



**Kelsen versus Schmitt.  
Política y derecho en la  
crisis del constitucionalismo**  
**Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada**

Madrid, Guillermo Escolar Editor. 2ª edición.  
Año 2019. 301 páginas.

**E**l término “crisis” ha representado, a partir de la explosión financiera de 2008, un malestar colectivo e insatisfacción generalizada hacia la democracia constitucional. Esta es una de las afirmaciones que introducen el libro de Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, autores españoles que ponen sobre la mesa el conflicto intelectual que sostuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt en un contexto convulsionado y con bastantes analogías con esta primera parte de nuestro siglo (p. 11).

El trabajo tiene como finalidad redescubrir a estos teóricos del derecho constitucional. El libro va explicando de forma general las distintas posturas y diferencias que tuvieron los autores respecto a ciertas posiciones jurídicas y políticas, profundizando las más importantes.

En el primer capítulo, titulado “Dos vidas que se cruzan (en Colonia)”, se halla una reseña biográfica de ambos intelectuales y su breve pero trascendental contacto. Sin embargo, no todo fue diferencia: ambos pertenecieron a sus respectivos ejércitos desempeñando tareas administrativas durante la I Guerra Mundial y estuvieron cerca de los mecanismos de poder en momentos cruciales de la historia constitucional. Fueron “dos temperamentos opuestos que en ocasiones parecerían determinar su actitud final ante el derecho y el poder” (p. 21).

En cuanto a Hans Kelsen (1881–1973), los autores, además de hacernos un resumen de su vida y sus influencias intelectuales, nos muestran una faceta realista y poco conocida del mismo. Su crítica al iusnaturalismo consistía en

que el problema eterno del derecho natural era descubrir lo que hay detrás del derecho positivo, y “quien busque la respuesta, hallará, me temo, no la absoluta verdad de una metafísica [...]. Quien levante el velo y no cierre los ojos se encontrará de frente a la cabeza de la Gorgona del Poder”. Respecto a Carl Schmitt (1888–1985), los autores lo consideran como un “aventurero intelectual” y un “teórico de la crisis”. Además, nos alertan de antemano que este trabajo no busca resolver su relación con el régimen nazi ni su antisemitismo. Es un jurista que se señala a sí mismo el último representante del *Ius publicum Europaeum* y afectado profundamente por los hechos históricos contemporáneos que le tocó vivir. Lo cual “obviamente le llevan a formular un derecho y un pensamiento sometidos a los cambios y las contingencias de la realidad” (p. 50).

Al final del capítulo, los autores mencionan lo que fue el *affaire de Colonia*: en mayo de 1932 Kelsen, junto con el resto de colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, votó por unanimidad invitar a Schmitt a cubrir la Cátedra de Derecho Político. Pocos días después se produciría el arbitrario cese académico de Kelsen. Por unanimidad solo rota por Schmitt, el resto del profesorado se opuso a dicha medida. Ante esto, “Schmitt no solo se negó a apoyar la petición, sino que, en sus clases e intervenciones apoyó el nuevo contexto político” (p. 73).

El segundo capítulo, titulado “Ideas y conceptos para una conversación jurídica” nos da las pinceladas básicas sobre los contornos de la controversia jurídica que mantuvieron Kelsen y Schmitt. En cuanto a las similitudes intelectuales, hay que aclarar que fueron dos hombres modernos que formaron parte de la tradición de pensamiento que, una vez terminada la cristiandad, se plantea la necesidad de superar la polis aristotélica a partir del siglo XVI (p. 75). A su vez, ambos son racionalistas hobbesianos. Sin embargo, aquí comienzan las diferencias. Mientras que Kelsen va a ver un apoyo a su relativismo moral en Hobbes, Schmitt lo utilizará para desacreditar el positivismo jurídico de Kelsen. Las mismas divergencias ideológicas surgirán en cuanto a sus posicionamientos respecto a la Ilustración. Kelsen es un kantiano que tiene como premisa básica el individualismo metodológico (p. 77), mientras que Schmitt considera al romanticismo político como una degeneración de la modernidad, debido a que tal movimiento, que culmina en 1789 con la Revolución Francesa, consagrará al individualismo en el centro de la política (p. 78).

