

Análisis y crítica

**Josu de Miguel Bárcena
Javier Tajadura Tejada**

Kelsen *versus* Schmitt

**Política y derecho
en la crisis del constitucionalismo**

**Guillermo
Escolar**
E D I T O R

2ª edición, 2019

1ª edición, 2018

© Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada

© Escolar y Mayo Editores S.L.

Avda. Ntra. Sra. de Fátima 38, 5ºB

28047 Madrid

info@guillermoescolareditor.com

www.guillermoescolareditor.com

Diseño de cubierta: Javier Suárez

Maquetación: Equipo de Guillermo Escolar Editor

ISBN: 978-84-17134-91-4

Depósito legal: M-29172-2019

Impreso en España / Printed in Spain

Kadmos

P.I. El Tormes - Río Ubierna 12-14

37003 Salamanca

Reservados todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

Este libro está dedicado a todos aquellos
que han defendido el orden constitucional
en la historia de España

INTRODUCCIÓN¹

El libro que tiene entre sus manos nació de la invitación a un seminario del Grupo de Historia Intelectual de la Política Moderna que dirige Javier Fernández Sebastián en la Universidad del País Vasco, celebrado en mayo de 2017. Ambos nos encargamos de presentar las posiciones de Kelsen y de Schmitt con respecto a temas clave como la Constitución, el Estado, la democracia, los derechos fundamentales o la justicia constitucional. Ciertamente, lo que comenzó como un mero recopilatorio de ideas que veníamos utilizando en nuestra docencia o producción científica, se convirtió pronto en una tarea apasionante que necesariamente tenía que ir más allá de la celebración del evento en cuestión. El éxito del debate posterior a nuestras intervenciones y el gran interés mostrado por colegas y amigos nos hizo pensar que quizá merecería la pena poner por escrito los frutos del intenso trabajo realizado los meses previos. La generosidad de Guillermo Escolar, al ofrecerse para editar y publicar el proyecto que le propusimos, hizo el resto.

Algo más de un año después, el libro está acabado y el lector lo tiene entre las manos. Y lo primero que tienen que hacer los autores es justificar su utilidad. Ciertamente, yendo más allá de la anécdota, resulta claro que una nueva publicación sobre Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos gigantes del derecho público del siglo xx, siempre tiene interés desde un punto de vista puramente heurístico. Ahora bien, no es menos cierto que en las últimas décadas los estudios, sobre todo en torno a la polémica figura del segundo, no han hecho más que crecer, por lo

¹ Este trabajo se inscribe en las tareas del Proyecto de Investigación HAR2017-84032-P (Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España - Agencia Estatal de Investigación / FEDER, Unión Europea), del Grupo IT615-13 (Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco) y del Proyecto de Investigación DER2015-70414-P (Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España).

que quizá debamos esgrimir algún argumento más sólido para demostrar el provecho que pueda tener la presente obra.

Para empezar, resulta evidente que hay un cierto resurgimiento de la historia constitucional y de la Teoría del Estado y de la Constitución, como consecuencia del turbulento tiempo que nos ha tocado vivir. En ese sentido, hemos discutido largo y tendido sobre si estamos en un momento de decadencia o de crisis. La decadencia, según apuntó el propio Maquiavelo, fijándose en el devenir de Roma, supone una devaluación progresiva del sentido originario de los conceptos e instituciones que sostienen a una forma de poder determinada. Normalmente, este tipo de procesos suele expresarse a través de movimientos culturales nostálgicos y pesimistas, aunque casi siempre se abre la posibilidad de renovar la ciudad política, teniendo en cuenta la fórmula *ridurre ai principi* acuñada por el filósofo florentino (Lilla, 2017). Teniendo en cuenta estas premisas, el Estado constitucional construido durante el siglo xx, anclado en la idea de democracia representativa y en el valor de la igual libertad de todos, todavía tendría la oportunidad de superar sus actuales problemas y volver a convertirse en un sistema adecuado a las necesidades de los ciudadanos.

