

UN VIAJE POR EL LADO CLARO Y EL LADO OSCURO DEL DERECHO PÚBLICO¹

A journey through the bright and dark side of Public Law

JOSE ESTEVE PARDO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

1. CON LA MIRADA VUELTA HACIA EL PERIODO DE ENTREGUERRAS

En los últimos años se ha hecho frecuente ya el volver la mirada hacia el periodo de entreguerras en el continente europeo. Un periodo que se cierra traumáticamente con la Segunda Guerra Mundial y al que sigue una fase muy dilatada de progreso económico y estabilidad política que ahora se ve conmocionada, sobre todo en lo que son los conceptos y presupuestos del sistema político e institucional en el que todavía seguimos instalados, sin que la mayoría de la población europea tenga ya experiencia —por pura cuestión de edad— de fases o episodios de turbulencia política generalizada, ni de propuestas políticas alternativas a la democracia liberal, ni de debates académicos en los que se planteaba una crítica generalizada al orden de ideas, a la cosmovisión, precedente.

De todo ello, y mucho más, hubo en Europa en el periodo de entreguerras. Por eso se vuelve ahora la vista a él. Un momento que estuvo marcado tanto por la convulsión política y social como por la sugerente crítica y creatividad que se registra en el pensamiento filosófico, las ciencias empíricas, las artes plásticas, la literatura y también, destacadamente, en el estudio y debate sobre el derecho público y la política.

El libro de Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada nos conduce derechamente a esa fase de la historia europea en la que el debate entre los iuspublicistas alcanzó sin duda momentos culminantes, sobre todo si se repara

¹ Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada: *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Guillermo Escolar Editor, 2018, 302, págs.

en las aportaciones al mismo de los que aparecen como actores del relato: Hans Kelsen y Carl Schmitt, posiblemente los juristas y pensadores políticos más importantes del siglo xx. Un liderazgo que es del todo incuestionable si se les presenta como un tándem, pues lo que pudiera objetarse que falta en uno, abunda en el otro. El libro, conviene puntualizar, no se centra exclusivamente en el periodo de entreguerras, pues lo rebasa ampliamente la dilatada vida de los dos protagonistas cuyas trayectorias se siguen hasta el final. Pero aquel momento constituye sin duda el arranque de su actividad, el entorno en el que se producen sus principales aportaciones y el marco académico del debate que estas suscitaron, con intervención de otros juristas y pensadores de primera línea de los que también se da cumplida cuenta.

Centrado como está el libro en la vida y, sobre todo, en la obra de Schmitt y Kelsen, no tendría ningún sentido un estudio crítico, que tan amablemente me solicita la redacción de esta revista, en el que entrase en debate con estos gigantes en todos los frentes en los que se pronunciaron. Genuinos estudios críticos los hubo en su momento sobre todo en el periodo de entreguerras, en torno a varios de sus trabajos. Así, por ejemplo, es modélico el que realizara el profesor Richard Thoma al estudio de Carl Schmitt sobre el parlamentarismo que movió a éste a una segunda, y última, edición en la que contesta a las objeciones y observaciones de Thoma. Un comentario ceñido a una obra concreta, que puede polemizar sobre su planteamiento y tesis. Similar fue el caso de otro estudio crítico que tuvo como protagonistas a los dos autores estudiados en este libro: se trataba de un comentario crítico de Kelsen al estudio de Schmitt sobre *El guardián de la Constitución*². Otro tema y debate en torno a un libro desde tesis divergentes. Pero en modo alguno un comentario crítico puede abarcar la diversidad temática y la riqueza de tratamiento ofrecida por estos autores clásicos que se refleja en el libro. No me centraré por ello —no tendría sentido alguno pues sería como querer entrar el mar en una botella— en la obra y vida de Schmitt y Kelsen, sino en la lectura actual que de ellas hacen De Miguel y Tajadura, que no solo son muy cualificados lectores, pues les corresponde también la decisión y autoría sobre aspectos fundamentales, de los que destaco los tres sobre los que me centraré.

