

HISTÓRIA DO DIREITO

El Derecho en los Tiempos del Totalitarismo

O Direito nos Tempos do Totalitarismo

Law in the Time of Totalitarianism

Sebastian Martin¹

¹ Universidad de Sevilla (Espanha). <https://orcid.org/0000-0003-0142-2611>

RESUMO

Pode a experiência jurídica que os totalitarismos implicaram ser reconduzida a um modelo teórico? É exatamente isso o que se tenta fazer nestas páginas. Centrando-nos principalmente nos casos do Terceiro Reich alemão e da ditadura do General Franco entre 1938 e 1944, mas levando em consideração também o caso italiano, tentamos avaliar algumas características gerais partilhadas pelas ditaduras do período entre guerras. O documento começa por identificar as doutrinas jurídicas e práticas institucionais que abriram o caminho para o advento de regimes ditatoriais. Em seguida, prossegue com o exame da constituição e dinâmica da ordem jurídica totalitária, de acordo com as sugestões metodológicas clássicas de Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Otto Kirchheimer: entendê-la como a expressão normativa de um estado dual. Finalmente, como a característica mais reconhecida do totalitarismo, destaca a violência arbitrária exercida contra sujeitos considerados inimigos a fim de purificar a comunidade, tentando apontar as razões pelas quais a violência, de ser normalmente um meio de impor a lei, se tornou na experiência totalitária um fim em si mesma.

Palavras-chave: totalitarismo, ditaduras, Estado dual, cláusulas jurídicas indeterminadas, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, violência política.

ABSTRACT

¿Puede reconducirse la experiencia jurídica que implicaron los totalitarismos a un modelo teórico? Es justo lo que se intenta en las presentes páginas. Centrándose principalmente en los casos del III Reich alemán y la dictadura del general Franco entre 1938 y 1944, aunque teniendo también presente el caso italiano, se procuran suministrar algunos rasgos generales compartidos por las dictaduras de entreguerras. El trabajo comienza identificando las doctrinas jurídicas y las prácticas institucionales que prepararon el terreno al advenimiento de los regímenes dictatoriales. Y pasa después a examinar la constitución y dinámica del orden jurídico totalitario conforme a las sugerencias metodológicas clásicas de Ernst Fraenkel, Franz Neumann y Otto Kirchheimer: entendiéndolo como expresión normativa de un Estado dual. Por último, como el rasgo más reconocible del totalitarismo, destaca la violencia arbitraria ejercida contra los sujetos considerados enemigos con el fin de purificar la comunidad, tratando de señalar los motivos por los que la violencia, de constituir habitualmente un medio con el que imponer el derecho, pasó en la experiencia totalitaria a constituir un fin en sí misma.

Keywords: totalitarismo, dictaduras, Estado dual, cláusulas jurídicas indeterminadas, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, violencia política.

ABSTRACT

Can the legal experience of totalitarianism be subsumed into a theoretical model? This is exactly what is attempted in these pages. Focusing mainly on the cases of the German Third Reich and the dictatorship of General Franco between 1938 and 1944, although also taking into account the Italian case, we attempt to provide some general features shared by the inter-war dictatorships. The paper begins by identifying the legal doctrines and institutional practices that paved the way for the advent of dictatorial regimes. It then examines the constitution and dynamics of the totalitarian legal order according to the classical methodological keys of Ernst Fraenkel, Franz Neumann and Otto Kirchheimer: understanding it as the normative expression of a dual state. Finally, as the most distinctive feature of totalitarianism, it highlights the arbitrary violence exercised against subjects considered enemies in order to purify the community, trying to point out the reasons why violence, from being a mean to guarantee the observance of law, became a goal in itself in the totalitarian experience.

Keywords: Totalitarianism; Dictatorships; Dual State; Undefined legal clauses; Ernst Fraenkel; Franz Neumann; Otto Kirchheimer; Political Violence.

I. Introducción

Como su mismo título expresa, este trabajo pretende abordar la cuestión del orden jurídico bajo el imperio de los totalitarismos. Procede la puntualización porque tal asunto, aun con evidentes intersecciones, se diferencia conceptualmente de aquel otro que examina la configuración de los Estados en tiempos dictatoriales². Las reflexiones de orden general que aquí van a ser vertidas se basan principalmente en las experiencias alemana y española, las del III Reich y la dictadura del general Francisco Franco, aunque en sus aspectos centrales las considero extrapolables al caso italiano, al que también se hace referencia ocasional. El contenido del presente texto tampoco se corresponde con la descripción somera de cada una de las ramas del derecho (administrativo, penal, laboral...) en el momento dictatorial. Su propósito de fondo es más bien atender a la lógica que aunaba todas esas vertientes jurídicas y al denominador común compartido en este nivel por los regímenes totalitarios europeos de los años 1920 y 1930. Se quiere con ello contribuir a establecer una suerte de tipo ideal del totalitarismo jurídico, con el que se trascienda en algunos aspectos el enfoque de la historia legalista del derecho para atender cuestiones relevantes desde el punto de vista de la historia social y cultural.

Con estos fines, voy a detenerme en tres puntos, para realizar algunas consideraciones conclusivas al final. En primer lugar, examinaré lo que podríamos denominar como “actos preparatorios” del advenimiento de las dictaduras. Contra lo que yo mismo he sostenido en otras ocasiones, infravalorando toda conexión entre la cultura jurídica de la primera posguerra y la erección ulterior de sistemas totalitarios (Martín, 2018: 118), el ambiente cultural promovido desde las ciencias sociales y jurídicas tuvo una cuota decisiva en la llegada y justificación de la barbarie. Una parte nada despreciable de la doctrina de los juristas reaccionó en términos de beligerante confrontación ante los nuevos Estados democráticos y constitucionales como los instaurados en Alemania en 1919 y en España en 1931 (Esteve Pardo, 2019). Contribuían así a conformar una atmósfera espiritual de signo antidemocrático y “antiparlamentario” que en algunos casos propició o normalizó la irrupción de las dictaduras. Más allá de los trabajos de propaganda directa de los regímenes fascista o nacionalsocialista con fines de emulación en el propio país, interesará aquí esta suerte de ecosistema ideológico gestado en las facultades de derecho como elemento preparatorio directo, como acto de colaboración necesaria, con la implantación posterior de los sistemas totalitarios.

En segundo término, nos ocupará la cuestión más ceñida de la producción y fisonomía del *Totalitarian Law*, dejando claro de partida que uno de los signos más distintivos del totalitarismo fue precisamente la ausencia de todo derecho y el imperio de una violenta arbitrariedad, ejercida contra los sujetos considerados enemigos no solo por oficiales públicos, sino también por organizaciones y personas privadas con total impunidad. Pero si esta presencia envolvente de la injusticia –si la evidencia de que los totalitarismos fueron, ante todo, regímenes “de hecho”, y no “de derecho”– es lo más notorio, conviene asimismo detenerse en lo que mejor marcaba la identidad del Estado totalitario, a saber, su naturaleza dual, su peculiar y “extraña

² Atendiéndose aquí a cuestiones más institucionales como el partido único y sus relaciones con el Estado, la reconfiguración de los poderes estatales, el imperialismo exterior o la distribución territorial y administrativa del poder. Trato de suministrar una síntesis didáctica de la silueta de las dictaduras europeas de entreguerras desde esta perspectiva histórico-institucional en S. Martín (2012, p. 547-69). Para la identificación de los elementos definidores de un régimen totalitario me atengo –con las prevenciones que se verán– a la enumeración facilitada por Pietro Costa (2001b, p. 214-5). El presente trabajo, en lo referido a la dictadura franquista, consiste en una sucinta inducción de diferentes investigaciones monográficas que paso a consignar cronológicamente para ahorro de autocitas y para remisión bibliográfica útil al lector interesado: S. Martín (2009a, 2011, 2014, 2015, 2017b).

amalgama de leyes estrictamente cumplidas y arbitraria ilegalidad” (Adorno, 1945, p. 445). Esto nos conducirá a examinar, de un lado, el derecho normalmente cumplido, distinguiendo entre el derecho heredado de los sistemas anteriores y el derecho nuevo puesto en planta por los propios Estados dictatoriales, y, de otro, a apuntar cuáles fueron los puntos de fuga o las vías de escape, registradas en el propio derecho positivo, que permitían los abusos de poder y la dominación arbitraria sobre los demás.

En tercer lugar, nos demoraremos en la cuestión nuclear de la violencia como rasgo estructural de los totalitarismos. En un principio se diría que los movimientos fascistas la adoptaron como recurso habitual, no solo ni principalmente por motivos de épica antiburguesa, sino por considerarla el medio más eficaz de conquistar el poder y reconstituir una comunidad política fracturada. Se apreciará entonces por qué razón la violencia totalitaria no pudo lograr el propósito que se marcó y por qué el tipo de comunidad que preconizaba implicaba más bien la perversión de cualquier forma genuina de vida comunitaria.

Se lanzarán, por último, algunas conclusiones sobre la acuciante cuestión del auge global de las derechas extremas y ultranacionalistas. ¿Estamos condenados a revivir la destrucción de la democracia parlamentaria? ¿Volverá de nuevo la forma dictatorial a imprimir su diseño en los Estados actuales? Interrogantes como estos serán abordados con suma brevedad para concluir la presente contribución.

II. Actos preparatorios

Parafraseando lo que Theodor W. Adorno indicó respecto de la “cultura musical alemana”, y extendiendo su diagnóstico a la cultura jurídico-política y al mundo del derecho en general, debemos abandonar de entrada una imagen ingenua muy difundida: que el derecho y su doctrina en los tiempos totalitarios representan exclusivamente la consecuencia de una “invasión política” en el recinto jurídico que se sirvió de “la fuerza y la violencia” (*ibíd.*, p. 434). Las armas no fueron las que sembraron toda la retahíla de giros ontológicos e irracionalistas que confirieron su sello propio al discurso de los “juristas de cámara” de las dictaduras³. Existen, por el contrario, evidencias de que el totalitarismo combinó, reordenó, instrumentalizó y llevó a su consumación tendencias ya latentes en la reflexión jurídico-liberal anterior⁴. Jugando de nuevo con palabras de Adorno referidas a la “cultura alemana”, podríamos afirmar que una parte de la cultura jurídica europea de las primeras décadas del siglo xx “suspiraba ya por su Hitler” (Adorno, 1944, p. 63). El “huevo de la serpiente” estaba anidando en los tiempos anteriores al totalitarismo.

Hubo numerosos fenómenos previos a las dictaduras que propiciaron su arranque y marcaron su fisonomía. Se ha tenido presente el “embrutecimiento” generado por la Gran Guerra y la “cultura de violencia” que promovió⁵, auténtico mal de las sociedades europeas de entreguer-

3 Tomo la atinada expresión de Bernd Rüthers (2016), investigación encargada de desentrañar los pliegues de tal razonamiento. Una temprana disección crítica en este mismo sentido se puede encontrar en Herbert Marcuse (1934, p. 8-10 y 19).

4 Lo hizo hasta con la propia idea del “Estado de derecho”, enfrentada de manera simplista a día de hoy a las inclinaciones institucionales de signo autoritario: sobre esta instrumentalización, vid. el clásico de Pietro Costa (1986, p. 405-6), *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 405-6. Subrayaba bien pronto las continuidades sin restar importancia a la novedad totalitaria H. Marcuse (1934, p. 21-23).

5 Vid. P. Costa (2021). Véase asimismo la completa visión panorámica de Richard J. Evans (2018, p. 101 ss.), el acercamiento histórico-cultural de Philipp Blom (2016, p. 102 ss.) y, sobre todo, la obra inaugural de George Mosse (1990).

ras –desgarradas en sus extremos por confrontaciones banderizas–, que terminó trasladándose al campo de las instituciones. Bien conocidas son las corrientes antisemitas, racistas e imperialistas ya circulantes en el cambio de siglo (Costa, 2001, p. 405 ss.; Evans, 2018, p. 53 ss.), y, mucho más importante, el ejercicio del poder de una forma absolutamente desreglada, ajena a todo límite jurídico protector de la vida ajena, que ya se había experimentado por los Estados europeos en sus colonias y en los territorios bajo su dominación, con campos de concentración y prácticas de exterminio colectivo incluidos (Arendt, 1974, p. 181 ss.). Atendidos los rasgos institucionales de esos Estados, resulta asimismo de importancia capital para entender su desprecio congénito de la legalidad el hecho de que la gobernación se canalizase en ellos de forma vertical, autoritaria y predominantemente burocrática, con parlamentos solo decorativos, desprovistos de toda capacidad fiscalizadora eficaz (*ibíd.*, p. 316).

Más desapercibidas pasan hoy las señas de identidad de la propaganda fascista, muy activa en los países europeos y americanos de los años veinte, destinada a abonar el terreno para la instauración de los sistemas totalitarios⁶. Proyectaba esta propaganda una imagen apocalíptica de la sociedad, como escindida por la batalla entre dos cosmovisiones irreconciliables, la que encarnaba el reino de Dios y la que representaba los dominios del diablo, sin posibilidad de mediación racional alguna entre ambas. Se trataba, en suma, de un discurso que, alimentando una situación de paranoia colectiva, recurría de forma martilleante al peligro de una revolución inminente de signo comunista que disolvería la propiedad privada, la familia tradicional, la religión y la comunidad nacional, activando los correspondientes mecanismos defensivos en aquellos sectores que percibían en esta trama institucional la única garantía para la supervivencia colectiva⁷.

A este tipo de propaganda debe agregarse la estrategia cultural del “regreso a las esencias tradicionales” desplegada por los grupos nacional-conservadores. Anclaban en tres fenómenos psicológicos bien extendidos. Por un lado, la creciente alienación sentida ante la racionalización económica, la automatización laboral y la burocratización del Estado. Frente a la *ratio* impersonal y deshumanizadora del capitalismo y la burocracia, se esgrimía interesadamente, a modo de respuesta compensatoria, una *irratio* atávica, sustancialista y comunitaria, que tan solo lograban capitalizar las fuerzas nacionalistas. Por otro lado, y apuntando en sentido similar, estaba la difundida impotencia experimentada ante la crisis económica y sus devastadoras consecuencias –vivas como fatalidad natural imposible de remediar–, que avivaba, también a modo de compensación, la necesidad de autoridades fuertes, de personalidades dirigentes enérgicas, y la nostalgia de artefactos protectores colectivos ya periclitados. Y, por último, debe mencionarse la complejidad aumentada de la vida moderna, con su acusada diferenciación de los modos de existencia y con su crecida malla inextricable de mediaciones –locales y globales–, que alimentaba deseos regresivos de vuelta a lo objetivo y elemental, los cuales solo podían

6 Es coherente que daten de aquellas fechas los reproches lanzados contra el materialismo ramplón, el cual, ocupado solo del estudio de los procesos económicos, y menospreciando las representaciones como reflejos suyos, descuidó “en su práctica política la estructura caracteriológica de las masas y los efectos sociales del misticismo”, en Wilhelm Reich (1933, p. 17).

7 Y es que propio de la “propaganda fascista” era “atacar más bien a fantasmas que a adversarios reales”: (Adorno, 1946, p. 373). Las proporciones reales del comunismo eran en realidad mucho más modestas: con su mejor cifra en esos años, el KPD alcanzó el 16.9% de los votos y 100 diputados en las elecciones parlamentarias alemanas de noviembre de 1932, y el PCE, integrado en el Frente Popular, solo logró, en febrero de 1936, 17 escaños de los 473 que componían el Parlamento republicano español. Conviene tener presente, también a efectos actuales, que esta propaganda fascista constituía una reacción chillona, hiperbólica y desproporcionada frente a medidas exclusivamente reformistas, que no abolían –pero sí retocaban– el orden institucional tradicional. Resulta en este punto significativo que, ya instaurado el III Reich, fueran calificados de “comunistas” incluso en sede judicial, no los miembros de un grupo definido de “enemigos del Estado”, sino todos los opositores al nuevo régimen con independencia de su adscripción.

satisfacerse –según los revolucionarios conservadores– mediante la recuperación de una comunidad jerárquica, rústica y nacional⁸.