Otro de los desacuerdos fundamentales fue la cuestión de la soberanía. Kelsen pretendió atribuirle soberanía al ordenamiento jurídico; mientras que Schmitt entendió, con aquella frase conocida y lapidaria, que el soberano es el que decide en el estado de excepción (p. 82). A su vez, en este capítulo también explican, de manera sintetizada, las discrepancias en torno a la teoría de la norma y la consecución de la unidad jurídica. Prácticamente, Kelsen le dará prioridad a la normalidad jurídica, mientras que Schmitt volcará todo su interés en lo irregular es decir, en todas aquellas situaciones que el escenario institucional no puede desenvolverse con normalidad.

El tercer capítulo nos introduce en la relación entre Estado y Constitución. Para Kelsen, la función política de la Constitución es poner límites al ejercicio del poder, identificando el Estado con el ordenamiento jurídico (p. 114). También afirmará que “carecerá de soberanía aquella comunidad cuyo ordenamiento está situado bajo otro superior y encuentra en este su razón de vigencia” (p. 121), postura que repercutirá en su posicionamiento en cuanto al derecho internacional, que consideraba superior al nacional, ya que, para él, solamente un Estado mundial podría resolver el problema de la guerra entre las naciones. En cuanto al contenido, Kelsen tomó cierta distancia hacia una amplia constitucionalización a fin de preservar la legitimidad: “si los contenidos de una Constitución no pueden ser garantizadas en términos jurisdiccionales, su validez quedaría en entredicho como consecuencia de su ineficacia” (p. 129). Asimismo, fue crítico de la inclusión de cláusulas generales debido a que, a causa de que el Tribunal Constitucional debiera ser el intérprete, podía darle más poder del que correspondía, obligándolo a transformarse en legislador positivo cuando su función era ser legislador negativo.

Para Schmitt, el Estado es un medio para la creación del derecho y no debía haber límites jurídicos a la actuación estatal, sino medios institucionales para que el derecho permanezca. Los autores afirman que es un error pensar que a Schmitt no le interesó la normalidad, sino que “él es consciente de que dicho Estado está condenado a la inestabilidad como consecuencia de las transformaciones históricas” (p. 140), por lo que hay que pensar el derecho en términos no-normativistas. La Constitución vendría a ser el alma del Estado y lo fundamental de la misma es que permita al Estado afirmarse, no debilitarse mediante limitaciones inoportunas. La pretensión de someter al poder público

a un control práctico calculable, a través de normas fijadas en una Constitución soberana “le parece un intento de eliminar de la ecuación constitucional la noción de política, absolutamente necesaria para abordar las situaciones imprevistas en el ejercicio del poder” (p. 157). Asimismo, Schmitt introduce el concepto de “garantías institucionales”, para diferenciarlo de los derechos fundamentales y poder construir una forma de pensar la libertad distinta a la propuesta por el liberalismo burgués.

El cuarto capítulo se titula “La democracia: dos alegatos”. Los autores dirán que Kelsen se convierte en un defensor de la democracia representativa y parlamentaria; mientras que Schmitt, en su pretensión contrarrevolucionaria, transitará de un modelo de democracia de identidad hacia un modelo de democracia aclamativa. El primero considerará la libertad como el valor supremo; lo que lo llevó a postular un relativismo ético que no podía encontrar un punto intermedio con el absolutismo ético. El sujeto con competencia para decidir lo hace por mayoría para cerrar el debate parlamentario, evitando así un estado de indeterminación de manera perpetua. Sin embargo, en su defensa al parlamentarismo, no pretenderá excluir al pueblo de la toma de decisiones: por esta razón consideró necesario que se introdujeran mecanismos de participación directa como el referéndum constitucional. Este relativismo, que conlleva el Estado de Partidos, el principio de la tolerancia y la protección de las minorías, podría conducir a que la democracia fuera aniquilada por sus propios medios, por lo cual afirman los autores que “prefirió dar cierto pábulo a la posibilidad del suicidio democrático antes que renunciar al fundamento relativista de la democracia” (p. 186).