El primero es sobre la propia oportunidad de un libro como el que ahora nos ofrecen. El segundo atiende a los criterios de selección que aplican tanto a la trayectoria vital de Schmitt y Kelsen como, sobre todo, a sus obras y aportaciones: a la concepción y sistemática del libro en definitiva. El tercero repara

² *Der Hüter der Verfassung* inauguró la serie de monografías *Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, de la editorial Mohr, Tübinga, 1931. El comentario crítico de Kelsen sobre quién habría de ser el guardián de la Constitución en Kelsen (1931).

la proyección y vigencia de las teorías y concepciones de Kelsen y Schmitt en las encrucijadas políticas y constitucionales del presente.

2. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UN LIBRO HOY EN TORNO A SCHMITT Y KELSEN

Si nos planteamos la oportunidad de un libro así, hay que reconocer de entrada el acierto total de los profesores De Miguel y Tajadura. Recorrer los temas fundamentales del debate en un momento estelar del derecho público, el constitucionalismo y la teoría política es un ejercicio que parece especialmente recomendado en los momentos actuales, como ya se ha destacado. Pero estamos además ante dos clásicos que han rebasado por ello las fronteras temporales y territoriales. El libro resulta así de interés tanto para quienes pretenden un primer acercamiento a estos autores, como para quienes tienen ya conocimiento de los mismos. Hay un test inequívoco para discernir en cuál de estos dos grupos se está.

Pertencen al primero quienes saben bien de Kelsen, pero no de Schmitt, o tienen de él una imagen todavía borrosa. En el programa de las enseñanzas universitarias, particularmente en los estudios de derecho, se toma primero contacto con Hans Kelsen: el suyo es un sistema que, al menos en lo que son sus líneas más elementales, se explica y entiende fácilmente, proporciona una plantilla coherente que encuadra y da sentido al conjunto de la programación y enseñanzas universitarias. Se dispone además de una bibliografía kelseniana inteligible y didáctica. En ella no solo se cuentan sus obras originales, sino también compendios, adaptaciones, resúmenes, traducciones selectivas o parciales, ediciones reelaboradas por editoriales de muy diversos países. Es cierto que el propio Kelsen se cuidó de dar amplia difusión a su obra. Entre otras actividades organizaba en Viena clases y seminarios para becarios extranjeros. De allí salieron los profesores que primeramente traducirían y propagarían su obra, como fueron en España e Iberoamérica Luis Recasens Siches o Luis Legaz Lacambra, que ya en los años treinta dieron a conocer importantes trabajos de Hans Kelsen.

Se sabía antes de Kelsen, y se sigue sabiendo antes de él, en las enseñanzas que se ofrecen en la facultades universitarias. Supimos de Kelsen cuando éramos estudiantes de licenciatura, muy probablemente ya en el primer curso. Schmitt llegaba mucho más tarde, envuelto además en un halo de misterio sobre su vinculación al nazismo y su posterior sintonía en España con los ideólogos del franquismo. Todavía se sabía poco, hasta ya entrados los años ochenta, de aquellos periodos en Alemania y España, menos aún de las

andanzas e implicaciones de los profesores. La obra de Schmitt también llegaba tarde a las facultades, o sencillamente no llegaba, porque no tenía una orientación docente, ni pretendía construir un sistema al modo del proyecto kelseniano. El de Schmitt, por el contrario, se empeñaba en mostrar, como acertadamente significan De Miguel y Tajadura, las excepciones a la supuesta inmutabilidad de la regla. Era necesario por tanto conocer primero el sistema, tal como Kelsen y otros lo presentaban canónicamente, para así apreciar y valorar las críticas y excepciones que por Schmitt se planteaban, destacando sobre todo que en lo excepcional, no en la normalidad apacible, se sitúa y se cifra la realidad desnuda del poder. Schmitt nos adentraba en el lado oscuro, que paradójicamente es el que a la postre desvela la real dimensión de las cosas.