Más allá de estas anticipaciones culturales, interesan aquí las ideas jurídicas y las prácticas institucionales que allanaron el terreno al totalitarismo. Podemos agruparlas en cuatro clases.

1. Comencemos por el orden de las representaciones sobre la sociedad en su conjunto. Proporcionaban la base conceptual y simbólica de todas las construcciones teóricas sobre el derecho. En este plano jugaron un papel preparatorio fundamental las representaciones que transmitían la imagen de la sociedad como una “totalidad” armónica e internamente integrada, negando las contradicciones que la escindían⁹. Su función consistía en conceder un estatuto subalterno, accidental, aparente, nada constructivo, a lo sumo destructivo, a esas tensiones, por su sumisión final a un “todo” original, primero, de carácter unitario y monolítico. El objetivo, planteado contra la democracia pluralista y republicana efectivamente vigente, no era otro que el presuponer que “en la sociedad de clases era perfectamente posible integrar ‘la’ voluntad de la sociedad prescindiendo (por completo) de las relaciones de clase” (Adorno, 1937, p. 17-8). A esta fisonomía respondían en último término numerosas teorías sociales, como la de la “integración” (Martín, 2018, p. 106 ss.), la neoliberal del “interés general”¹⁰ o la neohegeliana de la *Volksgemeinschaft*, donde la totalidad social se hacía coincidir con unos determinados atributos nacionales y raciales (Fernández-Crehuet, 2017). Justo a esta idea de comunidad como totalidad se asoció una doctrina “espiritual” de la representación política, opuesta a la individualista y pluralista propia del parlamentarismo (Leibholz, 1929). Se venía a sugerir que la polémica entre partidos y la división de fracciones parlamentarias imposibilitaba la representación de un cuerpo unitario e integrado, como era el de la “nación” o el “pueblo”, solo susceptible de hacerse presente de modo políticamente eficaz a través de un liderazgo unipersonal y carismático.

2. Prosigamos con las teorías “institucionalistas” y la doctrina que de ellas se infería acerca de los límites morales del derecho positivo¹¹. En efecto, estas teorías –que también podríamos llamar “objetivistas”– contribuyeron asimismo a la lucha contra la democracia y al advenimiento de las dictaduras. Lo hicieron con su defensa de unas formas institucionalizadas de vida (social y nacional) a las que atribuían, con notorias invenciones, un carácter natural y casi eterno, elevándolas a la condición de canon para medir la legitimidad del derecho. Frente al relativismo propio, aunque limitado, del juego y de la legislación parlamentarios, estas teorías oponían el carácter histórico-natural de instituciones como la familia patriarcal y la propiedad privada. Su conservación, incluso mediante tutela judicial, debía primar frente al contenido transformador de las leyes que pretendían socializar la economía u organizar en términos de igualdad el núcleo familiar. La reclamación realizada por sus valedores de un giro político drástico y autoritario, que eliminase las veleidades del parlamento para preservar estas instituciones, también ayudó

8 No hago más que resumir consideraciones que en aquellos años formularon autores críticos como Siegfried Kracauer y Ernst Bloch, y sociólogos conservadores como Hans Freyer. De las primeras me he ocupado con mayor detenimiento en otro lugar (Martín, 2021, p. 697-740).

9 Piénsese en el ejemplo de la filosofía social filomedieval de Othmar Spann, quien, además, no dejó de ser colaborador activo de los movimientos contrarrevolucionarios (Polanyi, 1934a).

10 Me ocupo de esta corriente minoritaria del liberalismo tradicional en la época de la socialización en Martín (2017a, p. 157 ss., 247 ss.). En efecto, y contra lo que una aproximación superficial a aquellos tiempos sugiere, las doctrinas liberales clásicas pervivieron y rindieron provecho autoritario, pues autoritaria y jerárquica era su genealogía (Perrin, 2012). Tras décadas de hegemonía ideológica “demo-liberal”, a día de hoy ya comienza a quedar claro nuevamente que “liberalismo” y “democracia” son tradiciones políticas antagónicas (Laval, Dardot, 2017, p. 18 ss.)

11 Se hace referencia a todas las reflexiones teóricas en torno al derecho, desde el institucionismo católico de Maurice Hauriou o Georges Renard a la *konkrete Ordnung* de Carl Schmitt, que podían inscribirse en el tipo de pensamiento jurídico que el propio Schmitt denominó como “de orden concreto”, por oposición al normativismo formalista y al decisionismo (que él mismo había secundado): vid. C. Schmitt (1934, p. 253-74).

a crear un clima propenso al totalitarismo. Esta colaboración tuvo así un aspecto bien paradójico, pues estos autores, que acusaban al parlamentarismo de “tiránico” por atropellar ese plexo institucional de naturaleza trascendental, alimentaron al final la instauración de la peor de las tiranías.

3. Continuemos con la parte más incómoda, pero no por ello menos presente, del combate librado contra la democracia por las doctrinas jurídico-políticas de signo liberal. Abundaron los autores que denunciaron cómo las Repúblicas intervencionistas, laicas, igualadoras, que trataban de canalizar el conflicto clasista a través de mecanismos de concertación paritarios, atentaban contra los principios clásicos del Estado de derecho liberal, a saber: la igualdad ante la ley, la defensa de las libertades individuales tradicionales (propiedad, contrato, libertad de comercio, seguridad), la soberanía estatal y una supuesta –e históricamente falsa¹²– neutralidad axiológica. La igualdad ante la ley resultaba conculcada por las leyes sociales, que privilegiaban a la parte trabajadora, o por las medidas intervencionistas, que perjudicaban a un sujeto particular, violentando con ello el imprescindible carácter general y abstracto de las leyes modernas. Las libertades tradicionales resultaban menoscabadas por simple ley parlamentaria a través de sus reformas de signo igualitario y democratizador. A la soberanía del Estado se la agredía sustrayéndole el monopolio de la creación y aplicación del derecho, al permitir que los grupos sindicales creasen sus propias normas, aplicadas después por jurisdicciones paritarias. Y contra la presunta neutralidad axiológica se atentaba atrayendo la instrucción pública hacia las escuelas estatales o imponiendo una formación escolar laica, con la sustracción consiguiente a las corporaciones eclesiásticas de la función educativa. No fueron pocos los que, justo antes del ascenso de Hitler al poder o en las mismas vísperas del golpe militar de Franco, se limitaban a reclamar una restauración, por medios dictatoriales o autoritarios, de estos principios del Estado de derecho liberal, para pasar después, desde el primer momento, a engrosar las filas de los juristas totalitarios¹³.

Hasta ahora hemos visto rasgos que se dieron en el campo de las doctrinas sobre el derecho. Conviene respecto de ellos realizar alguna puntualización. Las corrientes que hemos invocado no eran expresivas en sí de una suerte de derecho totalitario *avant la lettre*; conformaban más bien un conjunto de principios teórico-jurídicos ya en circulación antes de la Gran Guerra en redes intelectuales liberal-conservadoras, y reforzados después, tras la conflagración, por el marco filosófico suministrado por autores como Spengler o, finalmente, Heidegger (Keppeler, 2014; Faye, 2018). Desde su irrupción en el debate público durante el cambio de siglo, estas corrientes llevaron hasta su extremo “el modo de conducta en conjunto constitutivo del pensamiento burgués: neutralizar a toda prisa cada paso hacia la emancipación mediante el reforzamiento del orden” (Adorno, 1966, p. 31). Por ese mismo motivo, ya con las repúblicas en vigor, experimentaron una descarada e intensa politización con el propósito de socavar el incipiente parlamentarismo, lo que explica su instrumentalización final por las dictaduras¹⁴. Dicho aparataje discursivo visiblemente sesgado se reveló así como un arma, si no indispensable,

12 Sobra indicar que las políticas de identidad y subjetivación desplegadas por el Estado liberal persiguieron la aculturación uniformizadora y nacionalista de la sociedad a través de la censura, la disciplina policial, el control jurídico-penal del discurso y la imposición reticular de ciertos códigos morales y de conducta (vid. Raphael, 2008).

13 En el caso español destacó el ejemplo del filósofo del derecho más poderoso durante el régimen franquista, Luis Legaz Lacambra. Su parábola desde el liberalismo al totalitarismo quedó plasmada en el juego de dos títulos (Legaz Lacambra, 1934, 1940). Sobre la cultura política derivada de las construcciones doctrinales de los juristas liberal-conservadores devenidos totalitarios, vid. Ferran Gallego (2014).

14 Para el modo en que la historiografía nacionalista de curso corriente en Weimar transmutó en “ciencia de combate nazi”, vid. Christian Ingrao (2017, p. 100-1), sin deseables profundizaciones paralelas en el mundo del derecho pese a estudiar casos de juristas oficiales.

desde luego sí coadyuvante del auge dictatorial, y finalmente como dispositivo legitimador de los nuevos Estados totalitarios.

4. Pero no todo se desarrolló en el terreno intelectual. Vayamos en cuarto y último lugar al orden institucional. Mencionemos aquí al menos tres registros de prácticas que, o bien contribuyeron activamente a la implantación del totalitarismo, o bien no tomaron ni la más mínima prevención para evitarla:

a. En primer lugar, sobresale el problema de la *politización de la justicia*, con efectos perniciosos en todas sus ramas, y debida a la ausencia de una magistratura imbuida de los nuevos principios democráticos y republicanos, o, dicho a la inversa, a la herencia de todo el aparato de justicia operativo en las monarquías imperiales (o en dictaduras corporativas como la española de Primo de Rivera). Las prácticas politizadas buscaron amparo y justificación movilizándolo diferentes argumentos, la mayor parte de las veces pseudojurídicos o puramente morales, con el efecto coincidente de interponer valores supuestamente supremos e inamovibles a la legislación reformista¹⁵. En este plano cabe destacar además la parcialidad manifiesta de los magistrados en los procesos penales incoados por causa de violencia política, con una delatorariedad en la persecución de criminales falangistas o nazis que contrastaba con la severidad aplicada a comunistas, anarquistas, socialistas y sindicalistas¹⁶. Resultó asimismo decisiva la neutralización –o incluso la inversión– en sede judicial del sentido originario de la legislación en materia laboral, o en materia civil que afectaba a propiedad, haciendo que leyes en un inicio aprobadas con fines igualadores terminasen teniendo efectos de protección de las jerarquías económicas existentes¹⁷. Y, en un plano ya directamente político-constitucional, cabe citar la dimensión moralista del “test de razonabilidad” aplicado en el control de constitucionalidad, y la defensa de la aplicación judicial directa de principios constitucionales (v. gr. la igualdad ante la ley) como paso expedito para desaplicar leyes de contenido social (Martín, 2017a, p. 566-95). Con estos antecedentes, la justicia proyectaba sobre la sociedad una imagen de poder de clase, ideológicamente sesgado, políticamente parcial, en el que no se podía confiar, y que conformaba un obstáculo a esquivar o a superar si se pretendían llevar a cabo reformas económicas e institucionales de impronta democratizadora.

b. En segundo lugar, cabría aludir a la concepción y la praxis de los estados de excepción como situaciones carentes de toda limitación jurídica, que permitían el atropello de derechos, incluida la vida, no susceptibles en principio de suspensión según la propia letra de la Consti-

15 Se trata de un asunto bien conocido en Alemania, colocado a la luz de la crítica jurídica justo en el momento en que se estaba desplegando: vid. Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel (1968). Para el caso español solo hemos contado al respecto con apreciaciones incidentales procedentes de la historiografía general o, incluso, con la persistente creencia equivocada de que, a diferencia de la magistratura alemana, la española exhibió “un comportamiento ejemplar desde el punto de vista de la imparcialidad, el rigor, la firmeza y la ecuanimidad de sus resoluciones”, lo que la convertía en “un ejemplo de compromiso con el ordenamiento constitucional y de sometimiento exclusivo al principio de legalidad” (del Hierro, 2018, p. 251). Ha debido esperarse a la reciente tesis doctoral de Rubén Pérez Trujillano (2019) para disolver semejante yerro.

16 Piénsese a este respecto en el famoso informe de Emil Julius Gumbel, *Vier Jahre politischer Mord*, 1922, cuya triste peripecia conozco por Möller (2015, p. 241-44).

17 Tal aconteció, por ejemplo, con la idea republicana de la “comunidad de empresa”, degenerada por intermediación judicial para los trabajadores en “una comunidad de pérdidas, pero nunca de ganancias”, en un boomerang con el que “sabotear la legislación obrera progresista”: (Neumann, 1942, p. 464). Véanse al respecto los trabajos del propio Franz Neumann (1929) y Otto Kahn-Freund (1931, 1932), recogidos en la célebre antología editada por Gianni Arrigo y Gaetano Vardaro (1982).

tución¹⁸. A ello se añadía el problema de la gestión del orden público por parte de fuerzas de seguridad heredadas de sistemas autoritarios, que tendían a concebir el ejercicio de las nuevas libertades constitucionales (de reunión, asociación o manifestación) como graves desórdenes y amenazas a la paz, con la necesidad sobrevenida de una represión desproporcionada y el trato al disidente como si de un enemigo de guerra se tratase (González Calleja, 2014). Si antes veíamos que la magistratura tendía a aparecer como un poder institucional en manos de minorías oligárquicas, cosa parecida sucedía con los efectivos policiales y militares, propiciándose con ello un efecto de extrañamiento de buena parte de la población respecto de los aparatos del Estado, que chocaba con las pretensiones constitucionales de generar una ciudadanía republicana.

Rasgo gravoso de las repúblicas democráticas y pluralistas fue, de hecho, la tensión existente entre la actuación de esos aparatos estatales –no solo de la magistratura, el ejército y la policía, sino también de buena parte de la burocracia– y el orden constitucional. Existió un subterfugio argumental, presente tanto en la cultura jurídica como en el discurso institucional, que trató de legitimar la pervivencia de las prácticas autoritarias de las monarquías imperiales bajo los sistemas constitucionales, exonerando con ello de toda responsabilidad a la deslealtad: la distinción entre el «Estado» como supuesta forma política del ser nacional, a la que se debía obediencia y se le protegía, y la «República», «aberración temporal» ajena a la fisonomía nacional, contra la cual, a fin de derrocarla, cabía toda clase de desprecios (Evans, 2018, p. 133).

c. En tercer y último lugar, debe mencionarse la política económica que en el ámbito interno, así como en el internacional, continuaron practicando las repúblicas democráticas. Por irónico que resulte, pues coincidían en declarar amplios elencos de derechos sociales, predominó en ellas el fundamentalismo del libre comercio, de la estabilidad presupuestaria y la austeridad, y la mínima imposición directa y progresiva sobre la renta, con las consiguientes dificultades para proteger las economías locales, activar políticas redistributivas y, en fin, combatir la profunda desigualdad material existente, al fin y al cabo la principal cesura que desgajaba la sociedad, impidiendo el mínimo de “homogeneidad” socio-cultural indispensable para la subsistencia de la democracia (Heller, 1928).

III. Desdoble estatal

Lo primero que salta a la vista al abordar el objeto del “derecho en los tiempos del totalitarismo” es una paradoja evidente: los regímenes totalitarios se caracterizaron, al menos en una de sus dimensiones centrales, por la suspensión o negación de toda regla o contención jurídica ante la actuación del poder, incluso cuando este ejercicio alcanzaba su expresión más intensa: la facultad para decidir sobre la vida ajena. Como se ha indicado, uno de los orígenes más cualificados del totalitarismo lo encontró Hannah Arendt precisamente en los sistemas imperialistas de gobernación colonial, colocados más allá de toda limitación normativa, donde el dominio de un territorio y el gobierno de poblaciones consideradas diferentes se articulaban a través de un uso sistémico, arbitrario y carente de reglas, de la violencia. En el terreno cultural, los totalitarismos fueron definidos como un “presente dominado por el no-espíritu” (Kraus,

18 Dicha concepción legitimadora de prácticas excepcionales desmesuradas fue sistematizada por C. Schmitt (1924, p. 295 ss.), justificando incluso el bombardeo «con gases venenosos» de la propia población (1921, p. 258). Y no se trató solo de una perversión ultraderechista, sino de prácticas avaladas por el propio Friedrich Ebert, quien abusó del gobierno por decreto y permitió, invocando razones de necesidad, la aplicación retroactiva de normas penales o la legalización “a posteriori” de ejecuciones extrajudiciales, siempre en perjuicio de la oposición de izquierdas (Evans, 2018, p. 115).