En cuanto a Schmitt, se lo caracteriza como un combatiente del pluralismo estatal. Para éste, el modelo liberal fue inadecuado para resistir el desorden político. Una democracia aplicada con todas las consecuencias llevaría a un presidencialismo autoritario, superador del modelo discutiendo. Introduciéndonos en el concepto schmittiano de lo político, los autores prácticamente lo resumen en tres postulados: capacidad para distinguir amigo y enemigo, capacidad de la comunidad de decidir el caso decisivo y principio de dirección gubernativa que unifica las distintas esferas que conforman la realidad. Para el autor alemán, el liberalismo niega el Estado en tanto encarnación de lo político. La lógica contractual privada de compromisos e intereses no puede trasladarse a lo estatal y,

para alcanzar la verdadera representación política, Schmitt sostendrá que hay que desprenderse de los conceptos iusprivatistas que se aplican a lo político (p. 195). Por eso atacó al parlamentarismo acusándolo de ser algo distinto a la democracia. En las discusiones parlamentarias habrá transacción de intereses, no discusión racional, basadas en las pretensiones partidistas que “se guían por un impulso totalizador del Estado y quieren imponer un programa que discipline por completo la vida de los hombres desde la perspectiva económica, cultural o moral” (p. 203).

El quinto capítulo nos introduce en la polémica más conocida que tuvieron Kelsen y Schmitt, por eso se llama “La defensa de la Constitución: teoría y praxis”. Prácticamente los modelos propuestos por ambos fueron consecuencia directa de su modelo de democracia. Kelsen buscó defender la legalidad constitucional con métodos jurídicos: si la anulabilidad de los actos inconstitucionales no estaba garantizada por la vía jurisdiccional, tampoco estaba garantizada la Constitución. Schmitt reaccionó contra esta postura afirmando que ningún Tribunal podía actuar como defensor de la Constitución, ya que destruía la base orgánica de la misma: la división de poderes. Más allá de que Schmitt plantea un problema real, cual es que un Tribunal Constitucional podría convertirse en legislador, los autores lo critican por plantear una ficción aún mayor: que el Jefe de Estado sea el defensor de aquella, convirtiéndose en un líder neutral y por encima de los partidos políticos.

Por último, en un muy interesante epílogo, los autores harán una lectura de ambos juristas a la luz del derecho contemporáneo. No hay dudas que Kelsen y Schmitt están destinados a ser clásicos del derecho constitucional. Claramente después de la Segunda Guerra Mundial Europa tomó conciencia del límite al que tenían que ser regulados los poderes públicos y privados, tomando como base el proyecto de Kelsen, en cuanto al normativismo constitucional, el control jurisdiccional y el cosmopolitismo jurídico. Sin embargo, los autores afirman que Schmitt no se ha quedado atrás: las Constituciones han regulado mecanismos de defensa frente a aquellos partidos que tiendan a destruir el régimen vigente y han articulado ciertas cláusulas de intangibilidad a los derechos fundamentales, debilitando el relativismo ético kelseniano.

Sin embargo, llaman la atención en cuanto a los problemas constitucionales que estamos viviendo, a raíz de que la libertad está cada vez más alejada del

principio de responsabilidad. Afirman que “los derechos ya no juegan el papel de guía y legitimación de la comunidad política en el sentido pensado por Schmitt, sino que aparecen como un sistema de adjudicación que aproxima la Constitución a un supermercado donde se consumen bienes jurídicos a la carta” (p. 280). Además, hacen referencia al estado de excepcionalidad permanente, la apelación a la política desnuda y a fin de cuentas, al desprecio hacia el Derecho en el que estamos inmersos.

Por último, los autores recomiendan a los jóvenes adentrarse en el pensamiento de Kelsen y Schmitt, advirtiéndonos, respecto a este último, que seamos prudentes y no caigamos en las trampas metodológicas que pueden terminar por demoler los cimientos de la ciudad política moderna. Le haríamos caso, con mucho gusto, si el día a día no invitara precisamente a demoler las tremendas injusticias de tal ciudad.

**Juan Ignacio Serrano**

Universidad de Mendoza  
ignacio.serrano94@gmail.com

Recibido: 18/04/2020 – Aceptado: 14/09/2019