

Fraenkel, Ernst. *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*. Madrid: Trotta, 2022, 312 páginas.

Fraenkel, Ernst. The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship. Madrid, Trotta, 2022, 312 pages.

Bruno Vendramin*

UNC/UBA

Argentina

Fecha de recepción: 16-04-2022

Fecha de aceptación: 07-11-2022

En ningún otro siglo de la historia como el siglo XX el poder del Estado alcanzó tanta intensificación y concentración. En un tiempo marcado por la violencia, las guerras mundiales y los enfrentamientos civiles, el colonialismo, los autoritarismos y el exterminio de millones de personas, el siglo XX conoció la explosión del poder en el vértice del Estado (Portinaro, 2022). Esto tuvo lugar en movimientos políticos donde se glorificó el Estado como el fascismo o el nazismo, o en aquellos en que se anunció el fin del Estado como el comunismo soviético. Al mismo tiempo, este proceso modificó radicalmente el léxico político y no dejó indemne a la teoría del Estado. En este contexto, uno de los esfuerzos más lúcidos por comprender el ejercicio del poder estatal lo realizó el jurista alemán Ernst Fraenkel (1898-1975) en su libro *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*.

Antes de ingresar en los argumentos del libro, las circunstancias de publicación merecen un comentario. La primera edición de *El Estado dual* se publicó en 1941¹ en Estados Unidos cuando Fraenkel era profesor de la Universidad de Chicago, una vez emigrado de la Alemania nazi debido a su condición judía y militante activo de la socialdemocracia (SPD). En sus palabras, “el libro es un producto de la emigración [...] surgió en una atmósfera de terror y ausencia de derecho” (p. 31). El texto nació principalmente de las experiencias de Fraenkel como abogado del sindicato del metal en Berlín entre 1933 y 1938 –año en que el régimen

* Correo electrónico de contacto: brunovendraminn@gmail.com

¹ Cabe agregar que *El Estado dual* no había sido traducido previamente al castellano, a diferencia del alemán – cuando Fraenkel retornó a Alemania en la década del 70– y el italiano, traducido por Pier Paolo Portinaro y prologado por Norberto Bobbio en 1983.

nazi le revocó la licencia para ejercer la abogacía— asociado al jurista de la Escuela de Frankfurt Franz Neumann, quien en 1942 publicó un libro decisivo para el estudio del nazismo: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*. En este libro, Neumann escribió que, pese a “no estar de acuerdo con el análisis teórico de Fraenkel”, su libro constituía un “estudio excelente y detallado del sistema legal nacionalsocialista” (Neumann, 1983, p. 574).

Dicho esto, la tesis principal del libro de Fraenkel es la de que el ordenamiento nacionalsocialista estaba estructurado en una doble red de organización del poder jurídico-político: un Estado de medidas (*Massnahmenstaat*) y un Estado de normas (*Normenstaat*). De esta coexistencia de formas estatales surge el singular título de la obra y la propuesta analítica de Fraenkel, esto es, entender al Estado nazi como doble o dual. Una especie de D. Jekyll y Mr. Hyde estatal (Campderrich Bravo, 2007). En primer lugar, Fraenkel concibió al Estado de medidas como “el sistema político de arbitrariedad y violencia ilimitadas cuya actuación no se ve restringida por ninguna clase de garantías jurídicas” (p. 41). En segundo lugar, el Estado de normas refería a “un sistema de gobierno que está dotado de amplios poderes para el mantenimiento del orden jurídico, expresados en leyes, resoluciones y actos administrativos del Ejecutivo” (p. 41).

Ahora bien, es importante precisar que el Estado de medidas y el Estado de normas no funcionaban como compartimentos estancos y sin relaciones. Al contrario, para Fraenkel ambos Estados coexistían y se complementaban estrechamente. Al fin y al cabo, componían las dos caras del Estado dual nazi: “el poder estatal se encuentra organizado en una única estructura organizativa, aunque, funcionalmente, su acción se canalice por distintas vías o métodos” (p. 230). Para ejemplificar esto, téngase en cuenta que los tribunales ordinarios — órganos integrantes del Estado de normas— avalaban permanentemente las medidas arbitrarias ejecutadas por instancias como la Gestapo. Por lo tanto, los dos tipos de Estados se yuxtaponían para formar un todo interdependiente.