Pero aunque su llegada y percepción es tardía, lo cierto es que hoy Schmitt se presenta como un autor más actual e influyente, trascendiendo la órbita del derecho público para entrar de lleno en la filosofía política y, como filósofo, ser estudiado ya en la historia de la filosofía que se imparte en las escuelas de enseñanza media de muchos países. La recepción de nuestros autores en Estados Unidos es bien significativa al respecto por reproducir una similar secuencia. Primero fue Kelsen, con su presencia personal, pues como es bien sabido fue profesor allí, en Berkeley. Pasó inadvertido al tiempo que Carl Schmitt era un completo desconocido en un panorama intelectual que en el derecho público y el constitucionalismo no se ha caracterizado por su apertura de ideas, ni por la atención a Europa, mucho menos si se trata de obras que no cuentan con traducción al inglés, único idioma conocido por la gran mayoría de la comunidad universitaria. Todo ello es sorprendente contraste con la atención que aquí han suscitado planteamientos, muy primarios en no pocas ocasiones, enunciados en aquella órbita. En ese horizonte, Carl Schmitt deviene una notable excepción por el creciente interés que ha generado en los últimos veinte años, sobre todo, conviene insistir en ello, en el ámbito de la filosofía política³.

3. EL SEGUIMIENTO DE LAS TRAYECTORIAS PERSONALES, EN ESPECIAL CUANDO SE CRUZAN

Las semblanzas de Kelsen y Schmitt están certeramente trazadas, en perfecta sintonía con el plan y objetivos del libro. Se dan los datos necesarios que jalonan sus trayectorias vitales y se presta muy especial atención a los

³ La recepción es allí, en cualquier caso, tardía. Una de las primeras obras significativas es prácticamente del siglo actual: Meier (1998).

momentos en que se cruzan. Particularmente en Colonia, en cuya universidad coincidieron como profesores durante un corto periodo de tiempo. Se sitúa en las que parecen sus justas dimensiones, relativizándolo, el incidente de Colonia que ha tenido cierta notoriedad, con intervención, aunque muy indirecta de quien era por entonces alcalde en aquella ciudad, Konrad Adenauer, que adquiriría luego una gran relevancia política: como canciller de la República Federal Alemana (el primero en ese puesto tras su fundación al finalizar la guerra mundial) y como padre o fundador de la nueva Europa unida. Lo que en algún caso se había prácticamente presentado como una acusación de Schmitt al profesor judío Hans Kelsen se percibe, con más realismo, como una actitud poco solidaria del primero al no figurar entre los colegas —parece que fue el único que no lo hizo— que firmaron una carta de apoyo a Kelsen para que no se le aplicase la legislación antisemita que determinaba su expulsión de la universidad, como así fue cuando se le declaró en excedencia forzosa.

Tal vez habría resultado de interés —aunque excedería desde luego las dimensiones que el libro se marca y no se puede contentar a los deseos, peregrinos muchas veces, de los lectores— la contextualización de los dos protagonistas en sus respectivas órbitas culturales. La de Schmitt es la prusiana y es en ese Estado donde, bajo los auspicios del poderoso ministro Hermann Göring, consigue algunos cargos, poco relevantes por lo demás, como el de consejero de Estado de Prusia, el Estado que había liderado el proceso de unificación alemana marcándola con su peculiar impronta, germánica y militarista. Kelsen procedía del otro polo del espacio lingüístico alemán, más abierto a la relación con otros pueblos y culturas, con una estructura política y de administración, el Imperio austrohúngaro que se desvaneció por completo al finalizar la Gran Guerra, tal como se da cuenta en relatos literarios tan notables como los de Joseph Roth o Stefan Zweig, dos escritorios cuyo origen judío es ya un dato significativo que pone de manifiesto la significación que tuvo ese componente cultural, del que participaba el propio Kelsen, en la brillante élite de la Viena de entonces.