1933, p. 77), como la misma “negación del espíritu” (Machado, 1937, p. 258)¹⁹; así, de igual modo, a nivel jurídico deben a mi juicio entenderse, en primer y fundamental término, como regímenes de “no-derecho” –esto es, como regímenes “de hecho”–, y, por tanto, como sistemas en los que imperaba la arbitrariedad y el desprecio consiguiente por la legalidad.

Por ensartar con nuestro título, cabría entonces afirmar que en los tiempos del totalitarismo, en algunos aspectos y momentos fundamentales de la vida pública, no rigió derecho alguno, si por tal entendemos un conjunto de reglas jurídico-positivas enunciadas con claridad y taxatividad, ordenadas según el principio de jerarquía normativa, vinculantes para los poderes públicos en sus actuaciones, susceptibles de tutela judicial cuando resultasen por ellos incumplidas, y capaces, en suma, de estabilizar y generalizar entre los ciudadanos –y entre estos y las autoridades– expectativas mutuas de conducta racional y respetuosa con los derechos²⁰.

Esto nos transporta a una cuestión fundamental, la de las relaciones entre la violencia desnuda y la creación de derecho nuevo, que debemos, sin embargo, dejar aplazada para el siguiente bloque, en el que abordaremos el asunto de las funciones desplegadas por la violencia totalitaria. Detengámonos ahora en la cuestión de la producción y dinámica del orden jurídico bajo los totalitarismos.

En mi modesta opinión, para abordar esta materia sigue sin existir mejor guía que la legada por unos cuantos, bien conocidos autores: me refiero, como el lector habrá adivinado, al breve análisis del fascismo del economista Emil Lederer (1938), al *Behemoth* de Franz Neumann (1942), a las aproximaciones de Otto Kirchheimer (1935, 1941b), y, sobre todo, al decisivo ensayo de Ernst Fraenkel, *The dual State* (1940)²¹, cuyas sugerencias teóricas se hallan en la misma base inspiradora del fundamental estudio de Martin Broszat (1989) y del reciente ensayo de Robert Paxton (2019, p. 206 ss.). Por sintetizar esta aportación, principalmente la del último autor: si los fascismos implicaron siempre, en una proporción nada despreciable de su funcionamiento, un ejercicio arbitrario del poder con fines de dominación social (el *prerogative state* identificado por Fraenkel), no es menos cierto que en sus tiempos rigieron leyes, reglamentos y ordenanzas que, como en el viejo *Rechtsstaat*, protocolizaron los actos de los poderes públicos y determinaron el “everyday law” (Meierhenrich, 2018, p. 3).

Este tipo de constatación nos coloca ante una compleja dualidad como signo jurídico característico de las dictaduras, convergentes en su utilización de la “legalità ufficiale” y del “illegalismo ufficioso” como instrumentos de gobernación de la sociedad (Calamandrei, 2014, p. 6-7). En un extremo de esa dualidad se encontraba la arbitrariedad desatada, la falta de todo límite legal

19 Hoy merece una aclaración el término “espíritu”: preguntándose qué entendía por tal en el contexto de la Guerra de España, Thomas Mann se respondía lo siguiente: “lo espiritual, considerado desde el punto de vista político y social, es la aspiración de los pueblos a mejorar sus condiciones de vida, a hacerlas más justas y felices, mejor adaptadas a la dignidad humana” (Mann, 1937). La razón por la que el totalitarismo pretendió “matar el espíritu y humillar a las almas” la daría Albert Camus: la violencia física no era suficiente, porque el asesinato del “justo” aglutina y fortalece a sus pares “hasta que la fuerza se canse. No basta, pues, con matar al justo, hay que matar su espíritu para que el ejemplo de un justo que renuncia a la dignidad humana desaliente a todos los justos juntos y a la propia justicia” (Camus, 1944, p. 19).

20 Otra cosa bien distinta acontecería si comprendiésemos el derecho como vacua literalidad formal, o bien como conjunto de principios morales verdaderos, de carácter trascendente e invariante, anteriores a todo poder y superiores en cualquier caso a las normas jurídicas positivas, las cuales, para ser legítimas, solo podrían declararlas. Partiendo de una o de otra concepción, pasan más desapercibidas las áreas ciegas del derecho totalitario, e incluso cabe suscribir sus pretensiones legitimadoras.

21 Obra clásica cuya historia intelectual conocemos hoy por Jens Meierhenrich (2018, p. 159-179) y Douglas G. Morris (2020). En un nivel más aproximativo pero igual de lúcido, también señaló la *doppianza* del *illegalismo legale* como signo distintivo de la dictadura fascista Piero Calamandrei (1974, p. 59). Ya subrayó Pietro Costa (2001b, p. 217) la ambigüedad característica del fascismo, que desde sus orígenes –con la “marcha sobre Roma” produciéndose mientras se formaba oficialmente el gobierno– jugó a la doble baraja de la ‘normalizzazione’ legalitaria y de la *minacciosa forza delle ‘squadre’*.

eficaz que contuviese la acción de los gobernantes –muy en especial del dictador–, y la desprotección jurídica plena sufrida por sectores señalados de la población. Entre sus manifestaciones más rotundas podemos contemplar los actos de barbarie cometidos por autoridades oficiales como la policía secreta, pero también por miembros de los sectores privados que apoyaban a los nuevos regímenes (escuadras paramilitares, efectivos del partido único, milicias...), cuya finalidad era el exterminio o el sometimiento social justo de esos grupos, considerados, por motivos raciales o políticos, “enemigos de la comunidad”. Aquí, el derecho, o bien desaparecía por completo, o bien reducía su estatuto al de mera protocolización externa y prescindible del crimen (Peña Freire, 2018). En el otro extremo, sin embargo, hallamos un orden de principios y reglas, fuesen heredados de los regímenes liberal-imperiales, o de las democracias derrocadas, o bien sancionados por vez primera en dictadura, capaces de canalizar el ejercicio rutinario del poder público y de proyectar en la ciudadanía cierta sensación de regularidad y previsibilidad.

Entre un polo y otro se daban formas jurídicas híbridas que, aun expresándose en términos normativos precisos, implicaban la vulneración de los axiomas racionales del derecho, como ocurría al permitir la retroactividad de las leyes penales, al introducir “novedades constitucionales mediante ordenanzas administrativas” (Fraenkel, 1941, p. 35) o al garantizar retroactivamente la impunidad por los crímenes cometidos en nombre de la “revolución” o la “nación” (Evans, 2017, p. 34, 36, 48-9 y 56). Cuando ya no había necesidad de disimulo por haberse estabilizado la dominación dictatorial, el mismo tenor de las disposiciones podía, además, explicitar el propósito de excluir y someter al enemigo. Ahora bien, incluso cuando los contenidos de la legislación totalitaria espanten a día de hoy por su inhumanidad, podían ser recibidos con alivio por sus destinatarios al permitirles al menos conocer cuáles eran los actos criminalizados, capacitándoles así para pronosticar la actuación de las autoridades, como ocurrió, por ejemplo, con las leyes antisemitas de Núremberg (Friedländer, 2009). Tal era el grado de endémica violencia presente en la sociedad.

Creo que todo sistema totalitario se encuentra marcado en términos jurídicos por esa dualidad –entre la arbitrariedad y la reglamentación–, con sus correspondientes formulaciones intermedias²². Lo que distinguiría a los regímenes totalitarios entre sí –y entre las fases de su desenvolvimiento respectivo– sería entonces la diferente proporción en que estos dos momentos –con sus aleaciones específicas– aparecen. El momento de ilimitación jurídica de los detentadores del poder resulta muy ostensible en la prolongada fundación bélica de la dictadura franquista (hasta bien entrados los años cuarenta), así como durante todo el Tercer Reich, pero también estuvo presente en el Estado fascista italiano (Gentile, 1995, p. 44-5; 2002, p. 79-87; Dormagen, 2008) y no dejó de estar latente, y de entrar en acción, en todo el decurso posterior del franquismo (José Babiano et. al., 2018; Martín, 2019a, p. 138-40). Igual acontecía con el otro momento de la protocolización normativa del poder y de las relaciones sociales, siempre presente en cierto grado en todas las dictaduras, aunque –y esto es lo decisivo del totalitarismo– susceptible en todo caso de suspenderse en favor del momento de la arbitrarie-

22 Esta dualidad contó con su reflejo doctrinal en la cultura jurídica. En los tres casos –italiano, alemán y español– se formularon representaciones enfrentadas del nuevo Estado, unas acentuando el momento de potencia estatal desligada de toda norma, otras enfatizando la sumisión del poder a las reglas jurídicas, aunque el hecho de que estas reglas fueran entendidas, con notoria imprecisión y vaguedad, como expresivas de la “conciencia popular”, ya describe un área de confluencia entre ambas corrientes y el propósito de la segunda de defender la posición de los aplicadores del derecho (vid. al respecto Costa, 2001b, p. 243-4, 247 y 249-50 (para *Maggiore vs. Ranelletti*) y 229-33 (para *Forsthoft vs. Koellreutter*) o, para el debate alemán, señalando la ambivalencia desde el arranque, Meierhenrich, 2019, p. 96-145).

dad²³, y enderezado muchas veces a la consecución del fin irracional de refundar la comunidad aniquilando a una parte de ella. Así, por más cabida retórica que tuviesen en las normas unos derechos entendidos de modo “esencialmente ‘privatista’” y limitado, el supuesto “estado de normalidad” que su vigencia definiría se encontraba “siempre listo para ser suprimido por el estado de excepción” (Costa, 2001b, p. 251); y por más seguridad jurídica que el tenor literal de la ley pudiese comunicar, la misma dimensión axiológica del orden jurídico totalitario, los principios teóricos excluyentes en que éste reposaba, solían abrir la puerta por sí solos, mediante diferentes dispositivos, a un ejercicio abusivo, discriminatorio y antijurídico del poder respecto de los enemigos perseguidos.

Vuelve así a resaltarse el carácter definitorio que para las dictaduras de entreguerras tuvo la impune y abusiva arbitrariedad ejercida contra los sectores que caían en el perímetro lábil de la enemistad. Por tal razón se afirmó certeramente que la “constitución” real del III Reich residía en el decreto de excepción “para la defensa del pueblo y del Estado” de febrero de 1933, que suspendió los derechos de los alemanes, implantó una “dictadura” opuesta a los mandatos constitucionales “con poderes ilimitados de soberanía” (Fraenkel, 1941, p. 21-2, 89), se tradujo en la represión inmediata de los comunistas, los socialistas y los líderes sindicales y puso el ordenamiento a disposición permanente de la dirigencia nacionalsocialista.

Teniendo a la vista estos preliminares, el análisis que prosigue habrá de desenvolverse en una doble perspectiva, dejando para el siguiente apartado, como se ha dicho, la cuestión referida a la violencia estructural de los fascismos. Por un lado, se tratará de examinar el orden de las normas que pretendía conformar la estructura central del Estado y cuyo cumplimiento regular garantizaba cierta seguridad jurídica. Por otro, deben detectarse los nexos de unión que soldaban retóricamente la más ilimitada discrecionalidad al plano de la legalidad.

1.a. Situados en el primer nivel, el de las normas jurídicas regularmente cumplidas, lo primero que llama la atención es lo siguiente: a pesar del carácter presuntamente revolucionario de los “nuevos” Estados dictatoriales, subsistió una parte considerable del ordenamiento jurídico anterior, procedente ante todo del régimen liberal, como ocurría con los códigos civiles, mercantiles y procesales, aunque también, en casos excepcionales, de las repúblicas democráticas y sociales recién liquidadas (v. gr. Ley de Contrato de Trabajo española de 1931, vigente hasta 1944).

¿Cómo operaron los regímenes totalitarios con ese derecho heredado, que en cierto modo contradecía sus pretensiones “modernistas” (Griffin, 2010), de inauguración de una nueva era histórica que rompía con todo lo anterior degenerado, sobre todo con el liberalismo y con las democracias sociales? Lo hicieron en dos sentidos complementarios: de una parte, introdujeron cambios en los propios supuestos legitimadores del derecho subsistente; de la otra, alteraron sus funciones, los fines sociales a perseguir con esa legislación recibida.

A modificar las bases legitimadoras del derecho perviviente contribuyó la operación de reescritura masiva del propio pasado histórico (Pasamar, 1991; Chapoutot, 2012). La histo-

23 En esta línea se colocaba la crítica de Kirchheimer (1941a, p. 435-6) a la construcción teórica de Fraenkel: no se trataba solo de reconocer –como el propio Fraenkel hacía– que *the “prerogative” state is far more powerful than the “normative” state*, sino de constatar cómo su omnipresencia y prevalencia –sumada al sistema económico monopolista y burocratizado– alteraban por entero el estatus y funcionamiento rutinario de los aparatos estatales, muy en especial de los judiciales, que de agentes arbitrales de los intercambios privados habían pasado a convertirse en *executive agencies of the government* (1941b, p. 101; vid. asimismo 1935, p. 153). La actuación de estos aparatos resultaba entonces incomprendible, en cualquiera de sus flancos, a través del parámetro de *a calculable rule of law*, por lo que la propuesta dualista de Fraenkel constituía un vano intento de aplicar “doctrinas preciadas, pero anticuadas, a una realidad radicalmente mudada”.

riografía dejó de constituir un saber sometido a discusión racional y corroboración empírica para convertirse en una disciplina militante movida, ante todo, por la fe y por la búsqueda de objetivos legitimadores concretos. En el plano jurídico, esta reinvenición impositiva de la memoria nacional sirvió, por ejemplo, para encajar disposiciones jurídico-privadas burguesas en pasadas costumbres germánicas, o para conectar determinada legislación social con el pasado imperial y colonial español, caracterizado según la doctrina oficial por su vocación de tutela y protección de los colectivos vulnerables.

En este mismo estrato se colocaban las auto-descripciones racistas, nacionalistas, sociales y “revolucionarias” de la sociedad política, inoculadas de manera asfixiante a través de la propaganda, las nuevas liturgias colectivas y los imaginarios sustentadores del poder. Aquí se percibe además en qué consistía realmente la “novedad” doctrinal fascista: en constituir “una singular *concordia discors* entre viscosidades tradicionalistas e impulsos modernizantes, entre nostalgias ‘restauradoras’ y utopías palingenéticas” (Costa, 2001b, p. 218); en ser una amalgama heteróclita capaz de absorber “todas las tendencias intelectuales que no se le oponían de manera directa y articulada, incluso las más contradictorias”, desde “las teorías políticas de un conservadurismo jerárquico” hasta las propias del “activismo revolucionario”. Todas, en efecto, resultaron “fagocitadas por la ideología totalitaria, sufriendo en el proceso cambios que a menudo condujeron a su completa falsificación” (Adorno, 1945b, p. 451-2). Su novedad se cifraba así, no tanto en sus elementos conformadores cuanto en su interesada entremezcla, funcional a un determinado ejercicio del poder, mas también a una concreta aplicación del derecho.

Importancia crucial en este punto, sobre todo en la experiencia franquista, tuvo la instrumentalización de la semántica religiosa tradicional, equiparable en fines a la elaboración pagana de un “culto secular”, de una “religión política” enderezada a la legitimación del Estado y el encuadramiento de sus respectivas poblaciones (Polanyi, 1933, p. 26; Gentile, 1990, 1995, p. 42). Se perseguía en ambos casos que ciertos conceptos y principios susceptibles de elevarse a la condición de “derecho natural” pudiesen servir a determinados intereses políticos de conquista y reproducción del poder. Ahora bien, contemplada retrospectivamente, la presunta reverencia franquista ante la religión apenas podía ocultar su irreligiosa abolición, pues el cristianismo quedaba despojado de toda su dimensión reconciliadora de amor al prójimo e igualdad universal al reducirse a cruda retórica para justificar la liquidación o la asimilación cultural autoritaria del disidente²⁴. Y no era tara solo del franquismo, pues también el fascismo italiano constituyó –según certera definición de uno de sus más lúcidos observadores– una suerte de “catolicismo sin cristianismo” (Heller, 1930, p. 292).

