

## LA RENAISSANCE DE CARL SCHMITT<sup>1</sup>

JAVIER TAJADURA TEJADA

*Catedrático(A) de Derecho Constitucional*

*Universidad del País Vasco*

I. Ellen Kennedy, profesora de Ciencia Política en la Universidad de Pennsylvania, y una de las más destacadas especialistas anglosajonas en la obra de Carl Schmitt, publicó en 2004 una espléndida obra sobre el pensamiento jurídico y político del publicista alemán: *Carl Schmitt en la República de Weimar: la quiebra de una Constitución*. La Editorial Tecnos publicó el pasado año la traducción española de esta obra, gracias a la oportuna y meritoria iniciativa del profesor Eloy García, autor de un sugerente prefacio. Se trata de un acontecimiento editorial que no puede ni debe pasar inadvertido. Y ello porque nos encontramos ante una obra indispensable para la cabal comprensión de uno de los gigantes de Weimar, en la que se contiene una grandiosa y sugerente contextualización del pensamiento y la obra de Schmitt. A la luz de nuevos materiales y con una tenacidad encomiable, la profesora Kennedy ha desvelado algunas de las más importantes claves del pensamiento del autor alemán, y sobre todo ha puesto al descubierto las razones que explican la Schmitt's Renaissance en el universo cultural anglosajón.

Ellen Kennedy sitúa los textos constitucionales en el contexto de la República de Weimar como si fueran una crónica de la propia trayectoria de la República alemana de 1919. Y esta contextualización le permite trasladar a nuestro presente el examen y la comprensión de los problemas de Weimar habida cuenta que, para la autora, la historia de Weimar se encuentra perfectamente viva en el mundo de los problemas contemporáneos. Con estas premisas, la profesora de la Universidad de Pennsylvania rechaza —acertadamente— que el régimen nacional socialista estuviera prefigurado en ciernes en los escritos iniciales de Schmitt en 1921 y ve en su obra la crónica del absoluto fracaso de una República incapaz de hacer frente al extremismo desintegrador amparado en un pluralismo ideológico desleal con la Constitución. En definitiva, y en ello reside su principal virtud, Ellen Kennedy utiliza su profundo conocimiento de la obra de Schmitt para abordar el estudio de una época histórica crucial, la crisis constitucional de Weimar, que considera a su vez, precursora de la nuestra, en la que, guste o no reconocerlo, se están cuestionando de nuevo los fundamentos del orden constitucional-democrático. Como advierte Eloy García en el muy sugerente prefacio a la edición española, «la crisis

1 A propósito del libro: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*, Ellen Kennedy. Traducción de Pedro Lomba Falcón y prefacio de Eloy García. Madrid, Tecnos, 2012.

de Weimar es, también en cierto modo —nos dice Kennedy— nuestra propia crisis. Y los debates en los que Schmitt participó y desde los que conceptualizó sus apabullantes categorías constitucionales, son también nuestros propios debates».

Esto es lo que explica, en definitiva, la impresionante recuperación de Schmitt a la que estamos asistiendo en nuestros días. Schmitt construyó su obra en el contexto y como respuesta a la más grave crisis que se había cernido sobre la Constitución, desde su surgimiento como consecuencia de las revoluciones americana y francesa a finales del siglo XVIII. Y en los comienzos del siglo XXI estamos asistiendo igualmente a otra crisis global que afecta también a los fundamentos y a las categorías básicas del constitucionalismo. Salvando las distancias entre una y otra, lo cierto es que se trata de dos épocas —la de Weimar y la nuestra— en que la crisis de la Constitución desplegó y despliega todas sus consecuencias, revistiendo un carácter total. Esto es lo que explica la actualidad de la obra de Schmitt, y si no la vigencia de sus respuestas, sí, ciertamente, la de los interrogantes que formula.