En cualquier caso, los dos autores estudiados, que procedían de estas diferentes órbitas, coincidieron y se cruzaron, también con otros juristas de primerísima línea, en la universidad alemana que, como todas, promueve y favorece la movilidad del profesorado con el enriquecimiento en la relación personal y científica que ello comporta. Una excepción señalada a esa movilidad, que queda del todo bloqueada, la ofrece ahora la universidad española con una peculiar y cerrada visión de la autonomía universitaria que conduce a la adscripción vitalicia del profesor a la universidad en la que inicialmente se formó. De Miguel y Tajadura destacan el cruce de trayectorias («Dos vidas que se cruzan, en Colonia» es el título del capítulo biográfico). En el actual paisaje

universitario español esas u otras vidas no se habrían cruzado jamás: Schmitt y Kelsen no habrían coincidido como colegas en una Universidad, habrían permanecido adscritos de por vida a su respectiva universidad de origen.

4. LA MITIFICACIÓN DE UN DEBATE

Si la confrontación en lo personal se relativiza con acierto, reduciéndola al incidente de Colonia, al que se le concede una limitada relevancia, parece por el contrario que en el libro se magnifica la entidad del debate que supuestamente mantuvieron Schmitt y Kelsen, comenzando ya por el propio título de la obra, *Kelsen versus Schmitt*, que parece anunciar un combate intelectual entre ellos, como si estuvieran enzarzados en un continuo cuerpo a cuerpo, cuando lo cierto es que no se produjeron debates directos con ellos como protagonistas. No coincidieron así como coponentes en ninguna de las sesiones anuales de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, que se constituyó e inició sus sesiones a principios de los años veinte.

Una de las aportaciones de esa asociación es que definía la identidad de sus miembros: profesores de Derecho Público. Tenía luego cada uno sus señas personales según se decantaran más por el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público, la filosofía del derecho, el derecho tributario o el derecho del medio ambiente en tiempos ya más actuales. Esa identificación, reconocida y afirmada por la propia comunidad académica alemana, es la que tomo en consideración para calificar, tan convencionalmente como se quiera ver, a Schmitt y Kelsen como profesores de Derecho Público y así aludirlos al titular este comentario⁴. Por supuesto que estos dos gigantes rebasaron los convencionales márgenes de esa clasificación académica, que es en cualquier caso más amplia que la establecida en nuestro sistema universitario. Si se cuestiona, por considerarla rebasada, la adscripción de Schmitt y Kelsen al derecho público, mucho más habría de cuestionarse una exclusiva vinculación al derecho constitucional, la filosofía del derecho o el derecho internacional público, por mencionar solo algunas de las materias en las que ofrecieron aportaciones muy relevantes.

Volviendo a las sesiones de esa asociación de profesores alemanes de Derecho Público, la primera de ellas contó precisamente con una ponencia de Carl Schmitt, con Erwin Jacobi como coponente, para tratar el tema del poder de

⁴ Hay otra importante referencia que deriva del autorizado libro del profesor Francisco Sosa Wagner (2005), que incluye destacadamente en su nómina a Schmitt y Kelsen, dedicando una extensa y penetrante atención a sus vidas y obras.

dictadura del presidente de la República en la Constitución de Weimar⁵. No hubo allí, en el debate que seguía a las ponencias, intervención alguna de Hans Kelsen, que será a su vez ponente, junto a Heinrich Triepel, al tratar el tema de la naturaleza y evolución de la jurisdicción del Estado que apuntaba ya claramente a la jurisdicción constitucional (Kelsen: 1928). No se produjo entonces en el debate participación alguna de Schmitt, aunque al poco tiempo publica su estudio sobre *El guardián de la Constitución*⁶, en el que hace mención y crítica, tampoco sin centrarse en ellas, las tesis de Kelsen, quien por su parte responde, esta vez sí, con un genuino comentario crítico, *¿Quién ha de ser el guardián de la Constitución?* (Kelsen, 1931), al estudio de Schmitt. Es tal vez el único trance que puede advertirse como una polémica entre estos profesores de Derecho Público, que posiblemente se ha mitificado con el paso del tiempo (Herrera, 1994)⁷.