La teoría jurídica que le sirvió de soporte al Estado dual era, según Fraenkel, la postulación de un “derecho comunitario” y el rechazo absoluto de la tradición del derecho natural con sus características de universalidad, racionalidad e inviolabilidad. El nazismo creía que la fuente del derecho era la comunidad del pueblo y sus necesidades vitales (pp. 208-209), aunque también la voluntad del *Führer* jugaba un papel destacado, ya que él era quien interpretaba las necesidades del pueblo alemán (por esta razón la palabra del *Führer*

constituía auténtico derecho). Siguiendo a Fraenkel, el derecho comunitario nazi tenía las siguientes características: a) su legitimidad provenía de factores extrajurídicos como la raza, la sangre, la biología; b) no era universal, pues su ámbito de validez estaba limitado a la comunidad de arios; c) rechazaba la razón expresada en la ley y enaltecía los instintos vitales de la comunidad; d) todo elemento de “desintegración” de la comunidad debía ser excluido, por lo tanto era un derecho de lucha contra los que eran considerados enemigos; e) el derecho carecía de todo valor si no servía a las necesidades del pueblo alemán.

Ahora es momento de ingresar en el análisis específico del Estado de medidas y el Estado de normas. Para Fraenkel la plataforma del Estado de medidas era el estado de excepción. Concretamente, cuando fue declarado por el entonces presidente Von Hindenburg –bajo presión de Hitler– en el *Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado* el 28 de febrero de 1933. A este Decreto, dictado en el marco del artículo 48 de la Constitución de Weimar, Fraenkel (p. 63) lo calificó como la auténtica “Constitución del Tercer Reich”, debido a que constituyó el instrumento fundamental del régimen nazi y fue utilizado para regular todo tipo de relaciones entre el Estado, el Partido, los funcionarios públicos, la policía y la sociedad. El Decreto dispuso el estado de excepción civil en todo el territorio alemán, suspendió derechos fundamentales, habilitó al gobierno del *Reich* a realizar allanamientos sin orden judicial y dio lugar a la custodia protectora (*Schutzhaft*): el arresto indiscriminado de opositores políticos y el posterior ingreso en los campos de concentración. El Decreto no fue revocado hasta 1945. Por esto, se ha afirmado que el Tercer *Reich* “puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años” (Agamben, 2014, p.27).

Al mismo tiempo, Fraenkel relacionó estrechamente el estado de excepción nazi con la noción de “dictadura soberana”, siguiendo los análisis de Carl Schmitt expuestos en *La Dictadura* (1921). El jurista de Plettenberg es un autor que está por todas partes en *El Estado dual*. De hecho, es calificado como “el más fino teórico del Estado de la Alemania de posguerra” (p. 204). A lo largo del libro Fraenkel lo criticó fuertemente por su compromiso con el régimen nazi y por la legitimación teórica que le proveyó entre 1933 y 1936. Sin embargo, hizo suya la crucial distinción propuesta por Schmitt para acercarse al problema de la dictadura: comisarial y soberana (Schmitt, 2013, pp. 59-68). Si la primera tiene como objetivo proteger el orden constitucional vigente, la segunda aspira a fundar un ordenamiento

jurídico desde cero y crear un nuevo derecho. En el caso del nacionalsocialismo, Fraenkel sostuvo que la dictadura soberana giraba en torno a la Guía (*Führung*) suprema de Hitler, especialmente tras la aprobación de la *Ley de Plenos Poderes* de 24 de marzo de 1933, que le otorgó la facultad de dictar leyes sin pasar por el parlamento. El nazismo erigió “una dictadura permanente y anticonstitucional que ahora se proponía establecer un Estado nacionalsocialista con pretensiones de soberanía ilimitadas” (pp. 64-65).

Así, según Fraenkel el Estado de medidas era la encarnación directa de la dictadura soberana, pues implicaba la abolición de todos los límites constitucionales, la división de poderes, los derechos individuales y todas las barreras legales (administrativas, penales, civiles, comerciales, laborales). Los funcionarios y órganos del Estado nazi actuaban sin estar vinculados a normas jurídicas. Dicho de otra manera: no había ninguna estructura jurídica objetiva que los obligase. En vez de normas regulares, estables y generales dominaban las decisiones, las órdenes y, sobre todo, las medidas. Entre las medidas más usuales practicadas por los nazis pueden citarse el internamiento de adversarios políticos en campos de concentración; la confiscación de bienes; la expulsión del país de los ciudadanos pertenecientes a colectivos considerados “indeseables” (judíos, gitanos, testigos de Jehová); allanamientos sin órdenes judiciales; la disolución de organizaciones sociales, políticas y religiosas; la inhabilitación para ejercer determinadas actividades; todo tipo de decisiones coercitivas contra los judíos; despidos laborales motivados en razones políticas; etc. Estas medidas podían ser ejecutadas de manera indistinta por funcionarios públicos o dirigentes del Partido, ya que en el Estado nazi no había “una regla general, y menos estable, que fije el reparto de competencias entre Estado y Partido” (p. 67).