En relación con esto, sin embargo, el profesor Eloy García formula una interesante matización consistente en subrayar la profunda diferencia existente entre el tiempo histórico de Weimar y el nuestro. El de Weimar es ya parte del pasado: «La post-historia ha sucedido a la modernidad crítica, y la cesura entre ambas es tan honda que de muy poco o nada sirven las viejas categorías que Schmitt y el propio Estado Constitucional habían venido utilizando para dominar la realidad y procurar que el hombre pudiera gobernar los acontecimientos de la vida». Ello determina que así como la época de Weimar fue una época de crisis, la nuestra lo es de declive o decadencia: «No estamos ante una crisis del paradigma de Estado Constitucional que lleve añadido el cuestionamiento de los conceptos que articulan su realidad jurídica, sino ante una sigilosa enervación de nuestra normatividad constitucional y sus instrumentos operativos respecto de la realidad que está llamado a regular, que sólo puede ser explicado invocando un término clave: declive o, si se prefiere, decadencia (...) porque si prestamos atención a los hechos comprobaremos que no aparece alternativa que se postule frente a lo existente como norma u opción a seguir de sentido contrario. No estamos ante un tiempo de lucha entre dos ideas en pugna, una que reclama en su favor la autoridad del progreso y de lo nuevo, y otra que exhibe como título la legitimidad que confiere el uso y reiterado discurrir de la historia. Nuestro momento es el de un declive, un desgaste, una decadencia de la modernidad y de la cultura política construida en el paradigma ilustrado, que como en el famoso poema de Cavafis, Esperando a los bárbaros, se resiente de que nadie, salvo sus propios hechos, la esté cuestionando de manera activa. Ella misma se está demostrando incapaz de satisfacer en la práctica las propias ambiciones que proclama en su teoría»<sup>2</sup>.

La época de Weimar por el contrario sí que fue un momento de crisis, y por ello mismo —a diferencia del nuestro— un momento revolucionario. Eloy García recuerda en este sentido la decisiva contribución de un destacado discípulo de Schmitt, el profe-

2 Desde esta óptica, rechazando que estemos sumidos en una crisis, con el significado que atribuye a este concepto R. Kosselleck, el profesor Eloy García defiende la necesidad de superar el declive o decadencia a través de la regeneración (no de la revolución), lo que exige «reparar el curso de las ideas de corrupción y regeneración en el pensamiento político, y, en lo que respecta a lo constitucional, ligar sus resultados a aportaciones de autores como Benjamin Constant».

sor R. Koselleck, fundador de la historia conceptual, quien en su tesis doctoral *Crítica y crisis del mundo burgués* (publicada en 1959, y traducida al castellano en 1965) nos advierte que ambos conceptos guardan íntima conexión con la idea de revolución como posibilidad de crear un mundo nuevo. La crisis es, según Koselleck, «un instante febril entre dos mundos, entre dos universos, entre dos culturas, que inexorablemente se resuelve ora en forma de síntesis, ora a modo de emergencia de una realidad nueva». Desde esta óptica, Weimar fue un paradigma de crisis en el que se contrapusieron, y no sólo de forma teórica sino con la más descarnada violencia, el ideal marxista y el capitalismo, la República y la reacción antimodernista, la burguesía y el proletariado, el positivismo jurídico y el derecho transformador...etc. Esa crisis es la que alimenta toda la reflexión intelectual de un Carl Schmitt que está obligado a elegir entre Wilson o Lenin.

De esta forma, y a lo largo de los seis capítulos de que consta la obra, de la mano de la profesora Kennedy seguimos los pasos de Schmitt, quién superando una interpretación estrictamente jurídica, nos presenta todos los problemas cuya falta de solución, determinaron el fracaso de la República de Weimar: legitimidad, democracia, y representación, división y equilibrio de poderes y la crisis general de valores en un mundo desencantado.