En resumen, con la mutación de la memoria colectiva, la manipulación de la historia nacional, las tautológicas representaciones de la sociedad y la instrumentalización de los valores religiosos, las dictaduras lograban trocar el contexto cultural de vigencia de las normas y, con ello, el sentido mismo de su aplicación. De este modo podían rendir el provecho perseguido por las nuevas autoridades, diverso, cuando no opuesto, al que presentaron en su pasado liberal o democrático.

Se modificaron los supuestos culturales legitimadores del derecho heredado y se alteraron también, como se ha indicado, su función y sus fines. Esta alteración funcional se llevó a cabo con la puesta en relación de las disposiciones recibidas con los nuevos principios políticos

24 K. Polanyi (v. gr. “La esencia del fascismo”, 108, 112; “Fascismo y cristianismo”) subrayó con insistencia esa contradicción esencial de los fascismos y “los Evangelios”.

que informaban las dictaduras: catolicismo, nacionalsindicalismo, comunitarismo jerárquico, racismo...

Un ejemplo elocuente de transformación del sentido de un mismo principio entre un régimen y otro fue el de la vinculación de los jueces a la ley (Loewenstein, 1936, p. 803-5): entendida la ley como mandato del dictador, tal vinculación dejó de significar una garantía de independencia del juez y de seguridad jurídica para los ciudadanos, para pasar a expresar el sometimiento total de la magistratura al gobierno.

Otro ejemplo lo proporciona la rama tributaria. Lo puso de relieve el propio Theodor W. Adorno en su informe sobre la propaganda fascista en Norteamérica. La posición nazi ante la democracia social era de agresiva denuncia de la sobrecarga de impuestos. Está de más añadir que la presión fiscal propia de aquellos años apenas se asemeja en extensión y volumen a la actual. La estratagema seguida era la de hacer aparecer el impuesto como transferencia directa de los ciudadanos a un gobierno opaco para el disfrute particular de gobernantes corruptos, ocultando cualquier repercusión en la elevación general de la riqueza y los servicios públicos. Con la llegada del totalitarismo, los tributos, que podían ser “incluso más gravosos”, “se los encubría con mayor efectividad, como si fueran ofrendas de amor para el beneficio inmediato de la patria y de los camaradas de la misma raza. La referencia a la idea de comunidad popular, junto con el terror, detenía temporalmente cualquier discusión” sobre su cuantía y oportunidad (1943, p. 62).

En términos internos al propio derecho, y para el caso alemán, Bernd Rüthers (2016, p. 55-119) ha identificado cuatro postulados primarios que permitieron invertir el sentido de la aplicación de las normas heredadas: una idea sustancialista del derecho; una prelación antinormativista de las fuentes, con la voluntad del *Führer* a la cabeza; nuevos procedimientos interpretativos coincidentes en su capacidad de insuflar la ideología nacional socialista en las reglas jurídicas preexistentes; y nuevos métodos de composición de los conceptos jurídicos básicos con idéntica finalidad.

Partiendo de tales transformaciones en el seno de la cultura jurídica, la principal instancia encargada de consumar la alteración funcional del derecho recibido fue la judicial. La interpretación realizada por un cuerpo de magistrados completamente afecto tras las correspondientes depuraciones permitía reorientar las viejas normas con arreglo a los nuevos valores totalitarios. Para ello resultó indispensable que los nuevos regímenes considerasen “soberanos” a los jueces, exonerados ya de “atenerse tímidamente a la ley” (Haffner, 2017, p. 202). Y en la tarea de legitimar esta amplia discrecionalidad judicial compitieron las principales doctrinas jurídicas oficiales, de la famosa Escuela de Kiel, con su defensa de un arbitrio como canal para la declaración del derecho “comunitario-popular”, a la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck y su vinculación del juez a la voluntad del dictador (García Salgado, 2011; Rüthers, 2016, p. 66-70), corriente también aceptada en España como el mejor “método jurídico” con el que adaptar el viejo derecho a las necesidades autoritarias imperantes (Pérez González, 1942).

Esta mutación por vía aplicativa del derecho recibido se lograba a veces con el uso de las cláusulas generales que ya trufaban el derecho burgués; en otras ocasiones, bastaba con leer los preceptos jurídicos a la luz de los axiomas dominantes para modificar su función, como acontecía con el singular concepto de “equidad” aplicado por los tribunales del Tercer Reich (Loewenstein, 1936, p. 804). Así, sin sustituirlo, podía aplicarse el derecho de familia pasándolo por la cedilla de la familia católica o racista, convirtiendo al matrimonio, por ejemplo, en una “institución estatal” encargada de incrementar la natalidad (Kirchheimer, 1941b, p. 97), o bien

podía conservarse el derecho de propiedad privada, pero alterando su estatuto y considerándolo como participación responsable en el patrimonio colectivo de la comunidad (Keiser, 2005). Tanto en un caso (el de derecho de familia) como en otro (el de la propiedad), sin necesidad de suprimir los códigos, se sentaban las bases de reformas ulteriores, bien para arianizar los linajes con políticas demográficas racistas que convertían a “las mujeres en un agente oficial de procreación”, o bien para alterar los modos de sucesión de los patrimonios rústicos con el fin de constituir una clase terrateniente afecta (Kirchheimer, 1941b, p. 91, 96-8; para Italia, vid. Gentile, 1995, p. 43).

Conviene de todos modos señalar que la actitud de los totalitarismos hacia el derecho heredado se distinguió en razón de su procedencia. El de inspiración republicana, democrática y social que pudo sobrevivir tuvo una proporción menor, sirvió para mantener la fachada protectora de que presumían las dictaduras y resultó vaciado en su propia ejecución burocrática o en su aplicación judicial. Aunque en un plano formal pudiesen subsistir vestigios de ese derecho, la práctica totalitaria no fue la de su anulación explícita y total, en vistas de su posible utilidad y seguros además de su irrelevancia práctica en aquello que contradijese los fundamentos de los nuevos regímenes.

La supervivencia del derecho de estirpe liberal-burguesa –muy en especial del privado– revela, por su parte, otro tipo de transformaciones. A veces se le recuperó expresamente, como sucedió en España con el derecho de familia anterior a la República por fundarse en los mismos principios canónicos que regían en el franquismo. Pero en otras ocasiones sobrevivió agazapado, mas en posición nuclear, dentro de los nuevos monumentos legislativos. Claves jurídicas estructurales para el mundo económico, social y político de época liberal, como la libre iniciativa privada haciendo de motor central de la economía, o el principio de jefatura empresarial, resultaron revalidadas por las dictaduras, pero rodeándose ahora de contrafuertes autoritarios para rectificar así la pasada ingenuidad burguesa. Las continuas invocaciones nacionalistas que parecían dar por abolidos los choques de clase apenas podían ocultar la realidad: que las dictaduras reforzaban mediante el terror la posición de una de las clases frente a la otra, facilitándole “el poder de disposición exclusivo sobre los medios de producción y el dominio sobre los salarios” (Kirchheimer, 1935, p. 173, 176-7). En su aspecto legalizado, los sistemas totalitarios tuvieron así una función restauradora del orden capitalista tradicional justo en el momento en que su reformulación jurídica y económica había avanzado más. Entre otros motivos, precisamente por eso, por la ruptura que necesitaban introducir en el proceso histórico para revertirlo, el fascismo constituyó un movimiento revolucionario, una respuesta subversiva dirigida a conservar el funcionamiento del sistema capitalista (Polanyi, 1934b, p. 68-70).

Cuando más innegable resultaba la caducidad y la contingencia de las viejas fórmulas del derecho individualista, alteradas por los preceptos constitucionales de las repúblicas y por el propio curso socioeconómico, los totalitarismos volvieron a reimplantar “el asfixiante orden de lo privado, el particularismo de los intereses” característico del Estado liberal. Pero no podía tratarse de una restauración sin más. Esas “formas burguesas de existencia” podían ser “conservadas con obstinación”, aunque ahora se hacía con la alta graduación de terror propia del totalitarismo y en un contexto además en el que sus presupuestos económicos y culturales se “habían derrumbado” (Adorno, 1944, p. 39). Lo demostraba, por ejemplo, el viejo derecho de contratos, que se había tornado en pura ficción en el contexto de la economía cartelizada y monopolista –dirigida por el gobierno– realmente existente. La misma marcha del proceso económico, aun basada en la libre iniciativa y la jefatura empresarial, se hallaba subordinada a las

políticas industriales, demográficas y militares del sector dirigente, por lo que, aunque la gran industria y la terratenencia pudieran todavía conformar el bloque con mayor poder de hecho, el tipo de estratificación social resultante dependía ya del intervencionismo gubernamental, y no tanto de la libre concurrencia y de los “títulos de propiedad”²⁵.

b. El derecho totalitario reorientó el derecho heredado, pero proyectó también un derecho nuevo. Antes de enumerar los aspectos en que se desplegaron las grandes reformas, conviene tener presente la afinidad profunda que enlazó el propio proceso de conformación legislativa de las dictaduras y la construcción heterónoma de la identidad nacional que en ellas se impulsó. El derecho, ya fuese el estrictamente normativo o su eco doctrinal, contribuía con su lenguaje a reproducir los mismos principios culturales que ya resultaban movilizados en las ceremonias totalitarias con el fin de disciplinar y pautar la propia dinámica histórica de la sociedad. Si en ellas se trataba de proyectar la sensación “modernista”, futurista o constructivista de estar “montando” un Estado nuevo, capaz de introducir un año cero en la historia nacional o de reconectarla con un pasado glorioso e imperial, las grandes leyes de los regímenes dictatoriales, acompañadas de una exégesis solemne, reverencial y genuflexa, se presentaban en un movimiento especular como jalones enérgicos e inapelables destinados a “hacer historia” y fundar una nueva comunidad. Y es que propio del totalitarismo –rasgo, por tanto, también de su derecho– era pretender que “cualquier cosa que tocase”, con independencia de su novedad, era “de importancia histórica” trascendental (Klemperer, 2004, p. 72).

¿Dónde se concentraron las aportaciones jurídicas del totalitarismo? Determinados vértices o aspectos del derecho administrativo, penal, laboral e incluso civil se vieron reformados casi de inmediato, y de forma relativamente rupturista. En este plano cabe a mi juicio destacar al menos tres ámbitos donde tal cesura puede apreciarse con facilidad.

i. Por un lado, sobresalen los aspectos jurídicos e institucionales imprescindibles para construir una jefatura del Estado incontestable, de genealogía militar, carente de contrapesos y controles (Neumann, 1942, p. 72-7; Aquarone, 2003). No se trataba solo de la concesión de poderes excepcionales al ejecutivo. La atribución de facultades normativas generales de carácter ordinario a los dictadores y la suspensión de su responsabilidad política apuntan en idéntico sentido. La misión puramente consultiva y la composición monocolor de lo que antes habían sido los cuerpos deliberantes revelan ese mismo objetivo de liberar la figura del *caudillo*, *Führer* o *Duce*, y de reducir toda la legislación general a la condición de decretos gubernamentales (Loewenstein, 1936, p. 787-9). A igual finalidad respondía también el sometimiento explícito de la justicia, o la anulación del principio de autonomía definitorio de las regiones, los *Länder* e incluso los municipios durante las repúblicas democráticas. Estas entidades autónomas ejercían un papel de contrapoder de base territorial que limitaba los designios del poder central, obligando a procesos complejos de negociación antes de la toma de decisiones. Junto a la doctrina nacionalista uniforme, fue este el motivo que llevó al franquismo a apresurarse a prescribir con virulencia la única experiencia autonómica vivida en el país, la catalana, mientras en el caso alemán, el programa de la *Gleichschaltung* permitía atar al poder central, mediante la figura de los gobernadores del Reich, la escuálida institucionalidad subsistente de los “países”.

25 Otra cosa es que el citado intervencionismo se verificase, de forma regular, en beneficio de los grupos –arios, para el caso alemán– ya dominantes, regla, sin embargo, no carente de excepciones (Loewenstein, 1936, p. 807-8). Véase, para lo apuntado en el párrafo: Kirchheimer, 1941b, p. 93-5, 108; y 1935, p. 173-5.

ii. En otro plano hallamos los aspectos comprometidos con la empresa de “purificación” de la comunidad, o, por expresarlo en terminología democrática, con los objetivos de persecución, neutralización, asimilación o “exterminio” de los enemigos. Aquí destacó la legislación más netamente política de ilegalización y prohibición de partidos, asociaciones y sindicatos de signo progresista, izquierdista o republicano, así como la depuración de todos los organismos estatales y de buena parte de las profesiones privadas. Aunque esta labor de expulsión de la vida pública, institucional y económica no fue siempre tan terminante como en los casos alemán y español, pudo igualmente conseguirse con otros ritmos por medios, primero, policiales y paramilitares, y legales, después.

En este punto contó con un protagonismo decisivo la legislación penal totalitaria, tanto las numerosas leyes de excepción, con sus jurisdicciones especiales correspondientes, casi siempre con presencia del ejército, como los nuevos códigos penales, convenientemente engordados en sus capítulos sobre los delitos contra el Estado y la patria, la forma de gobierno, las autoridades del partido y la persona de los gobernantes. El arbitrio judicial, el adelantamiento de la barrera punitiva con la equiparación entre los actos preparatorios o la tentativa y la consumación, las referencias subjetivas explícitas en los tipos y la valoración preponderante de los elementos de voluntad, la severidad de los castigos, las penas arbitrarias sin base legal, la admisión de la retroactividad y de la analogía, entre otros factores, caracterizaron el universo punitivo de las dictaduras, casi siempre con el fin de liquidar a la disidencia o para “depurar” la comunidad de elementos “nocivos”²⁶.

Ahora bien, incluso sin desconocer la ruptura que estas disposiciones introdujeron en la tradición jurídica liberal, conviene igualmente recordar su evidente conexión con el pasado. Propio de los sistemas penales y de orden público decimonónicos fue precisamente su desdoblamiento en dos esferas, una regida por el principio de legalidad y otra de índole administrativa y policial en que primaba la discrecionalidad. Si en la primera podía apreciarse un punitivismo desbordado en los delitos –contra el orden público– que comprometían la consolidación de los regímenes estatales, la segunda ya recaía por entero sobre los hombros de los colectivos disidentes y marginales, condenados así a un estatus de sumisión y neutralización políticas impropio de su número y presencia en la opinión pública (Martín, 2009b). Diríase en tal sentido que los totalitarismos llevaron a su mayor grado de paroxismo la severidad y la arbitrariedad infligidas contra los enemigos políticos ya durante época liberal.

En sentido similar, otras novedades con esa misma intención “purificadora” de la comunidad, como las contenidas en el derecho de familia antisemita puesto en planta por las leyes de Núremberg de 1935 “para la protección de la sangre y honor alemanes”, resultan más bien aparentes dados sus cualificados antecedentes²⁷. La diferencia cualitativa acaso resida en la capacidad de esas nuevas leyes para “re-estamentalizar” la sociedad, con el resuelto abandono de las categorías jurídicas formales y generales propias del liberalismo como mecanismos de dominación. Lo muestra la propia definición de ciudadanía alemana contenida en las leyes citadas, que la vinculaban a la pureza de sangre y a “la voluntad y la condición de servir al

26 Sobre el particular, tanto en su faceta procesal y jurisdiccional como sustantiva, es tan abundante la bibliografía que mejor enumerar la selección al pie: Cuello Calón, 1934; Loewenstein, 1936, p. 189-92, 808-10, 812; Kirchheimer, 1940; Álvaro Dueñas, 2006; Portilla Contreras, 2009; Gruchmann, 2009; Salvatore Torrisi, 2016; Ferré Olivé, 2016; Tébar, 2017; Garfinkel, 2017, p. 389-456; Vormbaum, 2018, p. 283-339; Morris, 2020, p. 106-9; Pifferi, 2021, p. 425-48.

