doctrina alemana del siglo XIX (Gerber, Laband, Gneist) y concluye que ha desembocado en errores, como cuando Jellinek los correlaciona con la esfera de libertad del individuo u Otto Mayer los ve como un elemento de poder contra el Estado. «El derecho público subjetivo ya no significa, como en Gerber, la inserción en el todo político, sino la libertad frente al Estado» (78). De ese modo se prescinde inadecuadamente del punto de vista comunitario.

La doctrina había ido avanzando en la afirmación de los derechos del individuo frente al Estado y en el dualismo entre sociedad y Estado. Además, todo el debate sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa ha tendido también a restringir el margen de acción del Estado. Esa contraposición entre vinculación y libertad de la Administración y entre vinculación y discrecionalidad, que da al principio de legalidad un sentido especial, «se apoyaba en el dualismo entre sociedad y Estado. En cuanto se sustituya esa contraposición mediante el pensamiento de órdenes y sea reemplazado el principio de legalidad [*Gesetzmässigkeit*] por el de juridicidad [*Rechtsmässigkeit*], ya no se dirá que los conceptos jurídicos indeterminados son menos convenientes que los determinados ni que las decisiones administrativas discrecionales son más peligrosas que las atadas a la interpretación de los conceptos legales indeterminados. La posición de la persona en la comunidad está mucho más ligada al Derecho de lo que los derechos públicos subjetivos habían podido exponer» (85).

Luego critica Maunz la orientación individualista de la jurisprudencia que había usado la noción de derechos públicos subjetivos.

«El nuevo pensamiento jurídico pone al miembro del pueblo [*Volks-genosse*] en el marco de la comunidad popular y reconoce que le corresponde un determinado estatuto jurídico en el orden popular. Una tarea importante del aparato estatal consiste hoy en proteger los órdenes populares y, con ello, también en asegurar el estatuto jurídico de los miembros del pueblo en el seno de la comunidad popular. El Derecho administrativo tiene que ver con comunidades manifiestas, con sus líderes, su obediencia y sus personalidades comunitarias. Cada miembro del pueblo siempre está inserto en la comunidad popular, pero no solo en ella,

también en una serie de divisiones que contienen órdenes particulares, como en la comunidad del ejército, en la comunidad del partido, en la del servicio público, en el Frente Alemán del Trabajo, en el Servicio de Alimentos del Reich, en la artesanía, en el orden vital del campesinado, en la empresa, etc. También en esas comunidades subordinadas le corresponde un determinado estatuto jurídico, y la protección del orden de esas comunidades abarca también la protección de ese estatuto jurídico» (92).

De los tres grupos principales de derechos públicos subjetivos (los del Estado frente a sus súbditos, los de los súbditos frente al Estado y los de los súbditos entre sí), el del Estado frente a los súbditos es el que con más claridad se muestra como prescindible. Por ejemplo, no tiene sentido ni utilidad ninguna hablar de una pretensión fiscal del Estado para referirse al sistema impositivo. Es el mismo sinsentido que habría si habláramos de una pretensión penal del Estado frente al delincuente. «El derecho público subjetivo del Estado es un concepto perteneciente a una época pasada y ligado a un pensamiento que ya no es el nuestro. Para nosotros ya no existe ninguna “esfera individual” del Estado que haya que proteger» (94).

Lo anterior se relaciona con la visión del Estado como persona jurídica, concepción igualmente prescindible. Si el Estado también es persona a efectos del Derecho, está, en cuanto sometido al Derecho, en el mismo plano que las otras personas y, como ellas, puede ser destinatario de derechos y obligaciones jurídicos. Eso deja en el aire la vieja pregunta de «cómo es posible concebir el Estado al mismo tiempo como dominador y como dominado. Si el Estado no es sujeto jurídico, tampoco puede ser portador de derechos y obligaciones individuales» (94). «Toda la construcción de los derechos públicos subjetivos del Estado puede ser echada por la borda sin perjuicio ninguno» (94-95).

En segundo lugar están los derechos públicos subjetivos de los súbditos frente al Estado. «En la comunidad, la persona puede y debe mantener la posición que le corresponde según el orden concreto. Así es, ante todo, en cuanto al mantenimiento de su matrimonio, de sus tareas y ocupaciones, y también respecto de la administración de sus bienes. Al reconocer las tareas de una persona en la comunidad, no se debilita en modo alguno la idea de comunidad» (95). Al contrario, al ver a la persona inserta en sus respectivos órdenes y misiones se toma en cuenta la «voluntad real concreta» que corresponde a una persona, y no una voluntad abstracta o ficticia.

Un buen ejemplo lo da la expropiación, tal como ha quedado plasmada en las directrices dadas el 15 y 16 de junio de 1936 por el grupo de profesores universitarios de la Liga de Juristas Nacionalsocialistas. Cuando hay un interés del Estado para la expropiación, el súbdito no ha de oponerse ni plantear demandas contra el Estado, aunque puede legítimamente aspirar a compensación.

A veces es una pretensión o acción del súbdito lo que pone en marcha el aparato de la comunidad, pero «esto no es un elemento de poder sobre el Estado, como O. Mayer ha dicho. La parte nunca estará por encima del todo. Cuando la ambición de una parte ponga en peligro la comunidad, su decisión no puede proporcionarle la prestación pretendida. Puesto que con el concepto de derecho público subjetivo se asocia históricamente la idea de un elemento de poder sobre el Estado, es recomendable terminar por completo con esa pretensión. El derecho público subjetivo es expulsado y convertido en prescindible mediante la idea de un estatuto jurídico del súbdito dentro de la comunidad concreta, en la que su decisión puede poner en marcha la actividad del aparato de esa comunidad» (97).