II. La profesora Kennedy dedica el primero de los capítulos —que lleva por rúbrica «los años oscuros»— a analizar el papel que Schmitt desempeñó en el régimen nacional-socialista (1933-1945). Y desde esta perspectiva se centra en la relación entre Johannes Popitz y Carl Schmitt. Ambos se conocieron en 1922 y tenían mucho en común. Ambos creían que los gobiernos parlamentarios eran incapaces de manejar los intereses económicos en conflicto y que las políticas partidistas estaban destruyendo la confianza en el Estado y minando la independencia nacional alemana. Su solución favorita era el gobierno presidencial en la medida en que creían que el ejecutivo resultaría más eficiente que el legislativo y que su cuerpo de funcionarios profesionales era menos susceptible a las tendencias de la corrupción. En esta concepción, el Presidente era «el sostén de la unidad del Reich». También temían los peligros que implicaba el particularismo de los Länder. Su visión de una presidencia como fuente de un «liderazgo fuerte» no se fundaba en un argumento construido desde el equilibrio de poderes, sino como una alternativa al Parlamento y al Estado de partidos. Por ello, desde perspectivas diferentes, Schmitt era constitucionalista y Popitz economista— asumieron un compromiso político activo en la crisis de la República y se implicaron en las intrigas políticas que rodearon su final entre 1930 y 1932. La argumentación de Schmitt a favor de la dictadura presidencial de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar era bien conocida. Así las cosas, tanto Popitz como Schmitt hicieron carrera en el Gobierno después de 1933 y su amistad personal y sintonía intelectual y política continuó mientras existió el Tercer Reich. Como es sabido, Popitz fue ejecutado en 1945 por su oposición al régimen, mientras que Schmitt aunque cayó en desgracia durante la última etapa del Tercer Reich, perdió para siempre su cátedra por su colaboración con el gobierno nazi.

El acomodo de Schmitt en el seno del régimen nazi ha hecho verter ríos de tinta. La profesora Kennedy prescindiendo de las motivaciones personales se plantea dos interrogantes: «¿Cuáles fueron los elementos de la teoría política schmittiana que sirvieron

para estructurar su acercamiento a las circunstancias alemanas de principios de 1933? ¿Cómo eran los aspectos del pensamiento político schmittiano que daban forma a su argumentarlo respecto del Estado de aquel momento?». Este primer capítulo es por ello fundamental para comprender las causas, el significado y el alcance del compromiso político e intelectual de Schmitt con el Tercer Reich.

Desde una perspectiva estrictamente constitucional, Ellen Kennedy destaca como para mayo de 1933 Schmitt considera al Tercer Reich como un nuevo Estado, esto es, que se ha producido una ruptura revolucionaria con respecto a la República de Weimar. El final del República vino así a confirmar su tesis (Legalidad y legitimidad) de que las garantías formales de la Constitución no son independientes de las circunstancias políticas y de que «el derecho no puede protegerse a sí mismo». De esta forma se puso fin a un largo y fecundo debate entre juristas positivistas (G. Anschütz y R. Thoma) y antipositivistas (E. Kaufmann y R. Smend) sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. En la polémica entre Schmitt y Kelsen ese debate alcanzó su más alto nivel. Schmitt, como los demás antipositivistas— siempre sostuvo —y esa es una de sus principales contribuciones a la Teoría de la Constitución— que el poder de reforma (art. 76) estaba limitado por la «decisión política fundamental» que contenía la Constitución y se expresaba a través de unos principios e instituciones esenciales. Por ello, una Constitución era algo más que un mero conjunto de normas o leyes constitucionales. Frente a esta postura, Anschütz y Thoma entendían que nada limitaba la posibilidad de reformar la Constitución. Todo podía ser (y de hecho, lo era) modificado por el voto del Reichstag. Todavía en enero de 1933, Anschütz afirmó que el argumento de Schmitt sobre las limitaciones del poder de reforma constitucional era una «cuestión política». Por ello resulta aparentemente extraña la forma en que pocos meses después concluyó la discusión. Anschütz quien en coherencia con sus postulados debería haber aceptado la constitucionalidad de la Ley de Habilidadación (que supuso la liquidación de la República mediante la atribución al Führer de la plenitud de poderes), la rechazó, por sus evidentes consecuencias políticas. Y Schmitt que debiera haberla considerado manifiestamente inconstitucional por violar los límites de la reforma, la aceptó plenamente. Pero con ello Schmitt era coherente con sus posiciones defendidas desde 1928, la Ley de Habilidadación no suponía una reforma de la Constitución republicana. Schmitt la comprendió como lo que en realidad fue: una nueva decisión política fundamental que dio lugar al surgimiento de un nuevo Estado. El detallado y exhaustivo análisis llevado a cabo por la profesora Kennedy de los trabajos de Schmitt durante todo ese periodo le lleva a concluir que «el efecto inmediato de los textos de Schmitt del periodo entre 1933 y 1935 es revolucionario, el anuncio de un orden nuevo en lugar del antiguo (...) El hecho de que la Constitución republicana haya fracasado y la forma como ha fracasado prueban la verdad de su denuncia del formalismo y de la neutralidad liberales. La Ley de habilitación “proclama la muerte del viejo sistema” que Schmitt había predicho en *Legalidad y Legitimidad*».