27 Ya me pone sobreaviso de tal continuidad mi compañero, maestro y amigo Bartolomé Clavero, indicándome la relevancia histórica de Heinrich Krieger (1936).

pueblo y al Reich” (Aragoneses, 2019, p. 130), con la consiguiente distinción entre “súbditos” y “ciudadanos” del Estado a los efectos del reconocimiento de derechos (Neumann, 1942, p. 141-2). El juego de privilegios y discriminaciones en que se apoyó el totalitarismo podría existir, en numerosos de sus aspectos, con anterioridad, pero se sumaron ahora al mismo otras facetas –dependientes, por ejemplo, de la militancia en el partido, o de la pertenencia a la comunidad racial o a la confesión oficial– capaces de generar un proceso inédito de jerarquización social (Heller, 1929; Loewenstein, 1936, p. 795, 806).

Este flanco del ordenamiento, que recorría materias administrativas, penales o civiles, cumplía la función negativa de excluir de la comunidad a los considerados indeseables. Se trataba de dispositivos con los que se garantizaba una traza singular del totalitarismo: la acentuada exigencia de adhesión activa de los sujetos a la política gubernamental (Costa, 1999, p. 65, 74). Constituían así el presupuesto de otras reformas con las que se cumplía la función positiva de fabricar una nueva comunidad unificada. Más pertenecientes al ámbito de las prácticas institucionales que al de las disposiciones jurídicas, aun siendo abundante la regulación administrativa al respecto, nos encontramos aquí con todo el universo de reglas –e instituciones– que organizaban el consenso, con las cuales se perseguía la “fascistización’ integral de la sociedad y de sus instituciones”, “la difusión capilar de la nueva doctrina y la creación” de un nuevo hombre (Costa, 2001b, p. 217, 263, 270-1). Desde la reglamentación de la enseñanza al disciplinamiento del tiempo libre, desde la integración de la juventud a la orientación de los días festivos, se abría un espacio normativo –e, insisto, sobre todo institucional– inédito, enderezado a la “movilización”, disciplina y encuadramiento de las masas, y con el que se visibilizaba la capacidad de los sistemas totalitarios para producir nuevos hábitos sociales, liturgias colectivas antes inexistentes.

Si ya en los aspectos jurídicos que cumplían funciones negativas puede comprobarse una penetración sin precedentes del derecho estatal en la esfera privada individual o familiar, este segundo costado confirma cómo uno de los rasgos más salientes del totalitarismo fue la desaparición de las fronteras entre las esferas pública y privada. Más dudoso es, sin embargo, que evidencie la “politización” de la sociedad o de las masas por parte del gobierno. A mi entender, este aspecto constructivo o positivo del orden jurídico(-institucional) totalitario demuestra justo lo contrario: un eficaz intento de “despolitizar” la sociedad, canalizando las enormes energías políticas latentes en sociedad y desatadas, en su caso, por los regímenes republicanos precedentes. No se oculta que esta conclusión depende del concepto de “política” del que parte. En posición diametralmente opuesta a lo que sostenían los autores totalitarios sobre la “politización integral” de la vida, la política en su acepción moderna no podía consistir ya solo en adscripción ostentosa a la línea oficial del gobierno, sino que debía ser integración procedimental de la polémica legítima contra el mismo; la política no podía estribar en la organización excluyente del consenso, sino en la gestión incluyente del disenso, ni podía ser ya expresión de la identidad unitaria de un colectivo, sino compaginación de las diferencias que cohabitan en su interior. Contemplada la política desde este punto de vista –que pone el énfasis en la polémica entre cosmovisiones éticas, en el disenso y en la diferencia–, la supuesta “politización” de la sociedad operada por los totalitarismos implicó, entonces, lo indicado: una hábil reconducción de las formidables energías políticas acumuladas en sociedad hacia sucedáneos de participación –esto es, ruidosas pero vacuas ceremonias colectivas, que permitían continuar experimentando los estímulos de la fusión en la masa–, al tiempo que una “despolitización” profunda de la sociedad, en el sentido de proscribir la esencia misma de la política moderna, la expresión y organización legítima del desacuerdo.

iii. Por último, se desplegaron reformas de carácter asimismo inmediato y rupturista en la regulación de las relaciones laborales y en el derecho sindical. La necesidad de desarticular el movimiento obrero y encuadrarlo de forma autoritaria en los engranajes de la dictadura inspiró las nuevas leyes corporativas y sociales (Andreassi, 2004). También algunas normas penales: se suprimió la libertad sindical y se criminalizó la huelga. En Alemania y España se estableció la adscripción sindical forzosa, se anularon los pactos colectivos y se abolieron las jurisdicciones paritarias de resolución de conflictos entre el capital y trabajo, sancionándose en su lugar un nuevo sistema de regulación nacional de las condiciones laborales (Martín, 2019b). En Italia pudo conservarse sobre el papel la presencia de los sindicatos en cuanto asociaciones privadas libres, pero confiriéndose a cambio potestad negociadora exclusiva al sindicato fascista (Aquirone, 1974), colocado bajo tutela ministerial por insertarse las negociaciones en las estructuras corporativas de nuevo cuño (Gagliardi, 2010) y por intervención directa del ejecutivo en el nombramiento de los interlocutores, lo que provocó un evidente “proceso de *estatalización* de los sindicatos” (Cassese, 2010, p. 103). Con estas medidas, que “aniquilaban el sindicalismo libre” con la misma “retórica de las organizaciones obreras”, los regímenes fascistas pretendieron convertir “el trabajo en un acto de patriotismo” desprovisto de “cualquier componente de clase”, “naturalizando”, con ello, la “posición subalterna” del trabajador (Guamán, Pérez Rey, 2019, p. 140, 142). El derecho como instrumento racional e igualador, que había penetrado en el ámbito jerárquico de la relación laboral por vez primera con las repúblicas democráticas, volvía a retirarse de ese espacio devolviendo el derecho del trabajo a su vieja condición de *persönlichen Dienstrecht* (Kirchheimer, 1935, p. 154).

En definitiva, en los vértices más nítidamente políticos y sociales, la mudanza fue, digamos, automática. Junto a estas renovaciones legislativas los totalitarismos contaron con otro ámbito de reforma altisonante, al que ellos mismos le asignaban valor retóricamente constitucional, pero del que se desprendían escasos cambios efectivos. Me refiero a las normas registradas en cartas o estatutos supuestamente fundacionales del Estado, e inspiradores de toda la actuación de los poderes públicos, como la *Carta del Lavoro* (21-IV-1927), la *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (20-I-1934) o el *Fuero del Trabajo* (9-III-1938).

En este punto sobrevivió la vieja concepción burguesa acerca del significado de la materia constitucional. A diferencia de lo que había acontecido durante las repúblicas democráticas y sociales, que le habían asignado una trascendencia normativa fundamental por derivar de la voluntad del poder constituyente, ahora tan solo encerraba los valores retóricos y programáticos que, sin carácter vinculante cierto, habrían de orientar las políticas públicas. Los enunciados de estas grandes normas fascistas no componían más que un vacío *desiderátum* proyectado sobre un futuro impreciso. Estas normas de supuesto rango constitucional fueron así las más irrelevantes desde el punto de vista de la praxis del derecho, por más que ocupasen el centro de los debates doctrinales. Y es que su función era otra. Diríase que componían el trasunto legal de la resignificación impositiva que los totalitarismos hicieron de las gestas y liturgias obreristas, como sucedió con la ocupación nazi del 1º de mayo o la instauración franquista de una paga extra en el mes de julio para ensalzar el golpe. En efecto, el conjunto de promesas de reforma igualitaria que tales normas solían contener jugó ante todo un papel de legitimación social, de fabricación compensatoria de consensos ante la erradicación de todo movimiento sindical en un tiempo en el que el trabajo organizado –e incluso cierta planificación económica– gozaba de un peso estructural. El hecho de que dichas promesas no llegasen nunca a traducirse en realidades vigentes y operativas no les restaba valor estratégico y capacidad de conformación social.

En términos jurídicos, estas normas constitucionales habrían de afectar ante todo al viejo edificio iusprivatista del Estado liberal. Puede afirmarse en este sentido que los totalitarismos se fundaron en una promesa de futura renovación integral del derecho privado en una dirección equitativa, socializadora y “nacional”. Abundaron los proyectos, las discusiones doctrinales y los anuncios oficiales de una socialización de las instituciones civiles y mercantiles amparada en esas normas de valor constitucional, que, en vía de hipótesis, terminarían con todos los vestigios del liberalismo individualista (Hedemann, 1938, 1941). Pero esa socialización completa solo llegó a traducirse en reformas parciales, y finalmente menos radicales, del código civil o de las leyes procesales en casos particulares como el italiano.

2. Recordemos lo que, evocando la famosa obra de Ernst Fraenkel, se afirmaba en un comienzo. El derecho totalitario fue un derecho dual, marcado por la tensión existente entre su aspecto más formalizado y legalista y su dimensión “discrecional” o de “prerrogativa”. El propio “orden jurídico del nacionalsocialismo” se caracterizó de forma paralela porque, en él, el gobierno, e incluso los grupos profesionales y sindicales en que los individuos debían forzosamente encuadrarse, no se hallaban vinculados, en última instancia, a norma alguna, anulándose la aspiración liberal de someter a los individuos y sus gobiernos a reglas jurídicas comunes; esta particularidad totalitaria fue además la que hizo que los aparatos judiciales y administrativos, en lugar de tener como misión fundamental aplicar reglas generales conocidas de antemano (pudiéndose así prever el sentido de sus resoluciones), tuviesen como cometido preponderante la más óptima ejecución posible de la voluntad de “quienes manda[ba]n”: en esto consistiría, de hecho, su peculiar “racionalidad técnica” (Kirchheimer, 1941b, p. 88-9, 99-100, 108-9).

Lo que importa ahora a nuestros efectos, más que detenernos en el momento de la anomia –al que atenderemos después–, es identificar los vínculos de conexión que unían el plano legal y el discrecional, los mecanismos y excusas que, inscritos en el propio derecho positivo, abrían el paso desde la legalidad establecida hasta el uso arbitrario de la autoridad incluso por parte de organismos, instancias o cuerpos privados. Estas puertas que anudaban el derecho, digamos, reglado, al ejercicio arbitrario del poder podían presentar una fisonomía jurídica diferente. Creo que cabe localizar al menos tres tipos:

a. De una parte, figuraban las “cláusulas generales” e indeterminadas, algunas heredadas del viejo derecho burgués y otras de neto sabor totalitario, como las referidas a la lesión “al sano sentimiento popular”, “el bien de la comunidad” o “la dignidad de la Patria” (Kirchheimer, 1935, p. 154; Loewenstein, 1936, p. 781, 783; Stolleis, 1974). Presentes en el derecho de familia, laboral, administrativo y penal, se dirigían al legislador y, ante todo, al estamento judicial, con el propósito de encubrir jurídicamente su actuación politizada conculcadora de los derechos. Bien conocido es el caso de los jueces, cuyo cometido, según la doctrina oficial, no consistía en la aplicación de “un ordenamiento jurídico superior a la comunidad racial”, sino en la “salvaguarda del orden concreto” de esa misma comunidad, “exterminando los elementos nocivos, castigando comportamientos dañinos, y arbitrando disputas” entre sus miembros, teniendo, a su vez, claro, que carecían de todo derecho “a revisar las decisiones del Führer con forma de ley o decreto” y que solo podían aplicar el derecho anterior “a la revolución nacionalista” si no “violaba el sano sentimiento del pueblo” (Frank, 1936). Con estas directrices presidiendo, y dado el carácter constitutivo del casuismo en la praxis judicial totalitaria, la ley cedía al arbitrio de los jueces la atribución de connotaciones políticas especiales a alguna situación ordinaria (Fraenkel, 1941, p. 21, 65), lo que les permitía contar con mayores márgenes para fijar la pena, la posibilidad

misma de aplicar la analogía²⁸, o de suspender el principio *non bis in idem*, y, ya en el orden civil, la de hacer acepción de personas –en función de la raza o la adscripción política– y distinguir entre los derechos y deberes pertenecientes a cada cual. Esta misma posibilidad de atribuir relevancia política a ilícitos convencionales correspondía además a las autoridades policiales, lo cual les permitía adoptar sanciones y administrar castigos (como el internamiento en campos de concentración) vulnerando incluso sentencias firmes (*ibíd.*, 60-2, 73-4).

b. En segundo lugar, nos encontramos con expedientes de delegación de funciones normativas, ejecutivas e incluso punitivas tanto a instancias públicas como a poderes privados. La laxitud y vaguedad de la legislación general totalitaria permitían que la regulación específica dependiese, en última instancia, de toda una miríada de organismos subordinados, con una potestad, así, de carácter casi ilimitado (Loewenstein, 1936, p. 788). Proliferaron además las jurisdicciones especiales, vinculadas a la organización del partido, al ejército, a la administración económica o a las corporaciones profesionales, muchas de ellas dotadas de prerrogativas penales (Kirchheimer, 1940, p. 179-80). En el caso alemán, se destacó “la intumescencia” de los llamados “tribunales especiales de honor”, de radio corporativo-profesional y con capacidad para resolver numerosas controversias económicas; motor central de una “nueva feudalidad”, supusieron un elemento clave de “la destrucción de la igualdad ante la ley” que se estaba llevando a cabo (Loewenstein, 1936, p. 795, 809). A esta multiplicación de órganos jurisdiccionales, se sumaban los cheques expedidos para cometidos precisos en favor de las autoridades locales del partido, o bien en beneficio de grupos industriales, comerciales o profesionales (Kirchheimer, 1941b, p. 89, 103-4), pero quizá la expresión más nítida de la delegación de poderes a instancias privadas nos la suministren los llamados entonces “reglamentos de empresa” (vigentes tanto en Alemania como en España).

Se trataba de una suerte de estatuto jurídico de la corporación empresarial dictado unilateralmente por el “patrón”, considerado “jefe” de la empresa, en el que se recogían desde las condiciones concretas de la prestación laboral hasta el régimen disciplinario, que a los trabajadores tan solo cabía acatar. Lo que antes dimanaba de acuerdos colectivos adoptados en un proceso negociador paritario, procedía ahora de la voluntad impositiva del empresario, a quien solo se le hacía “responsable ante el Estado”, lo cual era un modo de garantizar su irresponsabilidad, de “demostrar a los obreros la conciencia social del régimen” mediante las leves amonestaciones impuestas a los “pequeños negociantes” por los “tribunales de honor social” (Neumann, 1942, p. 471; Kirchheimer, 1935, p. 179; Loewenstein, 1936, p. 801), o bien, en el más exigente de los casos, de asegurar su responsabilidad cuando de sus decisiones pudieran derivarse consecuencias políticas contrarias a los valores totalitarios, mas no a los derechos de los trabajadores.

c. Por último, nos encontramos con un caso que, más que legitimación legal de la discrecionalidad, implicaba la impugnación consentida del orden normativo vigente. Hubo leyes que exoneraron explícitamente de todo control judicial a las actuaciones de la policía política. Ocasionalmente, existieron órdenes expresas del *Führer* que obligaban a los tribunales a transgredir las leyes por motivos políticos, y siempre cabía hacerles rectificar mediante leyes de validez retroactiva. Y ya con la legislación de guerra del III Reich, llegó a sancionarse incluso la posibilidad de revisar a peor las sentencias penales firmes, sin recursos presentados por la

28 Analogía entendida no tanto en el sentido de aplicar una norma penal a un hecho similar al previsto en ella, sino en el de “crear delitos completamente nuevos” a partir de la *nationalsozialistischen Weltanschauung*, lo cual implicaba un caso de *echte richterliche Gesetzgebung* (Kirchheimer, 1935, p. 158). Sobre la aplicación de la analogía en la jurisprudencia del *Reichsgericht*, restrictiva en general y extensiva en todo lo vinculado a la *race defilement*, véase el trabajo posterior del propio Kirchheimer (1940, p. 175-7).

fiscalía o por el condenado, para adecuarlas a “la dirección deseada” por el dictador (Kirchheimer, 1941b, p. 102; 1940, p. 177). Se produjo además una abundantísima microlegislación –la “letra pequeña del Estado”–, formada por órdenes y circulares dictadas por autoridades locales, no siempre estatales, también del partido único, en materia administrativa, penitenciaria y laboral que, impugnando el régimen jurídico general vigente, imponían, también por razones de orden político, regímenes excepcionales de carácter personal. Piénsese, por ejemplo, en la actuación de los “delegados provinciales de trabajo”, que podían denegar presuntos derechos laborales garantizados por la legislación, como la jornada máxima o las vacaciones retribuidas, cuando mediasen determinadas circunstancias políticas (o raciales) en la persona del trabajador. No solo se violentaba con ello el principio racional de jerarquía normativa. La distribución fragmentaria de la potestad jurídica mostraba aquí con claridad meridiana su capacidad para generar una nueva estratificación social, acorde ya con los valores jerárquicos y excluyentes del totalitarismo.