Con anterioridad, los dos habían manifestado posiciones opuestas en el debate en torno al parlamentarismo, que resultó del todo crucial en el periodo de entreguerras y no solo en Alemania⁸. En 1923 publicaba Carl Schmitt su conocido trabajo sobre el parlamentarismo (Schmitt, 1926) y su nuevo entorno político e intelectual. En ese estudio daba por superada esa institución, que consideraba vinculada a la democracia liberal del XIX, con un parlamentarismo de notables, e inadecuada para el nuevo modelo de democracia, la democracia de masas, que por entonces se implantaba en Europa. La posición de Kelsen es abiertamente contraria y del todo comprometida con el parlamentarismo, que considera imprescindible también en la democracia de masas. Pero el caso es que no se entabló un debate, con referencias y alusiones cruzadas, entre ellos. Kelsen se había pronunciado sobre el parlamentarismo y reitera su posición en 1925 en su trabajo *Das Problem des Parlamentarismus*, publicado dos años más tarde que el estudio de Carl Schmitt sobre el mismo

⁵ «Die Diktatur des Reichspräsidenten» (1924) es el texto que aparece en las publicaciones de la asociación, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler. La elección del ponente, Schmitt, y en buena parte del tema, estuvo motivada sin duda por la publicación, poco tiempo antes del estudio histórico de Carl Schmitt sobre *La dictadura (Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf)*, 1921) que le había dado gran notoriedad y reconocimiento. Schmitt era por entonces, a principios de los veinte, un joven y prometedor profesor, muy bien visto la comunidad académica alemana. En los treinta será una figura muy controvertida que no concitaba muchas simpatías.

⁶ Schmitt (1931).

⁷ Los textos de estos autores sobre el tema están editados en Schmitt y Kelsen (2009), con estudio preliminar de G. Lombardi.

⁸ Sobre él, y por ser muy reciente su publicación, me permito la cita de mi libro: Esteve Parco (2019).

tema. A pesar de mantener tesis opuestas, no entran en polémica y parece como si se ignoraran.

También parecen ignorarse en el largo periodo que para ellos se abre tras la Segunda Guerra Mundial. Kelsen se había visto obligado a emigrar a Estados Unidos, tras una estancia como profesor en Ginebra. Schmitt, juzgado en Núremberg y apartado a perpetuidad de la cátedra universitaria. Kelsen despliega una amplia actividad internacional, como docente y conferenciante, que parece habría de darle una gran proyección e influencia, pero lo cierto es que en Estados Unidos pasó bastante desapercibido. En cambio Schmitt, desde su aparente marginación y silencio en Alemania (solo interrumpido por frecuentes y discretas estancias en España), se proyecta sobre un reducido grupo de jóvenes profesores que tendrán una gran relevancia a partir de los años setenta y que contribuirán decisivamente a la difusión de su obra.

Pero el hecho de que no se registre un debate claro y explícito entre Schmitt y Kelsen, salvo el relativo guardián de la Constitución, no diluye en absoluto la impresión de que nos encontramos ante dos concepciones muy diferentes, brillantemente fundamentadas, construidas y argumentadas. La oposición entre ellas, que se destaca en el libro desde su título de arranque, es desde luego una acertada constatación que no puede sino compartirse, con la muy limitada observación que por mi parte me he permitido.