La teoría política que Schmitt venía defendiendo desde hacía años, le sirvió así para explicar y justificar el surgimiento del nuevo régimen. Ahora bien, a partir de aquí, su identificación con el Tercer Reich se tradujo en textos tan desafortunados como «El Führer protege el derecho». Para Schmitt, toda justicia se origina en Hitler. Él decide lo que es justo e injusto, lo que es legal y lo que está fuera de la legalidad. Él es el juez último en cada caso. Él decide qué es una emergencia, y como debe actuarse en ella.

Hitler es, en definitiva, el soberano. La profesora Kennedy analiza también el posterior alejamiento del régimen, pero textos como el mencionado determinaron que la consideración de Schmitt como jurista del nazismo —y de hecho como el más cualificado de todos—, le acompañara hasta el final de sus días.

En el segundo capítulo, Ellen Kennedy analiza las fuentes de la teoría schmittiana del Estado: «Carl Schmitt formó parte de una generación de intelectuales alemanes que crecieron disfrutando de la seguridad y en la prosperidad anterior a la Primera Guerra Mundial; de una generación que en los años que siguieron a la guerra se rebeló, no sólo contra la nueva República, sino también contra los presupuestos culturales y metafísicos que la sustentaban y que formaban parte del legado recibido del siglo XIX: la creencia en el progreso y la tecnología y en la racionalidad instrumental. En un momento en que el liberalismo —como doctrina política— triunfaba en Alemania, muchos intelectuales, y entre ellos Schmitt, entendieron que sus fundamentos constituían una pretensión fingida y superficial».

Schmitt no estaba solo en su reacción contra el liberalismo y la sociedad burguesa, pero a diferencia de otros insignes críticos y debeladores del orden liberal burgués, su antiliberalismo «fue esencialmente literario y teológico». Desde esta óptica, la profesora Kennedy bucea en las fuentes del pensamiento schmittiano. Y destaca la temprana y decisiva influencia de Kierkegaard. Las categorías que empleó para dar sentido a la política y a la Constitución: decisión y excepción, proceden del teólogo danés Soren Kierkegaard. Con ellas articuló una de las claves de bóveda de su pensamiento: «Sólo el caso (concreto) tiene contenido».