Sin embargo, también resulta atractivo y quizá acertado describir nuestro tiempo histórico como tiempo de crisis. De hecho, la crisis es la palabra más utilizada desde que en 2008 la explosión financiera y sus devastadores efectos en la economía y la sociedad, se transformara en malestar colectivo e insatisfacción hacia la democracia constitucional. Si hoy cualquiera de nosotros se acercara a una librería especializada descubriría un sinfín de trabajos destinados a reinventar la democracia y las organizaciones políticas de acuerdo a criterios que basculan entre lo exótico y la racionalidad: desde el sorteo, a la epistemología, pasando por una presidencialización destinada a acabar con los problemas de legitimidad (Rosanvallon, 2016). Todo ello denota en muchos casos una lógica explicativa que se aferra a la noción de crisis, entendida ya no como etapa de consolidación de un modo de producción (Marx), sino como situación histórica en la que se enfrentan principios incompatibles (Koselleck, 2007).

¿Vivimos hoy una época de decadencia o de crisis? Resulta quizá demasiado prematuro realizar un juicio definitivo. La generalización

del canon del populismo parece implicar la aparición de un movimiento ideológico de masas que, guiado por la fuerza de lo emocional, denuesta los dos elementos basilares que dan sentido a la democracia constitucional: el pluralismo y los órganos contramayoritarios (Corso, 2014). La pretensión de eliminar del modelo democrático consolidado después de la II Guerra Mundial al liberalismo político y sus instituciones, al que se acusa de producir el desastre económico aparecido hace una década y la desvalorización del Estado social, muestra una lucha entre modelos que parecen resultar incompatibles a partir de los principios sobre los que se sostienen. Porque una democracia en la que la libertad política no pueda ser ejercida de acuerdo al pluralismo ideológico y en la cual la protección jurídica de las minorías no está garantizada, no es propiamente una democracia constitucional, sino un sistema autoritario encubierto.

Por supuesto, no todo es tan sencillo como lo expresado en el párrafo anterior. Si el Estado constitucional está en decadencia o en crisis, se debe a la proliferación de una serie de condiciones y circunstancias que no pueden ser soslayadas. Sobre esta cuestión hablaremos en el epílogo y allí nos remitimos. Ahora bien, el ambiente conflictivo que puede detectarse explica, en gran medida, el renovado interés por Weimar y el periodo de entreguerras, también desde un punto de vista jurídico. Este libro también tiene como objetivo, por tanto, describir el ambiente del periodo de entreguerras desde el conocimiento que nos es propio. Existe hoy una demanda de redescubrir la historia constitucional –con los peligros que ello conlleva– porque el comienzo del siglo XXI tiene una cierta analogía con el comienzo del siglo XX: al fin y al cabo, el periodo que va desde 1900 a 1914 se caracterizó por una serie de transformaciones técnicas, sociales y económicas muy similares a las que pueden detectarse en el cambio de milenio que nos ha tocado vivir. La importancia de la ciencia, la redefinición del arte, la emancipación de la mujer, los cambios en la comunicación de masas y la globalización económica propiciaron una sensación de velocidad y euforia, angustia y vértigo, que no pudo ser correctamente canalizada por los regímenes políticos de la época (Blom, 2010).

Nuestro interés por explicar el periodo de entreguerras y a dos de sus juristas más importantes, como son Kelsen y Schmitt, deriva preci-

samente de la necesidad de prevenir sobre la comisión de nuevos errores históricos, algo que solo puede hacerse superando el enfoque puramente cultural. No se entendió bien, nos parece, aquella afirmación de Azaña en la que decía que el Museo del Prado era más importante que la II República. Quizá el por aquel entonces Presidente quería advertir sobre la saturación de exégesis circunstanciales y la poca atención a los fallos relacionados con el modelo constitucional y las decisiones políticas que se tomaron en base a él. Así las cosas, volver a la Constitución de Weimar (o de Austria o de la II República en nuestro país) y a los que fueron sus más notables intérpretes, resulta un ejercicio necesario porque la confluencia del derecho público y los pensadores que lo inspiraron condujeron a un «momento constitucional» solo comparable con las experiencias revolucionarias norteamericana y francesa a finales del siglo XVII (García, 2010).