En simultáneo y mostrando su conocimiento de primera mano del sistema jurídico nazi debido a su profesión, Fraenkel identificó la justificación de las medidas por parte de las instancias judiciales en un largo catálogo de sentencias. El artilugio principal que esgrimían los tribunales para no controlar ni enjuiciar a los funcionarios del régimen, el Partido y a la policía –en especial la Gestapo, “el más poderoso instrumento del Estado de Medidas” (p. 135)– era la calificación de las medidas como políticas. Es decir, al dotarlas de naturaleza política no resultaban susceptibles de ser controladas por los órganos jurisdiccionales. La catalogación de actividades, ideas y conductas como políticas determinaba que quedaban a merced del Estado de medidas y, por lo tanto, excluidas del derecho del Estado de normas (pp. 110-111). El punto

decisivo radicaba en que para el nazismo toda la vida social podía ser calificada como política. Por ejemplo, de aquí se explica el uso abusivo que el nazismo hizo del delito de traición: cualquier acto sospechoso podía entenderse como traición política a la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) y ponía en peligro la existencia del Estado. El derecho –y el derecho penal fue un caso paradigmático– era considerado como un instrumento para la realización de la comunidad popular (Zaffaroni, 2017, pp. 78-81). Por lo tanto, para Fraenkel en el Estado de medidas todas las normas, garantías y derechos individuales quedaban en suspenso o podían ser anulados en virtud de objetivos políticos que, en última instancia, se traducían en medidas. Y cuando existía un conflicto entre el derecho del Estado de normas y los objetivos políticos nazis predominaban éstos últimos.

En cuanto al Estado de normas, es importante señalar que, en primer lugar, este Estado actuaba sobre la base de normas heredadas de la historia jurídico-constitucional alemana, de la República de Weimar y del derecho creado por el nazismo. El Estado de normas presentaba un avanzado grado de desarrollo, burocratización y sistematización y, en principio, estaba sujeto a la actividad de control propia de los tribunales ordinarios. En este sentido, al régimen nazi le interesó mantener una fechada legal en la que recostarse y, al menos discursivamente, se presentó –sobre todo en los primeros años (1933-1938)– con ciertos aires de normalidad jurídica. La prueba de ello es que formalmente nunca derogó la Constitución de 1919, pese a que la haya violado sistemática e íntegramente.

En segundo lugar, el ámbito del Estado de normas estaba reservado exclusivamente a los ciudadanos de raza aria y a las “fuerzas constructivas del pueblo alemán” (p. 160). En líneas generales, este concepto comprendía a empresarios, militares y funcionarios del régimen, militantes del Partido y miembros de las agrupaciones nacionalsocialistas, la clase media alemana y las familias. Los que eran considerados enemigos de la comunidad popular como los judíos, los homosexuales, los gitanos o los comunistas estaban sometidos enteramente al Estado de medidas, pues no había garantías jurídicas ni tribunales que protejan sus derechos (o, cuando interponían reclamos, los tribunales interpretaban al derecho en clave nacionalsocialista). Así, todos los asuntos en los que estaban involucrados los enemigos de la nación quedaban afuera del Estado de normas.

En tercer lugar, Fraenkel atribuyó especial relevancia a la relación entre Estado de normas y economía. En el fondo, él consideraba que el nazismo era un producto del desarrollo

histórico del capitalismo en Alemania². Pese a que aseguró "no ser ningún especialista en economía política" (p. 251), sostuvo que el Estado nazi se constituyó como el auténtico protector del capitalismo alemán. Lejos de pretender ser "socialista" y sin negar los controles burocráticos existentes –sobre todo en una economía que se preparaba para la guerra–, una de las principales tareas del Estado nazi fue la de proteger el orden económico capitalista. El Estado de normas debía preservarlo con sus estructuras burocráticas, leyes, decretos, sentencias, funcionarios y jueces: el "Estado de normas actúa como el marco jurídico de la propiedad privada" (p. 266). Según el jurista nacido en Colonia, el nacionalsocialismo mantuvo intacto los principios de "la libertad de empresa, el cumplimiento de los contratos, la propiedad privada [...] el derecho de los bienes inmateriales como las patentes y las marcas, la protección jurídica frente a intereses usurarios, la cesión fiduciaria, etc." (p. 144). Salvo la exclusión de los judíos en la economía, para Fraenkel el nazismo no modificó sustancialmente las reglas de la economía capitalista ni cuestionó seriamente la propiedad privada. De hecho, alentó la formación de monopolios, *trusts* y oligopolios sobre todo en rubros como el carbón, el hierro, el acero y la industria armamentista. Pero esto no es todo: el nazismo también favoreció a los empresarios en desmedro de los trabajadores, ya que impidió las reivindicaciones salariales y aniquiló las luchas de la clase obrera, acusadas de ser impulsadas por el marxismo. En suma, el Estado de normas era el verdadero garante del capitalismo alemán. Con esta tesis Fraenkel mostró la filiación de izquierda de su planteo, influido por la lectura de Marx.