En el resto de los capítulos, la profesora de la Universidad de Pennsylvania analiza sucesivamente los diferentes elementos que constituyen las claves del pensamiento y la obra del jurista alemán, de su teoría política y constitucional. Y analiza su significado y alcance en cada uno de los contextos históricos en los que Schmitt vivió y actuó. Los capítulos tercero y cuarto están centrados en torno al análisis del concepto schmittiano de soberanía, forjado sobre la base de la distinción entre norma y excepción. La excepción es un «concepto límite» que revela que la decisión y no la norma es la forma específica del derecho. De esta forma rechaza la filosofía del derecho contemporánea sintetizada y expuesta de forma magistral por Hans Kelsen. La excepción no está prevista, y, por tanto, no se encuentra prescrita. En términos constitucionales liberales «no hay competencia jurídica que contenga materialmente lo que significa». En el mejor de los casos se podrá especificar quién podría actuar, pero no lo que se podría hacer. Desde esta óptica, el soberano es el «que decide si se da un caso extremo de emergencia y también que debería hacerse para ponerle fin. Está fuera del orden jurídico normalmente aplicable y sin embargo le pertenece, porque es el responsable de decidir si la Constitución in toto debe ser suspendida». Ellen Kennedy expone así como Schmitt introdujo los aspectos modernos del pensamiento de Bodino en el derecho público de la Alemania del siglo XX: «Para Bodin —al igual que para Schmitt en 1922— la cuestión crucial en 1576, consistía en “¿Hasta qué punto la soberanía está limitada por las leyes y obliga en relación al Estado?”. El derecho natural es la base de la obligación en el argumento de Bodin, pero “en caso de emergencia, todos los compromisos contraídos bajo el derecho natural cesan”».

Schmitt y Kelsen estuvieron de acuerdo en que la ley debe desenvolverse dentro de una estructura de normas. Ahora bien, así como para Kelsen, las normas jurídicas se justificaban a sí mismas, para Schmitt requerían de una realidad política. «Ningún derecho es válido en el vacío; todo derecho es siempre derecho de una situación determinada». Por ello, aunque Schmitt nunca dejó de pensar en términos de Estado y de orden, el momento soberano fue el elemento central de su teoría política. Así en su Teología política afirmó: «Generalmente, y sin duda alguna en la historia de la soberanía, no se discute sobre un concepto como tal concepto. Se discute sobre su aplicación concreta, y, es decir, sobre quién decide en una situación de conflicto dónde reside el interés público y el interés del Estado, la seguridad y el orden público, (...). La excepción, que no está codificada en el orden jurídico vigente, puede, en el mejor de los casos, ser caracterizada como caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado, o algo semejante. Pero no puede resultar delimitada rigurosamente ni conformada por una ley preformada. Es precisamente la excepción lo que hace relevante el asunto de la soberanía, ella es la entera cuestión de la soberanía.» La profesora Kennedy nos muestra la evolución del pensamiento de Schmitt consistente en una continua ampliación del espacio de lo excepcional hasta llegar a convertirse en la realidad más importante.

En el capítulo quinto, se expone la teoría constitucional de Schmitt, teoría que sólo puede ser cabalmente comprendida a la luz de la teoría política anteriormente examinada. Los años que van desde 1929 a 1933 fueron decisivos para la República de Weimar, y la teoría constitucional de Schmitt se construye como una respuesta a sus problemas y desafíos. La Teoría de la Constitución (1928) de Schmitt no se asemeja a ninguna otra obra contemporánea sobre el Texto Fundamental de Weimar. No fue diseñada como un comentario sino con el propósito de fundar una nueva Teoría de la Constitución, su derecho y su política.

Toda Constitución moderna —escribe Schmitt— es una Constitución mixta. Con esta premisa, en su análisis de la Constitución de Weimar como ejemplo de Constitución moderna, Schmitt deslinda los elementos jurídicos —que identifica con el liberalismo— de los políticos —que identifica con la democracia. De esta forma, Schmitt a lo largo de su argumentación muestra como los principios organizativos del liberalismo (derechos fundamentales y división de poderes) entran en conflicto en instituciones concretas con la democracia.