«La literatura de Derecho político sobre la posición de la persona dentro de la comunidad se apunta a los nuevos enfoques. Höhn ha calificado el derecho público subjetivo, en el sentido que aparece en G. Jellinek, como un pilar del sistema individualista, y lo ha rechazado decididamente. Quienes de antemano no lo han negado, como Koellreutter, Tatarin-Tarnheyden o Köhler, tratan de reorientarlo y de rescatar su componente comunitario» (99).

«En cuanto a la jurisprudencia, sigue trabajando con las ideas heredadas y la vieja terminología. Decisiva para su superación ha sido la famosa sentencia del Tribunal Supremo Administrativo de Sajonia [*Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*] de 18 de junio de 1935, a la que Krüger, en su comentario, le ha puesto la adecuada etiqueta: «comunidad popular en lugar de derechos subjetivos» (99). En palabras de Krüger, «bajo el punto de vista nacionalsocialista, las relaciones jurídico-públicas, tal como el Tribunal acertadamente las explica, en cuanto afecten al particular no deben ser contempladas ya como supuestos derechos del particular frente al Estado, sino que han de observarse bajo el prisma más elevado de un orden racional y finalístico, y como delimitación de la relevancia del individuo dentro de la relevancia del conjunto. Sólo en la medida en que tal principio lo permita es lícito referirse al aseguramiento de la actividad del individuo» (99-100).

«La posición que a una persona le corresponde en una comunidad debe haber sido lograda por su trabajo y sus resultados. La diferenciación de la posición dentro de una comunidad concreta debe provenir de la diferencia de resultados, es decir, de la sana competencia que dentro de la comunidad se ejercita (piénsese en las competiciones nacionales de las SA), pero esto es completamente diferente del principio de libre competencia en sentido individualista. Los resultados tienen que ser juzgados y valorados, y de resultados de esa valoración se podrá asignar una nueva posición. La decisión que asigna una nueva posición es, en última instancia, misión del líder de la comunidad. Cuando el líder, debido al tamaño de la comunidad, no puede por sí ocuparse de cada variación, el hacer las correspondientes asignaciones será competencia del aparato, siempre dependiente del líder. Habrá muchas decisiones que traerán

una modificación de las posiciones dentro de la comunidad. Pero no pueden ya verse como vulneración de una prohibición general de afectación negativa de la esfera de libertad del individuo. Más bien expresan el adecuado juicio sobre los resultados y las personas» (102).

Un ejemplo se puede encontrar en el derecho de nacionalidad. Ninguna norma debe poder forzar al Estado a reconocer la nacionalidad a una persona que, por ejemplo, en su día la perdió por trasladarse a otro Estado y que ahora pretende recuperarla. «Más bien hay que dejar al Estado la competencia para examinar si la recuperación de la nacionalidad por esa persona que la reclama objetivamente supone un deseable enriquecimiento de la comunidad popular y si se trata de un miembro del pueblo con raigambre alemana. Aceptar que meramente por voluntad del aspirante pueda tener que asignarse la nacionalidad según una norma sería algo que contradiría la vigente concepción del Estado» (102).

«También en derecho privado se ve ahora bajo una nueva luz el problema del derecho subjetivo. La solución proviene de tomar conciencia de que no están en primer plano las facultades subjetivas, sino las obligaciones, obligaciones que emanan de órdenes tanto más restringidos como más extensos, y cuya consecuencia es que toda pretensión jurídica únicamente puede estar basada en la vulneración de una obligación, mientras que hasta ahora el derecho subjetivo se veía como lo primario y la pretensión como lo secundario» (103). Pero ese esquema tampoco es trasladable a la esfera pública y al Derecho administrativo, no cabe ahí pensar en pretensiones basadas en obligaciones, pues eso supondría admitir que el Estado tiene obligaciones frente al súbdito. Solo cabe hablar de obligaciones del individuo miembro de la comunidad popular, aunque con ello no se agote la esencia de la posición jurídica del miembro de la comunidad popular (103).

«En Derecho administrativo la solución es proporcionada por la idea de posición jurídica de la persona dentro de la comunidad. La comunidad y el orden que le es propio abarcan a la persona y le dan su posición jurídica, consistente en derechos y obligaciones. La esencia de la comunidad que abarca a la persona no consiste en injerencias de la esfera pública en una esfera privada del individuo, concebida como esfera de libertad. En una comunidad que se ha convertido en realidad concreta, los derechos y las obligaciones se entremezclan en la posición jurídica de la persona, que es un elemento del todo. En esa comunidad la persona no queda en peor posición, sino que se configura dentro de un orden concreto del que su posición jurídica surge» (104).

«Ese detalle explica que en el Derecho administrativo haya habido siempre “derechos” que al mismo tiempo eran obligaciones, como, por ejemplo, el derecho a la nacionalidad, los derechos electorales; y “obligaciones” que al mismo tiempo eran derechos, como la del servicio militar o las obligaciones de los funcionarios. Tales posiciones jurídicas han crecido en la comunidad y a la comunidad se remiten. Con el surgimiento