Con tan numerosas y amplias ventanas abiertas para saltar desde la previsible legalidad a la arbitrariedad pudo concluirse, con razón, que el “derecho y la práctica jurídica” se habían convertido “definitivamente” en un “instrumento de opresión y de dominación despiadada en beneficio” de los sectores dirigentes. Y es que, “bajo el nuevo sistema, una regla jurídica tan solo p[odía] tener un carácter puramente provisional”, pues siempre resultaba posible modificarla “sin previo aviso, e incluso, siendo necesario, retroactivamente”, cuando así lo requiriesen tales grupos. Visible en todos los registros, quizá fuese el plano penal el que con mayor crudeza revelase la ineficacia última de toda limitación legal al ejercicio del poder, con un proceso penal devaluado hasta convertirse en la *most formless part of the law*, y un “derecho penal sustantivo” cuya indeterminación creciente permitía tener al gobierno “una libertad ilimitada para ser indulgente o brutal” (Kirchheimer, 1941b, p. 100, 105, 109; y 1935, p. 155-6, 168).

III. Violencia, derecho, comunidad

Alteración funcional del derecho heredado, modificación inmediata de sus vértices más politizados y económicamente decisivos, promesas socializadoras incumplidas e imperio crónico de la arbitrariedad, he aquí algunos rasgos salientes de los órdenes jurídicos totalitarios.

Entre todos ellos, destaca el desprecio permanente de la legalidad. A su través se aprecia el carácter mendaz de la propaganda fascista antes de su asalto al poder (Zweig, 2002, p. 460). Todos los movimientos ultranacionalistas coincidían en su promesa de fundar implacables *Leviatanes* capaces de reimponer el orden y la seguridad a cambio de la cesión plena de libertades. El desgarró que padecían las sociedades a causa de la confrontación de clases concluiría por fin con la instauración de Estados soberanos inapelables y monopolizadores sin fisuras de la violencia. De hecho, desde la óptica fascista, los métodos y procedimientos pluralistas de composición de los conflictos que habían inaugurado las democracias republicanas, del propio parlamentarismo a las jurisdicciones laborales paritarias, constituían un aberrante vaciado de la soberanía estatal en favor de los particularismos con el desgraciado efecto de azuzar, mas no canalizar, el choque clasista (Schmitt, 1930). La cuestión es que, una vez se apropiaron de las instituciones, en lugar de una pacificación autoritaria de la sociedad, se produjo un desplazamiento de la violencia política y social hacia los organismos y la praxis estatales. El terror sembrado por los fascistas durante la democracia como uno de los grupos en liza se convirtió en

terror estatal contra los ciudadanos, o en amparo oficial de la impunidad paramilitar fascista²⁹. De su conquista del poder no se derivó la pacificación de la sociedad, sino el desorden y la inseguridad permanentes. Verificaban con ello la constante histórica según la cual “[c]uanto más desmesurado el poder de las formas institucionales, tanto más caótica la vida que éstas imponen” (Adorno, 1966, p. 92). En vez de una plácida e individualista seguridad hobbesiana, se implantó, para buena parte de la población³⁰, un régimen de incerteza permanente en el que peligraba el mismo núcleo del individualismo: la vida y la hacienda.

Paralelo a esta significativa parábola de los fascismos europeos transcurre otro rasgo que denota igualmente la actitud totalitaria hacia el derecho. Uno de los puntos centrales de la crítica fascista a las democracias parlamentarias y los Estados intervencionistas fue precisamente la denuncia de la hipertrofia legislativa y de la elefantiasis burocrática. Ante el peso agobiante de un ordenamiento puntilloso y de una omnipresente intervención administrativa cedían los viejos valores puros, naturales, de la espontaneidad y la libertad individual. Por eso los movimientos fascistas, incluso tras la conquista del poder, coincidían en prometer un futuro inmediato “no legalista” y “no burocrático” (García Valdecasas, 1942). Sin embargo, la cruda realidad no solo consistió en la intensificación de la presencia estatal en la sociedad, discurriendo ahora por cauces de control ideológico, político y demográfico impracticados hasta cierto punto con anterioridad. El desprecio congénito del fascismo a la legalidad empezó a celebrar, sobre todo, no los márgenes dejados a una autonomía individual sin mediaciones, sino el libre espacio cedido a una dominación sin reglas.

Y es que, como se ha insistido, el asalto al poder por parte del fascismo no conllevó la erradicación de la violencia política que desangraba la sociedad, sino su desplazamiento hacia las instituciones estatales, y hacia las paraestatales que le servían de apoyo, convirtiéndose ellas mismas en fuentes permanentes de violencia incontrolada infligida contra amplios sectores de la sociedad. Viktor Klemperer contaba en sus diarios que la primera palabra que había oído como genuinamente nazi era justo la de *Strafexpedition*, “expedición de castigo” en las que las milicias nacionalsocialistas agredían y humillaban a militantes comunistas: “Todo lo que podía imaginar en cuanto a arrogancia brutal y a desprecio de la diferencia”, ambos atributos inequívocos del nazismo, “se resumía en esta palabra” (Klemperer, 2004, p. 69). Podría concluirse así que el totalitarismo implicó una institucionalización generalizada de esas represalias contra los racial y políticamente diferentes.

1. Esto nos conduce, como se adelantó al principio, al problema de las relaciones entre violencia y derecho en tiempos totalitarios. La violencia fue el instrumento que permitió la fundación de las dictaduras. La instauración de los fascismos no puede dissociarse de la “imagen aterradora” de “todo un pueblo indefenso ante su minoría armada” (Kraus, 1977, p. 82-3). Y el mismo desenvolvimiento de los totalitarismos fue inseparable de la “fe en la ametralladora como remedio universal” que quisieron implantar, elevándola a “última palabra en política”, consagrándola como artillero predilecto para “crear tranquilidad y orden”, y para engendrar

29 Al hilo de una encuesta sobre las *leggi fascistissime* distribuida en la universidad española en 1926 entre los constitucionalistas más notorios, ya se preguntaba retóricamente el conocido publicista español Fernando de los Ríos “el fascismo, ¿ha aliviado a Italia del espectáculo de la violencia, o la ha instaurado y organizado desde el Poder?” (1926, p. 9).

30 Desde luego la que más intensamente sintió esta situación de incerteza crónica fue la numerosa población republicana, progresista, socialista, comunista, homosexual, y –en el caso alemán y finalmente italiano– judía. El sector acomodado del liberalismo burgués pensaba todavía en marzo de 1933 que las cosas marchaban en Alemania con razonable normalidad, tal y como testimonia uno de sus representantes, Sebastian Haffner (2017, p. 157, 165)

“convicción, entusiasmo, satisfacción y amor a los líderes” (Polgar, 2005, p. 137). Sobre las relaciones que este tipo de violencia omnipresente podía mantener con el derecho nos informan los propósitos de los generales golpistas españoles, quienes afirmaban expresamente que con la campaña de terror y ejecuciones masivas comenzada el 18 de julio 1936 se trataba, ante todo, de crear por medio de la violencia una situación “de hecho” para que acabara convirtiéndose de forma irremediable en una “situación de derecho” (José Babiano et. al., 2018, p. 64). La relación del derecho con la violencia regresaba así, digamos, a sus orígenes. Volvía a ser concebida como el presupuesto fáctico de la legalidad, incluso de la estatalidad, como un medio a través del cual cabía “fundamentar o modificar las situaciones (jurídicas) de una forma relativamente constante” (Benjamin, 1921, p. 188).

En esta convicción palpitaban las creencias schmittianas en las facultades taumáticas de los estados de excepción, en los que solo cabían “medidas” represivas ajenas a toda limitación jurídico-formal y conducentes a la reconstitución del orden cultural que fundamentaba la vigencia y eficacia del derecho³¹. Se suponía que la violencia constituiría el mecanismo más expedito con el que constituir una nueva comunidad política, en la que por fin pudiesen regir las normas compartidas. Destrozada la sociedad por sus luchas intestinas, imposible, por tanto, la vigencia en ella de leyes comunes, cumplía retornar al momento prístino en que se creaban las condiciones de homogeneidad y estabilidad que posibilitaban la obediencia pacífica al derecho. Y ese momento originario siempre habría estado caracterizado por la intermediación fundacional de la violencia.

Esta no era más que la coartada argumental de los fascismos. Esta regresión originalista careció, sin embargo, de las virtudes constructivas que se le atribuían. Y fue incapaz de fundar un orden social estable porque invirtió por completo la relación racional entre el derecho y la violencia: de haberse situado tradicionalmente la violencia –incluso en esta teoría schmittiana de los estados de excepción– en el terreno propio de los medios a los que recurrir para que se cumpliesen los fines del derecho, con el totalitarismo se convirtió en un fin en sí misma, para cuya cobertura el derecho pasaba a convertirse en mero instrumento. La violencia dejó así de constituir un medio excepcional y privilegiado al servicio del cumplimiento de las normas para degenerar en una forma desnuda y crónica de dominación, amparada externa y coactivamente por el derecho oficial. Un buen y significativo ejemplo de ello lo dio la ley de 3 de julio de 1934, que legalizó, a posteriori, las ejecuciones extrajudiciales de la *noche de los cuchillos largos*, evidenciando así cómo el *Führer* y sus secuaces se encontraban por encima de cualquier tipo de legalidad (Loewenstein, 1936, p. 811); e idéntico contenido mostraban las numerosas disposiciones que amnistiaban los crímenes cometidos por *overzealous Party followers* (Kirchheimer, 1940, p. 174).

2. Esta inversión de las relaciones entre la violencia y el derecho se explica por varias razones. La más evidente fue señalada en su momento por Hannah Arendt: cuando la violencia se ejerce “en beneficio del poder (y no de la ley), se convierte en un principio destructivo que no se detendrá hasta que no quede nada que violar” (1974, p. 197). Pero existe otro motivo, cuya visibilidad no ha implicado su correspondiente identificación: la construcción de la “comunidad popular” aria, de la “nación católica” o, en definitiva, de la base social uniforme necesitada por los nuevos Estados totalitarios exigía por necesidad una labor formidable de destrucción. La unidad anhelada obsesivamente por el totalitarismo solo cabía al precio sangriento de “des-

31 Examino apretadamente esas creencias en Martín, 2020, p. 449-453.

realizar” todo el proceso de acumulación cultural vivido hasta sus mismas vísperas. Lo que de modo compensatorio era presentado por el discurso fascista como “natural”, “genuino” o “tradicional” de la identidad política colectiva no constituía sino una visión hasta el momento minoritaria, marginal, en retroceso y defensiva de la colectividad nacional. Aquello que presumió de adecuarse a la “naturaleza de las cosas” no fue sino expresión de un criminal y disparatado constructivismo regresivo.

Ya se ha aducido a modo de ejemplo sobre el particular la propia institución del orden jurídico-privado. Justo en el momento en el que la propiedad, la familia y las relaciones económico-laborales habían llegado a su culmen de mayor complejidad, abriéndose ya a la socialización y la igualdad, los fascismos tuvieron que recurrir a una violencia desmedida para reimplantar la propiedad privada, la familia patriarcal y la jefatura empresarial. Cosa similar acontecía en el caso alemán con los proyectos de arianización: tan alto era el “grado de asimilación” de la población judía a la altura de los años 1930, que para excluirla por entero “de la vida pública era necesaria la violencia” (Aragoneses, 2019, p. 130). Cabría mencionar muchos ejemplos más referidos a la cultura, la moral o la sexualidad, pues a los tiempos de creatividad desenfrenada y de liberación general vividos en Weimar (y la II República) sucedieron tiempos oscuros de disciplina, represión y sumisión. Bastará no obstante en esta contribución dedicada al derecho con traer a colación dos demostraciones jurídicas.

a. Justo antes de 1933 comenzaron a predominar las visiones relativistas, antropológicas, normativistas, pluralistas e historicistas de la nación (Liermann, 1927; Ziegler, 1931). La identidad nacional no podía concebirse en términos materiales unilaterales al ser evidente la existencia de tradiciones diversas, e incluso de pertenencias políticas contrapuestas, en el interior de una misma comunidad. Los atributos de la nación no podían ya retratarse como cualidades esenciales, inamovibles e imperecederas que convenía rescatar, pues ya se había descubierto que dependían de las cambiantes correlaciones internas de poder. Por eso no cabía seguir pensando la identidad nacional como un factor previo a la institucionalidad estatal, a la que ésta habría pasivamente de amoldarse; ya resultaba históricamente constatado que su fisonomía dependía de los intereses sociales que de forma transitoria ocupaban los aparatos del Estado. La colectividad nacional tampoco resultaba reductible, sobre todo, a una sola raza, vista la extensión del mestizaje y la convivencia multirracial que discurría al interior de los Estados.

Al haberse tornado mucho más complejas, por su alto nivel de individualización e internacionalización, las relaciones de pertenencia, la nación entendida bajo el troquel de la uniformidad identitaria no podía seguir jugando su papel de fundamento social y cultural del Estado. El único concepto jurídicamente relevante que de ella podía tenerse era de carácter formalista, como sujeto colectivo al que el derecho atribuía determinadas funciones y sobre el que hacía recaer los efectos de las decisiones de los órganos estatales, pero en cuyo interior, al no encontrarse definida en términos materiales unívocos, cabían diferentes sensibilidades culturales y políticas. Tal era la convicción devenida mayoritaria por acumulación cultural, y abolida, mediante el uso de la fuerza, por los fascismos. El grado de arraigo alcanzado por el pluralismo antes de 1933 (o de 1936, en el caso español) suministraba de hecho la cantidad de violencia necesaria para refundar la comunidad popular monolítica e integrista querida por el totalitarismo.

b. Algo muy similar aconteció con el estatuto jurídico de la mujer. Justo en el momento en que, tras décadas de acumulación de fuerzas, parecía ya inevitable su emancipación formal, con el reconocimiento pleno de sus derechos políticos y de su capacidad de obrar, se la volvió a

recluir con los fascismos en el ámbito doméstico, condenándola de nuevo a la sumisión y a las funciones de cuidado y reproducción. Si las constituciones republicanas y democráticas declaraban al unísono la igualdad entre los sexos, y sentaban así las bases necesarias para el ejercicio irrestricto de la ciudadanía por parte de las mujeres y para el reconocimiento de sus facultades en el orden privado, los totalitarismos coincidieron en su rescate de un patriarcalismo que las devolvía al tradicional estado de sujeción a la voluntad del padre o del marido. Y si en el ámbito de las costumbres laborales, morales y sexuales resultaba cada vez más patente, al menos en los entornos urbanos, la liberación de la mujer respecto de las viejas constricciones, las dictaduras aplicarían la violencia necesaria para revertir este proceso emancipador ascendente y restaurar, reforzados, los deteriorados mecanismos de represión y sometimiento.