Expuesta la radiografía del libro, es evidente que los análisis de Fraenkel se concentraron específicamente en el Estado nazi. No obstante, debe decirse que no se limitan a él porque permiten esclarecer el ejercicio del poder estatal en otros ámbitos que el del régimen nazi. Por ejemplo, bien podría calificarse a Estados como Estados Unidos de dobles o duales. Alan Wolfe (1997) sostuvo que el Estado norteamericano estaba compuesto por dos caras. La primera se situaba al interior de la sociedad estadounidense y en principio era democrática, constitucional y pluralista. Por el contrario, la segunda correspondía a la política exterior y se definía por un imperialismo agresivo e intervencionista que no se ajustaba al derecho internacional sino a consideraciones de seguridad y conservación del orden

² Sin embargo, Fraenkel no desplegó un análisis circunstanciado de las causas de este proceso, por lo que el libro resulta limitado al carecer de un estudio de la historia del capitalismo alemán con relación al nazismo.

capitalista, utilizando todo tipo de estrategias de tensión (apoyo a dictaduras como en Chile y Argentina en los 70, invasiones militares, propaganda ideológica, persecución a comunistas, etc.).

Además, la potencia analítica que contiene *El Estado dual* puede servir para interpretar múltiples situaciones, políticas y espacios del mundo actual en los cuales el derecho se suspende o neutraliza para dar lugar a formas propias del Estado de medidas. Es decir, ámbitos en los que desaparece el derecho con sus garantías y predomina la más pura arbitrariedad. El análisis de Fraenkel permite echar luz sobre lo que autores contemporáneos como Agamben (2017) han calificado de “espacios de excepción” o Bauman (2008) de “archipiélagos de excepciones”: espacios en los cuales prevalece la violencia ilimitada y donde, justamente, el derecho con sus garantías no tiene fuerza ni aplicación alguna.

En este sentido, vemos que el Estado de medidas en la actualidad se practica en los campos de internamiento de inmigrantes y en la proliferación de muros por todo el mundo; en la denominada “guerra contra el terror” y la legitimación de la tortura; en operaciones militares de defensa preventiva; en poblaciones, lugares y prisiones de Latinoamérica donde muchas veces las fuerzas de seguridad actúan sin ajustarse a preceptos jurídicos garantistas; en la represión de la protesta social practicada en los países del sur de Europa en el contexto de la última crisis financiera o en Chile en 2019 y en Colombia en 2021, acompañada de la declaración de estados de excepción; en Estados donde se reprime a sujetos considerados “peligrosos” como refugiados e inmigrantes, musulmanes y activistas políticos, practicándose un derecho penal y policial del enemigo (Zaffaroni, 2009). En estos espacios las estructuras estatales se guían no por principios garantistas sino por criterios de oportunidad, eficacia y conveniencia política.

En conclusión, *El Estado dual* constituye una referencia insoslayable en la literatura sobre la dictadura y el estado de excepción, pero también de la teoría jurídico-política, pues como afirmó Bobbio (1983) representa “una notable contribución a la teoría del Estado moderno.” Al tiempo que dejó al descubierto la destrucción –sin precedentes en la historia– del Estado de Derecho operada por el nazismo, su libro contiene valiosas herramientas para reflexionar críticamente sobre el ejercicio del poder estatal a lo largo del siglo XX y en la actualidad.

Referencias bibliográficas

- Agamben, Giorgio (2014). *Estado de excepción. Homo sacer, II, 1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Agamben, Giorgio (2017). *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Bauman, Zygmunt (2008). *Archipiélago de excepciones*. Buenos Aires: Katz.
- Bobbio, Norberto (1983). Introducción. En Fraenkel, E. *Il doppio Stato*. Torino: Einaudi.
- Campderrich Bravo, Ramón (2007). Soberanía, Estado dual y excepcionalidad: De Carl Schmitt a los Estados Unidos del Siglo XXI. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2260152>.
- Fraenkel, Ernst (2022). *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*. Madrid: Trotta.
- Portinaro, Pier Paolo (2022). Disonancias sobre el poder. ¿Reconstrucción o disolución de un concepto? *Perspectivas. Revista de Ciencias Sociales*, (12), 37-54.
- Neumann, Franz (1983). *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, Carl (2013). *Ensayos sobre la Dictadura (1916-1932)*. Madrid: Tecnos.
- Wolfe, Alan (1997). *Los límites de la legitimidad. Las contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2017). *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.