El concepto primario de democracia es para Schmitt la identidad manifestada en «un pueblo concretamente presente, en cuanto unidad política, idéntico consigo mismo». La democracia puede ser concebida de dos maneras: como procedimiento o como sustancia, y ambas aparecen en la lectura que Schmitt hace de la Constitución de Weimar. Las concepciones sustanciales descansan en la identidad democrática definida en términos rousseaunianos de «una voluntad general» esto es la llave para convertir a un pueblo en una nación y en Estado. Las teorías procedimentales, por su parte, se refieren a una «forma de ejercitar las actividades del Estado» y la mayor parte de sus manifestaciones se caracterizan como «mandatos de la mayoría».

Importa subrayar que la cuestión de la igualdad democrática forma parte de una teoría de la nación como base social de la democracia moderna. No hay una base única, exclusiva o necesaria para la igualdad democrática, sostiene Schmitt, pero esta viene determinada en referencia a un «tercer término más elevado» cuya sustancia puede ser re-

ligiosa (la Reforma y las guerras civiles inglesas) racial (el Imperio británico) o la tradición y el destino comunes. Donde quiera que se pueda encontrar una nación constituida como una democracia, sus formas constitucionales estarán basadas en la homogeneidad nacional. Esta moderna concepción de la nacionalidad y de la pertenencia a un grupo nacional es lo que, según Schmitt, fundamenta la igualdad democrática. Su ausencia en un Estado resulta no sólo anormal sino también peligroso. «la palabra identidad significa lo existencial en la unidad política de un pueblo en contraste con algún tipo de cualidades ficticias, esquemáticas o normativas. La democracia presupone en el todo y en cada detalle de su existencia política, un pueblo homogéneo que posee la voluntad de existir políticamente». La homogeneidad y la voluntad política: éstas son las dos cualidades sustanciales que definen a la democracia según Schmitt. Y es este concepto de democracia el que permite construir su concepto de Constitución como «decisión inclusiva sobre el tipo y la forma de la unidad política». El Estado es esa unidad. La profesora Kennedy sintetiza el pensamiento schmittiano mediante esta ecuación: Pueblo igual a unidad política (igualdad sustancial o homogeneidad) igual a Estado.

Esa unidad política se vio amenazada en el final de la República. Los efectos de la crisis política y económica determinaron una crisis del Estado. Desde la perspectiva política, la crisis lo fue del parlamentarismo: «El parlamento deja de ser el representante de la unidad política; se convierte en un exponente de los intereses y disposición de ánimo de masa de electores, y el pensamiento de una selección de líderes políticos no justifica ya un Parlamento (...) sino que lleva a buscar un liderazgo basado directamente en la confianza de las masas». Ese liderazgo debe desempeñarlo el Jefe del Estado, legitimado democráticamente, y verdadero representante de la unidad política del Estado. Y por ello mismo —y en abierta oposición a las tesis de Kelsen sobre la necesidad de atribuir a un Tribunal de Derecho la función de defensa de la Constitución—, Schmitt concluirá que es al Jefe del Estado a quien corresponde también ser el defensor de la Constitución.

Finalmente, en el capítulo sexto se sintetizan los diferentes temas y problemas abordados en la obra. La profesora Kennedy proyecta todos los elementos de la teoría política y constitucional de Schmitt al momento final de Weimar, al derrumbamiento de la República, a la quiebra de su Constitución.

III. «Que la teoría política de Schmitt sea todavía válida o no en el presente, —escribe Ellen Kennedy— dependerá menos del mal uso que de ella puedan hacer los críticos del liberalismo que de su propia capacidad de explicar los efectos disfuncionales de las Constituciones demócrata-liberales de hoy».