3. En definitiva, los fascismos se vieron obligados a constituir una comunidad política que negaba los rasgos y tendencias más prominentes de las sociedades europeas de los años 1920 y 1930. De ahí procedió la necesidad irremediable del uso crónico de la violencia y su conversión, no en medio, sino en fin predominante del derecho. Esta puntualización acerca del efecto “desrealizador” de los totalitarismos obliga además a una toma de posición teórica respecto de los mismos: la evidencia de su hegemonización a través del terror no autoriza a tratarlos como un “sistema común de representaciones”, como una suerte de “mentalidad” compartida, precisamente por los medios terroristas que emplearon para la generalización de sus ideas. Todo análisis historiográfico del totalitarismo debe así partir de un hecho crudo, denunciado por entonces para el caso alemán, pero extensible a la misma esencia totalitaria: que el pueblo “en todas sus capas se enc[ontraba] bajo amenaza de muerte” (Kirchheimer, 1935, p. 185). Como supo hacernos ver Walter Benjamin –descifrando el mensaje que Bertolt Brecht quiso transmitir con sus piezas de *Terror y miseria en el Tercer Reich* estrenadas en París–, el régimen totalitario había conseguido justo por eso imponer “de manera ineludible a todas las relaciones entre los seres humanos la ley de la mentira” (1938, p. 122). De ahí que no haya testimonio cultural interno a los fascismos que no esté atravesado por el temor a la represalia, o por el afán de ganarse el favor de los omnipotentes cuadros dirigentes; por expresarlo a la inversa, no existe ninguno que sea expresión de una libre y espontánea formación del propio criterio, que sea manifestación de la verdad de lo que estaba aconteciendo.

Es precisamente esa falsedad congénita de sus representaciones internas la que impide elevar las legitimaciones culturales de los totalitarismos al rango de conciencia común, de la que participaría la mayor parte de la colectividad. No hay acercamiento científico a las mismas que merezca la pena si no atiende críticamente a su finalidad, a sus implicaciones criminales, y a las condiciones institucionales –de censura, miedo y opresión– en que se formaron. El valor documental que para la historiografía jurídica tienen esas fuentes queda al descubierto con un contraste ejemplificativo: el asalto nazi al poder institucional podía contarse, por los juristas oficiales, como la deseada fusión del Estado con la comunidad racial, como la anhelada comunión del líder con su pueblo para el cumplimiento conjunto del “destino” nacional (Forsthoff, 1933, p. 34 ss.), o bien, por los juristas represaliados, como el apoderamiento del “aparato estatal” por parte de una *Bürgerkriegspartei*, aprovechando con habilidad táctica la situación de crisis (Kirchheimer, 1935, p. 171). Por expresarlo con otro ejemplo: la cláusula del “sano sentimiento del pueblo”, si no se quiere repetir las vacuas tautologías de los ideólogos nazis, solo cabe descifrarla como la elevación a fuente del derecho de las “proclamaciones” de los gobernantes y de los prejuicios compartidos por el cuerpo ya depurado de magistrados (Kirchheimer, 1940, p. 175).

Por eso cobran especial valor para documentar la naturaleza de los fascismos los testimonios procedentes de la “resistencia” y el exilio, como lo fueron *Der Doppelstaat* (Morris, 2020, p. 124-50), *Behemoth* (Tuori, 2020, p. 110-1) o los análisis de Kirchheimer. No solo revelan la condición parcial y polémica de la ideología totalitaria, su estatuto de artificio reaccionario inoculado por imposición, sino también su mecánica interna, su engranaje institucional, contemplado ya desde los principios jurídicos universales e indelebles vinculados a la dignidad humana, que distaban de haber desaparecido en favor de una nueva civilización por casi todos consensuada. No existe ninguna debilidad analítica interna –como algunos pretenden (Lavis, 2019, p. 60, 66)– en el examen de la praxis jurídica nazi que, como canon epistémico, utilice una concepción racional del derecho; ni este enfoque de principio, ni siquiera el compromiso antifascista del que aquí se participa, tienen por qué empañar, alejar u oscurecer el asunto del derecho totalitario; simplemente imponen cierto distanciamiento crítico, justo aquel que permita prevenirnos frente a la tentación de explicarlo de manera redundante a través de sus propias y mendaces categorías legitimadoras, blanqueándolo así, aun involuntariamente. Tampoco se comprende la correlación que se quiere establecer entre el *Nazi Law as Non-Law Discourse* y la *rupture thesis* (*ibíd.*, 75) que convierte el Tercer Reich en una monstruosidad excepcional y parentética, pues cabe destacar la antijuricidad del totalitarismo e identificar las consistentes líneas de continuidad que lo enlazaban a las numerosas y estructurales prácticas arbitrarias de los regímenes monárquicos y liberal-imperiales que lo precedieron³². Por buenas que sean las intenciones de la aproximación histórico-cultural –e incluso literaria– que pretende –de forma relativista– exponer la ideología totalitaria como mentalidad compartida, en ella se encuentran demasiado cercanas la comprensión interna y la justificación externa, el desentrañamiento de las claves constructivas del totalitarismo y la exculpación de sus promotores, dirigentes y colaboradores por haber realizado inconscientemente lo que dictaba su tiempo (en contra, Cavallo, 2019, p. 688)³³.

La única posición teórica con respecto al fenómeno totalitario que asume por entero lo que supuso su experiencia es, por tanto, la crítica histórica. Desde su promontorio cabe impugnar sus pretensiones legitimadoras centrales, también la de su derecho, a saber: que, reconciliando por fin los contenidos de la ley y la moral, consistía en una emanación objetiva de la “comunidad nacional”, entendida ésta en términos ético-materiales.

La idea totalitaria de comunidad prestó base al derecho en casi todas sus ramas, quiso convertir la sociedad en una trama de “subcomunidades”, sirvió para atribuir a las “personas” su propio y diferenciado estatus, y se postuló como condición de posibilidad del liderazgo dictatorial (Stolleis, 1998, p. 136-45, 158). En sus contenidos culturales (y biológicos), abrazó representaciones compartidas por una minoría social que solo a través de canales como la propaganda, el terror y la represión pudieron de algún modo elevarse a condición hegemónica. Mas, aparte de esta obviedad, conviene resaltar que toda la fraseología comunitarista propia del discurso jurídico totalitario pudo entonces contar con credibilidad porque lograba enlazar con necesidades psicológicas profundas bien extendidas. Con su “jerga de la autenticidad” se pro-

32 Más allá de lo aquí consignado, un ejemplo reciente de concepción del Tercer Reich como *Unrechtsstaat*, invocación admirativa de los Kirchheimer, Neumann y Fraenkel y trazado de profundas continuidades entre la cultura jurídica oficial pre-nazi y la totalitaria se encuentra en Ambos (2019, p. 23-35). Además, los citados juristas socialdemócratas también aplicaron el “derecho natural” racionalista a su crítica de los poderes del Estado durante la República de Weimar.

33 He dicho “incluso literaria” porque, con independencia de su indiscutible valor creativo, creo que, desde su propio título, a esta misma línea de presentar el fascismo como el producto irremediable de una época, con la ambigua oscilación entre la comprensión interna del fenómeno y su justificación, pertenece el conocido *best-seller* de Scurati (2020).

curaba liderar una tendencia histórica objetiva de primacía de lo colectivo sobre lo individual, provocada por una combinación de factores entre los que destacaban la sensación generalizada de impotencia e inseguridad, la necesidad consiguiente de dispositivos protectores de carácter comunitario y el anhelo de restaurar la unidad frente a unas discordias sociales generadas o amplificadas por el estratagema fascista. Y es que los fascismos operaron sobre la evidencia de que “la necesidad psicológica de unidad cuenta más que la existencia real del caos” (Adorno, 1953, p. 57-8), si bien se sirvieron de ella para instituir formas aún más severas de desunión, como la que separaba en España a “vencedores” y “vencidos” o la que enfrentaba en Alemania a los *Volksgenossen* (o *Rechtsgenossen*) del resto de ciudadanos.

Esta fractura estructural nos obliga así a recordar que aquel comunitarismo apócrifo supuso una abominable perversión de la idea genuina de comunidad. Las retóricas espurias de la comunidad trataban a duras penas de ocultar la situación real de dominación sin consentimiento. Los grupos presentados como círculos naturales de socialización, del sindicato o la profesión a la familia y la localidad, constituían instancias verticales de integración que encuadraban forzosamente a los individuos. Los supuestos mismos de la vida comunitaria desaparecieron bajo el imperio totalitario. La individualidad constituida a sí misma a través del pensamiento libre, o la conformación solidaria de la colectividad mediante procedimientos participativos, ambos requisitos para la existencia real de una comunidad política en sentido moderno, fueron terminantemente negados y remplazados por la glorificación de un todo superior e incluso opuesto a las partes integrantes³⁴. Por eso, el derecho totalitario, que presumía ideológicamente de emanar de la comunidad, constituyó, en realidad, una forma orquestada de atentar contra ella; por esa misma razón, y en idéntico sentido, en fin, pudo denunciarse que “el proceso de enajenación del derecho respecto de la moral” jamás había alcanzado un grado mayor que el logrado justo en la sociedad que más presumía de haberlos “integrado” (Kirchheimer, 1941b, p. 109).

V. Conclusión

Hasta hace apenas una década, parecíamos libres de despeñarnos de nuevo por la pendiente autoritaria de la historia. Más que los grupúsculos fascistas en sí, de carácter minoritario y marginal, resultaban preocupantes las prácticas totalitarias perfectamente normalizadas en el entorno democrático-capitalista. Eran, desde luego, abundantes: el peso “uniformizante” de la propaganda mediática, la exaltación de lo existente como lo justo, la gestación de deseos reprimidos de cambios radicales o catastróficos ante escenarios impuestos de “fin de la historia”, la tendencia monopolista en la economía o la ausencia de “memoria democrática” y la complacencia mayoritaria consiguiente con la barbarie pasada. Tratar en la actualidad del orden jurídico fascista obliga, sin embargo, a concluir con referencias a la “revuelta” global de los movimientos autoritarios que amenaza con abolir conquistas que se pensaban consolidadas e irreversibles (Weiss, 2017). Este hecho actual inclina además la balanza en favor de la perspectiva crítica a la hora de investigar el totalitarismo, mostrando las funciones políticas, aun involuntarias, propias de la comprensión culturalista que lo normaliza como “mentalidad” compartida.

³⁴ También aquí el fascismo llevaba al extremo una constante burguesa, falsamente individualista: la de ubicar la esencia de la sociedad en “formas que sobrepasan la pura inmediatez de los individuos, se objetivan e incluso se oponen a éstos” (Adorno, 1937, p. 25-6).

Resulta ocioso recordar que la historia no se repite y que las diferencias entre las sociedades y las instituciones actuales y las de los años 1920 y 1930 son abundantes. Ni padecemos aún la rigidez de la estratificación socioeconómica de entonces, ni sufrimos la acción directa de las escuadras paramilitares de los partidos ultranacionalistas, ni experimentamos las estrecheces de la encorsetada política monetaria de antaño, como bien ha venido a demostrar la gestión económica de la pandemia en los países europeos. No obstante, hoy, en Europa, comienzan a reaparecer variables preocupantes. La crisis financiera desatada en 2008 nos ha “quebrado” social y políticamente (Tooze, 2018). La propia estructura de los Estados se ha tornado más centralista y vertical (Martín, 2014b; King, Le Galès, 2017), no solo como respuesta autoritaria para garantizar la primacía del mercado sobre la política parlamentaria, sino con el retorno incluso de los estados de emergencia, las leyes de excepción, el populismo penal y los campos de refugiados. Hasta aquí nos situaríamos en el terreno de la transformación despótica de los Estados, ya de por sí abono para fertilizar el rebrote fascista. La propia dinámica interna del capitalismo, pese a la doctrina demo-liberal dominante en las últimas décadas, siempre ha tendido además a situarnos en terreno fronterizo con el fascista. No ha hecho falta resurgimiento alguno del bolchevismo para reabrir, a modo de reacción, los derroteros del extremismo derechista. Se ha bastado y se ha sobrado la lógica inmanente a la acumulación capitalista. La ética jerárquica del emprendimiento, el darwinismo social, las crisis periódicas o las estructuras burocráticas centralizadas, opacas, tecnificadas y ya internacionalizadas requeridas por la fase actual del capitalismo nos ponían los pies en su territorio (Guamán, Aragonese, Martín, 2019). Por otra parte, la salida en falso de la crisis económica con el fundamentalismo de la austeridad y la divisa de “no hay alternativa” ha reforzado las condiciones psico-sociales necesarias para que germine el integrismo “nacional-capitalista”.

Se ha profundizado la sensación difusa de una impotencia medular, correlato inevitable de la concentración imparable del poder a la que asistimos. Tal sensación ha formado siempre el caldo de cultivo para que fructifiquen las estrategias propagandísticas del fascismo, ya bregadas en la tarea de transmutar “el sentimiento de la propia impotencia en un sentimiento de fuerza” (Adorno, 1943, p. 54), expertas, de hecho, en “captar individuos procurándoles satisfacciones compensatorias de género principalmente colectivo-narcisista” (Adorno, 1958, p. 391; 1967). De la mano de sus promotores han regresado así las ideas hipostasiadas e integristas de comunidad, que fagocitan la autonomía de sus miembros y se presentan como única base social legítima sobre la que construir el Estado. Otra vez parece que el único camino con que recobrar esa comunidad protectora en toda su pureza consiste en proyectar los resentimientos colectivos en algún “chivo expiatorio”, de las izquierdas supuestamente corruptas y “totalitarias” a los migrantes. Frente a los riesgos de disolución social procedentes de estos colectivos amenazantes, la organización político-económica preconizada por el populismo de derechas garantizaría de nuevo la subsistencia, la seguridad y la armonía. La técnica vuelve a ser la de recurrir a dispositivos imaginarios que proporcionen “compensación psicológica por la debilidad” sentida por cada individuo aislado ante la corrosión de sus condiciones de vida (Adorno, 1943, p. 27).

La extendida convicción de que no cabe transformar la sociedad en un sentido más humano forma asimismo la base psicológica de los liderazgos autoritarios. La inseguridad económica y la debilidad organizativa de los individuos yuxtapuestos suele tratar de compensarse “por la fuerza de las autoridades” a las que éstos se “someten” (Fromm, 1974, p. 248). Preocupados por establecer una conexión simbólica, emocional y sin mediaciones con la colectividad, los nuevos conductores prometen soluciones inmediatas a problemas complejos, como si la

persistencia de la crisis se debiera a las trabas burocráticas y legalistas que, con un golpe en la mesa, ellos lograrían espantar. La necesidad humana de participación real en la comunidad a la que se pertenece se desvía así hacia la persona enérgica, resolutiva y carismática del líder, modo inmejorable de mantener el *statu quo* y de bloquear cualquier tentativa transformadora de protagonismo popular.

El único modo de frenar estas tendencias presentes implica, a mi juicio, una labor doble. De un lado, sigue pendiente la socialización de los postulados de la memoria democrática. Solo si se tornan hegemónicos podrá devenir en compartida la certeza de que las promesas autoritarias de seguridad y protección acaban degenerando en la institucionalización de la violencia y la arbitrariedad. De otro lado, las condiciones psicológicas que predisponen al fascismo deben combatirse frenando e invirtiendo el proceso de concentración del poder al que sigue siempre la sensación difuminada de impotencia. Las medidas que fomenten la igualdad económica y la fragmentación del poder mediático y empresarial, o las prácticas que permitan percibir que la participación democrática formal cuenta con capacidad constructiva real, componen, a mi entender, los dos modos prioritarios de encarar esa batalla genuinamente “antifascista”.

VI. Bibliografía

- Adorno, Th. W. (1937), “La nueva sociología libre de valores”, en Id., *Obra Completa. Miscelánea I*, Madrid, Akal, 2010.
- Id. (1943), “La técnica psicológica de las alocuciones radiofónicas de Martin Luther Thomas”, en Id., *Obra completa 9/1, Escritos sociológicos II/1*, Madrid, Akal, 2009.
- Id. (1944), *Minima moralia. Reflexiones desde la vida dañada*, en Id., *Obra completa 4*, Madrid, Akal, 2004.
- Id. (1945a), “Lo que el nacionalsocialismo ha hecho con la cultura y las artes”, en Id., *Obra completa. Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, pp. 433-49.
- Id. (1945b), “El clima musical favorable al fascismo en Alemania” (1945), en Id., *Obra completa. Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, pp. 451-61.
- Id. (1946), “Antisemitismo y propaganda fascista”, en Id., *Obra completa. Escritos sociológicos I*, Madrid, Akal, 2004, pp. 369-79.
- Id. (1958), “Recensión de Otto Büsch y Peter Furth, *Rechtsradikalismus im Nachkriegdeutschland*”, en Id., *Obra completa. Miscelánea I*, Madrid, Akal, 2010, pp. 389-92.
- Id. (1966), *Dialéctica negativa*, en Id., *Obra completa 6*, Madrid, Akal, 2005.
- Id. (1967), *Aspekte des neuen Rechtsradikalismus*, Berlin, Suhrkamp.
- Álvaro Dueñas, M. (2006), “*Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo*”: la Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945), Madrid, CEPC.
- Ambos, K. (2019), *National Socialist Criminal Law. Continuity and Radicalization*, Baden-Baden, Nomos.