5. SOBRE LA VIGENCIA ACTUAL DE LA OBRA Y PENSAMIENTO DE KELSEN Y SCHMITT

Un tercer aspecto a comentar del muy buen trabajo realizado por Josu de Miguel y Javier Tajadura es el de la vigencia actual que conceden a la obra y teorías de Kelsen y Schmitt. Porque el libro nos emplaza —no continuamente, pero sí de cuando en cuando— en encrucijadas del momento presente hasta situarnos en ubicaciones precisas, desde Caracas a Barcelona. Resalta ello sin duda un mérito del libro por cuanto la exposición de las obras e ideas de Kelsen y Schmitt es en él tan vívida y sugerente que puede mover al lector a invocarlas de algún modo en situaciones y controversias actuales. Este es sin duda un saludable ejercicio que queda a la más absoluta libertad del lector y dice mucho del libro si incentiva esa participación interactiva, que puede canalizarse también hacia la discusión en grupo, en el aula o en otros foros. Pero cosa distinta es que desde la propia autoría del libro se mantengan presunciones y suposiciones sobre la oposición que adoptarían Schmitt y Kelsen —no ya revisitados, sino «resucitados»— en las encrucijadas políticas y constitucionales del presente. Parece que este es territorio del lector, movido también, eso sí, por el poder de sugestión que el libro sea capaz de desplegar.

En este orden de consideraciones, y como cuestión de fondo, hemos de plantearnos la vigencia y validez de Schmitt y Kelsen en la actualidad. La cuestión es si tienen algo relevante que aportar ahora o si han pasado ya a la historia de las ideas políticas y del derecho público. Los dos forman parte, en la primera línea, de una generación verdaderamente estelar —como posiblemente no se ha conocido otra— de iuspublicistas que se formó en la Europa continental en el periodo de entreguerras, que es el de Weimar en Alemania.

Es la primera generación de profesores que se siente segura —en parte por trabajar en un sistema universitario ya consolidado y por los aportes al conocimiento de disciplinas que ganan por entonces su estatuto científico, como la sociología o la psicología— para lanzar, como hizo, una dura crítica a los conceptos y construcciones del liberalismo político procedentes todos ellos del pensamiento ilustrado. No solo fue un pensamiento crítico, que pudo ser brillante pero a la postre estéril, sino que ofreció también importantes ideas y aportaciones que han reconfigurado por completo un cosmos político y constitucional en el que todavía seguimos instalados. Así lo reconocía quien fuera director de esta revista, el profesor Francisco Rubio Llorente (1991): «Las ideas, que, después ya de la Segunda Guerra Mundial, llevarían a una transformación en profundidad del sistema, se producen en la Alemania de Weimar, de cuya doctrina constitucional seguimos siendo tributarios»⁹.

Si continuamos en ese ciclo, tributarios por tanto de las ideas de Weimar y el periodo de entreguerras, Schmitt y Kelsen tienen todavía mucho que decirnos como arquitectos y analistas cualificados del sistema. Pero si estamos, como parece, en la fase final de ciclo, sus aportaciones se adscriben ya a la experiencia de un periodo, que nos sirven, y mucho, para, por contraste, discernir lo nuevo y en lo que habremos de adentrarnos para configurar su propio sistema de referencias. En cualquier caso, estemos donde estemos, la lectura del libro de Josu de Miguel y Javier Tajadura nos lleva a donde solo Schmitt y Kelsen llegaron, al epicentro en el que se generan los movimientos tectónicos que ahora nos afectan.

Bibliografía

Esteve Pardo, J. (2019). *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.

⁹ F. Rubio Llorente: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 11, 1991, p. 26.

- Herrera, C. M. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, 86, 195-228.
- Kelsen, H. (1928). *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutsche Staatsrechtslehrer; 5). Berlin: Walter de Grueter.
- (1931). Wer soll Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, 6, 11-12.
- Meier, H. (1998). *The Lesson of Carl Schmitt. Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rubio Llorente, F. (1991). La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11 (31), 9-36.
- Schmitt, C. (1924). *Die Diktatur des Reichspräsidenten*. (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutsche Staatsrechtslehrer; 1). Berlin: Walter de Grueter
- (1926). *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Munich; Leipzig: Duncker and Humblot.
- (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Tubinga: Mohr.
- Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Sosa Wagner, F. (2005). *Maestros alemanes del Derecho público*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.