La Constitución de Weimar supuso así la primera Norma Fundamental donde se pretendió superar las insuficiencias del liberalismo económico, incorporando fórmulas democráticas y, sobre todo, reconociendo la necesidad de conformar estatalmente la sociedad. Por supuesto, el producto final fue un Estado poliédrico e inacabado, porque el pluralismo constituyente fue incapaz de superar las tendencias organicistas a la hora de conformar la relación entre la unidad y la diversidad jurídica, establecer una forma de gobierno que se decidiera por un sistema parlamentario o presidencial o concretar una carta de derechos fundamentales con cierta coherencia material (Jellinek, 2010). La mezcla del producto final hizo que la Constitución de Weimar, que ahora cumple 100 años, viviera en la sociedad más gracias a los juristas que a los propios ciudadanos. Como ha señalado Stolleis, fueron aquellos los que durante sus casi 14 años de existencia se dedicaron a realizar una tarea titánica de interpretación para intentar aplicar a la realidad un sistema constitucional con importantes deficiencias, que conformaba lo que Mortati denominó una «República sin republicanos» (Mortati, 2010). El resultado fue un conjunto de aproximaciones sobre el valor del parlamentarismo, la comprensión de la representación, el papel de los partidos políticos, el concepto de ley y la relación entre el Estado de Derecho y la democracia, que todavía hoy son patrimonio común del derecho y la Teoría del Estado (Stolleis, 2017).

Por lo tanto, las novedades y las carencias de la Constitución alemana de 1919 trajeron consigo una disputa metodológica de primer orden, que es lo que en buena medida vamos a tratar en el presente libro. El telón de fondo de la disputa, que es perfectamente extrapolable a nuestro tiempo, fue si bastaban las garantías jurídicas para que subsistiera el Estado democrático y si tales garantías podían ser impuestas en un ambiente de radical enfrentamiento político (Pérez Royo, 1986). En torno a esta cuestión fundamental y otras, se formaron científicamente tres grupos claramente diferenciados: uno positivista al que pertenecían Thoma, Anschütz y Nawiasky, otro que se aglutinaba bajo el rótulo *neohegeliano* de las ciencias del espíritu, en el que se encontraban personajes tan dispares como Schmitt, Heller y Smend y, finalmente, un tercero encabezado por Kelsen y su Escuela, que mantenía posiciones beligerantes con el positivismo decimonónico. No se puede establecer, por tanto, un paralelismo entre la disputa metodológica y política: Heller y Kelsen, que estaban políticamente unidos por la socialdemocracia, eran intelectualmente contrincantes (Fernández – Crehuet, 2017).

Al margen de debilidades personales, por ser los más representativos y por ser los autores que probablemente más influencia han tenido en la formación del derecho constitucional posterior a la II Guerra Mundial, nuestro libro se acercará al debate científico mantenido por Hans Kelsen y Carl Schmitt. Kelsen, creador de la Escuela de Viena, es un autor sobre el que los más jóvenes estudiosos han pasado, en gran medida, de largo. En España y otros países europeos –ya no digamos Estados Unidos– la imputación de formalismo jurídico y relativismo democrático impidió la reivindicación kelseniana del fundamento de instituciones esenciales para la formación del derecho constitucional contemporáneo. Las generaciones intermedias –las que en nuestro caso surgieron al albor de la Constitución de 1978– han tenido gran parte de responsabilidad en este olvido. Y, sin embargo, cuando en clase se explica la Constitución como norma jurídica, la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento, la justicia constitucional concentrada como modelo de defensa de la Norma Fundamental, el parlamentarismo como proceso basado en el compromiso político o la garantía de los derechos de la minoría como valor insoslayable de la

democracia, no hacemos otra cosa que reivindicar la obra del jurista vienés. En un reciente libro de gran interés, en el que se apuntan las principales aporías del pensamiento jurídico de Kelsen, Ferrajoli destaca que su apabullante aproximación pura al derecho permite que sea transferida al actual desafío de la constitucionalización del derecho supranacional (Ferrajoli, 2017).