- Andreassi Cieri, A. (2004), 'Arbeit macht frei'. *El trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*, Madrid, El Viejo Topo.
- Aquarone, A. (1974), "La politica sindacale del fascismo", Aquarone, Maurizio Vernassa (a cura di), *Il regime fascista*, Bologna, Il Mulino, 233-257.
- Id. (2003), *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 4ª ed.
- Aragoneses, A. (2019), "La construcción del enemigo como base del (neo)fascismo", en Guamán, Aragoneses, Martín (eds.) (2019), pp. 121-36.
- Arendt, H. (1974), *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus.
- Arrigo, G., Vardaro, G. (a cura di) (1982), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma, Ed. Lavoro.
- Babiano, J. et. al. (2018), *Verdugos impunes. El franquismo y la violación sistémica de los derechos humanos*, Barcelona, Pasado & Presente.
- Benjamin, W. (1921), "Hacia una crítica de la violencia", en Id., *Obras*, lib. II, vol. 1, Abada, Madrid, 2010.
- Id. (1938), "El país en que no se puede nombrar al proletariado", en Id., *Obras*, lib. II, vol. 2, Abada, Madrid, 2009.
- Blom, Ph. (2016), *La fractura. Vida y cultura en Occidente*, Barcelona, Anagrama.
- Broszat, M. (1989), *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*, München, DTV.
- Calamandrei, P. (1974), "La funzione parlamentare sotto il fascismo", en Alberto Aquarone, Maurizio Vernassa (a cura di), *Il regime fascista*, Bologna, Il Mulino.
- Id. (2014), *Il fascismo come regime della menzogna*, Roma, Laterza.
- Camus, A. (1944), "El tiempo del desprecio", en Id., *Crónicas (1944-1953)*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 19-20.
- Cassese, S. (2010), *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino.
- Cavallo, R. (2019), "L'immaginario giuridico nazista", *Quaderni Fiorentini*, 48 (2019), pp. 685-706.
- Chapoutot, J. (2012), *Le nazisme et l'Antiquité*, Paris, PUF.
- Costa, P. (1986), *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè.
- Id. (1999), "Lo 'Stato totalitario': un campo semántico nella giuspubblicistica del fascismo", *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), pp. 61-174.
- Id. (2001a), *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3: *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza.

- Id. (2001b), *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4: L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Id. (2021), "Democracia y totalitarismo en la Europa de entreguerras: una introducción", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragonese (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 17-35.
- Cuello Calón, E. (1934), *El derecho penal de las dictaduras*, Barcelona, Bosch.
- Dormagen, J.-Y. (2008), *Logiques du fascisme. L'état totalitaire en Italie*, Paris, Fayard.
- Esteve Pardo, J. (2019), *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons.
- Evans, R. J. (2017), *El Tercer Reich en el poder*, Barcelona, Península.
- Id. (2018), *La llegada del Tercer Reich*, Barcelona, Península.
- Faye, E. (2018), *Heidegger: la introducción del nazismo en la filosofía*, Madrid, Akal.
- Fernández-Crehuet, F. (2017), *Hegel bajo la esvástica: la filosofía del derecho de Karl Larenz y Julius Binder*, Granada, Comares.
- Ferré Olivé, J. C. (dir.) (2016), *El derecho penal de la posguerra*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Forsthoff, E. (1933), *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt.
- Fraenkel, E. (1941), *Il doppio Stato*, Torino, Einaudi, 1986.
- Frank, H. (1936), "On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State", en *The Third Reich sourcebook*, eds. Anson Rabinbach, Sander Gilman, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2013, § 31.
- Friedländer, S. (2009), *El Tercer Reich y los judíos*, vol. 1: *Los años de la persecución (1933-1939)*, Barcelona, Galaxia Gutenberg.
- Fromm, E. (1974), *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós.
- Gagliardi, A. (2010), *Il corporativismo fascista*, Roma, Laterza.
- Gallego, F. (2014), *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, Crítica.
- García Salgado, M^a J. (2011), *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada, Comares.
- García Valdecasas, A. (1942), "Los Estados totalitarios y el Estado español", en Nicolás Sesma Landrin (ed.), *Antología de la Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 215-237.
- Garfinkel, P. (2017), *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press.

- Gentile, E. (1990), "El fascismo como religión política", en Id., *Fascismo. Historia e interpretación*, Madrid, Alianza, 2004, pp. 219-245.
- Id. (1995), "El fascismo. Un perfil histórico", en *Ibíd.*, pp. 23-50.
- Id. (2002), "El fascismo. Una definición orientativa", en *Ibíd.*, pp. 71-89.
- González Calleja, E. (2012), *En nombre de la autoridad. La defensa del orden público durante la Segunda República española*, Granada, Comares.
- Griffin, R. (2010), *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*, Madrid, Akal.
- Gruchmann, L. (2009), *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, Berlin, De Gruyter, 3. Aufl.
- Guamán, A., Pérez Rey, J. (2019), "Derecho del trabajo del enemigo: aproximaciones histórico-comparadas al discurso laboral neofascista", en Guamán, Aragoneses, Martín (2019), pp. 137-170.
- Guamán, A., Aragoneses, A., Martín, S. (eds.) (2019), *Neofascismo: la bestia neoliberal*, Madrid, Siglo XXI.
- Haffner, S. (2017), *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933*, Barcelona, Destino.
- Hedemann, J. W. (1938), *Bürgerliches Recht im Dritten Reich*, Berlin, Deutscher Rechtsverlag.
- Id. (1941), *Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht*, München und Berlin, C. H. Beck.
- Heller, H. (1928), "Democracia política y homogeneidad social", en Id., *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 257-268.
- Id. (1929), "Europa y el fascismo", en *Ibíd.*, pp. 19-132.
- Id. (1930), "Estado de derecho o dictadura", en *Ibíd.*, pp. 283-301.
- Hierro, J. L. del (2018), *Democracia frustrada. Un estudio comparado de la República de Weimar y la Segunda República Española*, Madrid, Ed. De la Torre.
- Ingrao, Ch. (2017), *Creer y destruir. Los intelectuales en la máquina de guerra de las SS*, Barcelona, Acantilado.
- Kahn-Freund, O. (1931), "L'ideale sociale della Corte del lavoro del Reich", en Gianni Arri-go, Gaetano Vardaro (a cura di) (1982), pp.
- Id. (1932), "Il mutamento della funzione del diritto del lavoro", en *Ibíd.*, pp.
- Keiser, Th. (2005), *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo*, Frankfurt a. M., Mohr Siebeck.
- Keppeler, L. M. (2014), *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, Tübingen, Mohr.

- King, D., Le Galès, P. (2017), *Reconfiguring European States in Crisis*, Oxford University Press.
- Kirchheimer, O. (1935), "Staatsgefüge und Recht des Dritten Reich", en Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* (Hrsg. V. W. Luthardt), Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987, pp. 152-185.
- Id. (1940), "Criminal Law in National Socialist Germany", en W. E. Scheuerman (ed.), *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, Berkeley Los Angeles London, University of California Press, 1996, pp. 172-191.
- Id. (1941a), "The Dual State. By Ernst Fraenkel", *Political Science Quarterly*, LVI, pp. 434-436.
- Id. (1941b), "The Legal Order of National Socialism", en Id., *Politics, Law, and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer* (Frederic S. Burin, Kurt L. Shell, eds.), New York and London, Columbia University Press, 1969, pp. 88-109.
- Klemperer, V. (2004), *LTI La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Minúscula.
- Kraus, K. (1933), *La tercera noche de Walpurgis*, Barcelona, Icaria, 1977.
- Krieger, H. (1936), *Das Rassenrecht in den Vereinigten Staaten*, Berlin, Junker und Dünhaupt.
- Laval, Ch., Dardot, P. (2017), *La pesadilla que no acaba nunca. El neoliberalismo contra la democracia*, Barcelona, Gedisa.
- Lavis, S. (2019), "Nazi Law as Non-law in Academic Discourse", en Skinner (2019), 59-76.
- Legaz Lacambra, L. (1934), *El Estado de Derecho en la actualidad (una aportación a la teoría de la juridicidad)*, Madrid, Reus.
- Id. (1940), *Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista*, Barcelona, Bosch.
- Lederer, E. (1938), "Ende der Klasesgesellschaft? Zur Analyse des Franchismus", en Id., *Kapitalismus, Klassenstruktur und Probleme der Demokratie in Deutschland 1910-1940. Ausgewählte Aufsätze*, Hrsg. Jürgen Köcka, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 239-52.
- Leibholz, G. (1929), *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin, De Gruyter.
- Liermann, H. (1927), *Das deutsche Volk als Rechtsbegriff im Reichsstaatsrecht der Gegenwart*, Berlin, Dümmlers.
- Loewenstein, K. (1936), "Law in the Third Reich", *Yale Law Journal*, vol. 45, pp. 779-815.
- Machado, A. (1937), "Antonio Machado en Valencia. El insigne poeta español dice:", entrevista recogida en Monique Alonso, *Antonio Machado. Poeta en el exilio*, Barcelona, Anthropos, 1985, 258-60.

- Mann, Th. (1937), "España", en Jean-Pierre Barou, *La Guerra de España: reconciliar a los vivos y los muertos*, Madrid, Arpa, 2021, pp. 217-221.
- Marcuse, H. (1934), "Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung" (1934), en Id., *Shriften*, III: *Aufsätze aus der Zeitschrift für Sozialforschung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1979.
- Martín, S. (2009a), "Génesis y estructura del 'nuevo' Estado", en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, pp. 79-135.
- Id. (2009b), "Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea", *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), pp. 861-951.
- Id. (2011), "Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945) (II)", *Historia constitucional*, 12, pp. 161-201.
- Id. (2012), "El orden jurídico europeo, 1918-1945", en Marta Lorente, Jesús Vallejo (coords.), *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 527-72.
- Id. (2014a), "Los juristas en los orígenes de la dictadura (1937-1943)", en F. Fernández-Crehuet, S. Martín (eds.), *Los juristas y el 'régimen'*, Granada, Comares, 2014, pp. 11-132.
- Id. (2014b), *La Gran Regresión: reformas estructurales y sociedad neoliberal*, ponencia presentada en el VII Seminario Jurídico Interdisciplinar 'Globalización y Derecho' (Universidad Carlos III, junio 2014)
- Id. (2015), "Los juristas en la génesis del franquismo. ¿Un contraste posible?", en I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, Roma-Tre Press, pp. 389-422.
- Id. (2017a), *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares.
- Id. (2017b), "Del Fuero del Trabajo al Estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho", *Quaderni Fiorentini*, 46, pp. 335-384.
- Id. (2018), "Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 182, pp. 99-128.
- Id. (2019a), "Die Terrorismusbekämpfung in der spanischen Geschichte oder die strafrechtliche Repression von Anarchisten, Kommunisten und Separatisten (1894-1975)", en Anneke Petzsche, Martin Heger, Gabriele Metzger (Hrsg.), *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019, pp. 109-140.
- Id. (2019b), "Modelos de derecho sindical y del trabajo entre la dictadura de Primo de Rivera y el primer franquismo (1926-1944)", en I. Stolzi (a cura di), *Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazia nell'Europa mediterránea e latina del XX secolo*, Milano, Giuffrè, pp. 123-162.

- Id. (2020), "Enemigos de la República, 1931-1933", *Anuario de Historia del derecho español*, XXXI, pp. 445-514.
- Id. (2021), "Iluminaciones sobre Weimar. Acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 611-742.
- Meierhenrich, J. (2018), *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press.
- Möller, H. (2015), *La República de Weimar. Una democracia inacabada*, Madrid, Antonio Machado.
- Mosse, G. (1990), *Fallen soldiers: reshaping the memory of the World Wars*, Oxford University Press.
- Neumann, F. (1929), "Il significato político e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro", Gianni Arrigo, Gaetano Vardaro (a cura di) (1982), pp.
- Id. (1942), *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México, FCE, 1983.
- Pasamar Alzuria, G. (1991), *Historiografía e ideología en la postguerra española: la ruptura de la tradición liberal*, Universidad de Zaragoza.
- Paxton, R. O. (2019), *Anatomía del fascismo*, Madrid, Capitán Swing.
- Peña Freire, A. (2018), *Legalidad y orden jurídico: el debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Barcelona, Atelier.
- Pérez González, B. (1942), "El método jurídico", *Revista de Derecho privado*, XXVI, pp. 1-23.
- Pérez Trujillano, R. (2019), *Dimensión político-social de la justicia penal en la Segunda República española (1931-1936)*, Sevilla.
- Perrin, F. (2012), *L'intérêt general et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (xviiie-xixe siècles)*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne.
- Pifferi, M. (2021), "Crisis del liberalismo penal y auge del derecho penal autoritario. La cultura penalística de entreguerras", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 393-451.
- Polanyi, K. (1933), "Las premisas espirituales del fascismo", en Id., *La naturaleza del fascismo*, Barcelona, Virus, 2020, pp. 25-31.
- Id. (1934a), "Othmar Spann, el filósofo del fascismo" y "La utopía fascista de Spann", en *Ibíd.*, pp. 53-66.

- Id. (1934b), "El fascismo y la terminología fascista", en *Ibíd.*, pp. 67-72.
- Id. (s. f.), "La esencia del fascismo", en *Ibíd.*, pp. 99-138.
- Id. (s. f.), "Fascismo y cristianismo", en *Ibíd.*, pp. 139-142.
- Polgar, A. (2005), "Curalotodo", en *Id.*, *La vida en minúscula*, Barcelona, Acantilado, pp. 136-138.
- Portilla Contreras, G. (2009), *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares.
- Raphael, L. (2008), *Ley y orden: dominación mediante la administración en el siglo XIX*, Madrid, Siglo XXI.
- Reich, W. (1933). *La psicología de masas del fascismo* (1933), México D. F., Roca, 1973.
- Ríos, F. de los (1926), "Las leyes superfascistas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXV, 148, pp. 7-10.
- Rüthers, B. (2016), *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons.
- Salvatore Torrisi, J. C. (2016), *Il tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna University Press.
- Sinzheimer, H., Fraenkel, E. (1968), *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Hrsg. Thilo Ramm, Berlin, Luchterhand.
- Schmitt, C. (1921), *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1999.
- Id. (1924), "La dictadura del Reichpräsident según el art. 48 de la Constitución de Weimar" (1924), en *Id.*, *Ensayos sobre la dictadura, 1916-1932*, Madrid, Tecnos, 2013.
- Id. (1930), "Staatsethik und pluralistischer Staat", en *Id.*, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*, Berlin, Duncker&Humblot, 1988.
- Id. (1934), "Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica", en *Id.*, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- Scurati, A. (2020), *M., el hijo del siglo*, Madrid, Alfaguara.
- Skinner, S. (2019), *ideology and Criminal Law. Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, Oxford, Hart.
- Stolleis, M. (1974), *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, Schweitzer.
- Id. (1998), *The Law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany*, University of Chicago Press.

Tébar Rubio-Manzanares, I. (2017), *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Universitat D'Alacant.

Tuori, K. (2020), *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge University Press.

Vormbaum, Th. (2018), *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Weiss, V. (2017), *Die autoritäre Revolte: Die Neue Rechte und der Untergang des Abendlandes*, Klett-Cotta.

Ziegler, H. O. (1931), *Die moderne Nation*, Tübingen, Mohr.

Zweig. S. (2002), *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado.

Data de Recebimento: 22/04/2021

Data de Aprovação: 04/05/2021