En el caso de Schmitt, nuestro interés tiene que justificarse ante los lectores por una razón obvia: el jurista de Plettenberg fue un nazi, hasta 1936 apoyó y lisonjeó de forma vergonzosa el régimen liderado por Hitler. Bien es verdad que la mentalidad del *homo democraticus* en la década de 1930 era muy distinta a la actual y, sobre todo, que los precursores del sistema administrativo nacionalsocialista (Köllreutter, Nesse, Kruger o Hönh) eran, como ha señalado enfáticamente Michael Stolleis, asesinos de escritorio a cuya maldad ni siquiera podía acercarse Schmitt. Al igual que con Heidegger, sin perjuicio de su gran talento, originalidad, agudeza y estilo literario, hay que subrayar la peligrosidad de la mayor parte de sus tesis para el despliegue de la cultura constitucional del mundo occidental. Porque los elementos más comprometidos de la extensa obra de Schmitt, como por ejemplo la teoría de la dictadura, no deben ser repudiados solo a partir de su complicada biografía personal o perversa adscripción ideológica.

A diferencia de Kelsen, Schmitt ha sido una figura rehabilitada por parte no tanto del ámbito del derecho público, como de la filosofía política. El motivo es que sus categorías y conceptos están enfocados hacia el fenómeno de la crisis y lo irregular. Su demoledora crítica hacia el parlamentarismo, los partidos políticos, los excesos del capitalismo y el pluralismo liberal lo han convertido en un autor de referencia a derecha e izquierda, si nos permiten la simplificación. En muchos casos, el interés por Schmitt –quizá este sea el caso norteamericano– se cifra en la fascinación que produce su figura, muy próxima al del aventurero intelectual que asume el riesgo de mancharse con el poder. En otros, es verdad, pareciera que la actual situación que vivimos, cercana al confusiónismo, diletantismo e irresponsabilidad de las fuerzas políticas frente al manejo de las instituciones fundamentales, nos emparentaría en cierta forma con el mundo constitucional de Weimar: parlamento bloqueado, inestabilidad gubernamental, sucesión de elecciones, asin-

tonía entre la normatividad constitucional y la realidad subyacente y arriesgadas decisiones que bordean los parámetros constitucionales, cuando no los rebasan. Todo ello encuentra una gran resonancia en los libros clásicos de Schmitt, es verdad, pero es importante contextualizarlos históricamente, de lo contrario los menos avezados pueden tener la tentación de recuperar para el presente un planteamiento teórico de evidente naturaleza autoritaria.

Una vez abordada la actualidad de Kelsen y Schmitt, queda explicar qué formato adoptará la controversia entre los dos autores. En general, el enfoque del presente libro va más allá del planteamiento que la historia constitucional ha venido realizando sobre el tema: no se limita a abordar la clásica polémica sobre el defensor de la Constitución. Dicha polémica, como ha destacado Oliver Beaud, no se desarrolló como un diálogo entre Kelsen y Schmitt, sino como una verdadera controversia jurídica, una auténtica «disputatio», en la que lo esencial no era convencer al adversario mediante una serie de razonamientos lógicos, sino ante todo refutar sus argumentos (Beaud, 2007). Las siguientes páginas, sin embargo, adoptarán la forma de un diálogo soterrado en el que a lo largo de una vida académica, y en el periodo de entreguerras, se produce una conflagración intelectual entre dos gigantes alrededor de dos formas antagónicas de entender el derecho público.

En este sentido, nos hemos arriesgado al presentar los principales libros de Schmitt como contestación, unas veces directa, otras indirecta, de las tesis del principal exponente de la Escuela de Viena. Es probable que a ambos les hubiera disgustado tal hipótesis, sobre todo teniendo en cuenta la superioridad intelectual que sentía Schmitt frente al positivismo jurídico y sus más importantes representantes. Sin embargo, las referencias a Kelsen en las principales obras del jurista de Plettenberg, como en *El valor del Estado y el significado del individuo* (1914), *Teología Política* (1922) o la *Teoría de la Constitución* (1928), no dejan demasiado espacio para la duda: tenían como objetivo discutir de manera frontal las tesis de Kelsen que pusieron los cimientos para suscitar un replanteamiento en la teoría de la norma (1911), el concepto de soberanía (1920) o la relación entre el Estado y la Constitución (1925). El desarrollo cronológico de los diferentes escritos y del propio debate de fondo no puede ser, tampoco, pura casualidad.