La profesora de la Universidad de Pennsylvania no entra directamente en el debate mantenido por quienes sostienen que Schmitt contribuyó decisivamente al derrumbe de la República, optando por el nacional-socialismo mucho antes de 1933, frente a quienes afirman que su apoyo al sistema presidencial tuvo como objetivo defender la República de Weimar en tiempos difíciles y defenderla de sus enemigos totalitarios, por lo que ven una ruptura radical entre la obra anterior a 1933 y la posterior a esa fecha. Al fin y al cabo, eso es algo que sólo reviste interés para realizar un juicio moral de Carl Schmitt, y este, a la luz de su comportamiento durante los años del nazismo,

difícilmente puede ser positivo<sup>3</sup>. El interrogante verdaderamente importante es el siguiente: «¿Qué queda de vivo y qué se encuentra definitivamente muerto en la teoría política de Carl Schmitt?».

Ellen Kennedy concluye acertadamente que «el logro singular de Carl Schmitt consistió en desafiar, más radicalmente y con mayor efectividad que cualquier otro pensador, la tendencia a la abstracción del pensamiento político liberal sobre el Estado». Tendencia que en el ámbito jurídico había desembocado en el positivismo, y en el concreto campo constitucional, en el formalismo extremo.

Desde esta óptica, no cabe duda de que la comprensión de la Constitución como una decisión política fundamental (y no sólo una norma jurídica) sigue teniendo valor. La distinción entre la sustancia de la Constitución como decisión y las leyes constitucionales también: «Solo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de reforma». La Constitución vale en cuanto acto de voluntad de un poder constituyente. Las leyes constitucionales sólo cobran sentido en relación con la decisión política fundamental. Desde esta óptica y aplicando la distinción a la Constitución de Weimar, Schmitt sostuvo que abolir o reformar las decisiones sustantivas de la Constitución de Weimar a favor de la democracia, la representación liberal, el federalismo o los derechos individuales, no supondría una reforma sino una revolución. Las distinciones que establece entre la reforma constitucional en forma de enmienda, el quebrantamiento constitucional (una norma no es derogada ni modificada, sino violada en un supuesto particular, conservando su vigencia general para el resto de supuestos) y la suspensión constitucional son categorizaciones fundamentales. Schmitt advirtió así que cuando en la definición de Constitución se incluyen todas las disposiciones legales-positivas del documento constitucional, su unidad se convierte en un sinsentido, pues debe existir algún criterio que permita discernir la decisión política fundamental recogida en la Constitución de la ley constitucional<sup>4</sup>. De esta forma, advierte Ellen Kennedy, «Schmitt sustituye la jerarquía

3 Dejando a un lado la polémica científica resulta obligado recordar el contraste entre la caballerosidad, y elegancia del comportamiento de Kelsen, y la ruindad y mezquindad del de Schmitt. Como persona, desde un punto de vista moral, la superioridad de Kelsen sobre Schmitt fue evidente. El 6 de julio de 1932, Hans Kelsen resultó elegido decano de la Facultad de Colonia, y desde ese puesto alentó a Schmitt e hizo las gestiones oportunas para que su adversario intelectual se incorporara la Cátedra de Colonia. El ejemplar comportamiento del jurista vienés no se vio nunca correspondido por la conducta de Schmitt. Cuando tras la subida de Hitler al poder en enero de 1933, el claustro de la Facultad, encabezado por el nuevo decano, Hans Nipperdey, solicitó al gobierno de Prusia la no aplicación de las nuevas medidas de reorganización de la burocracia al profesor Kelsen en atención a sus méritos científicos y a sus servicios prestados en la Gran Guerra, Schmitt se negó a firmar tal petición. Fue el único que no sólo rechazó apoyar a su colega sino que defendió vehementemente las nuevas medidas antisemitas del gobierno nazi. Schmitt se vio recompensado con la codiciada Cátedra de Berlín y Kelsen fue expulsado de la suya. Esa decisión le condujo a abandonar tempranamente Alemania y de esta forma salvó su vida. Sobre estas cuestiones puede consultarse el magnífico Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi a La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional (Tecnos, Madrid, 2009), y también las sugerentes biografías de ambos escritas por F. Sosa Wagner: *Maestros alemanes del Derecho Público (II) Marcial Pons, Madrid, 2004. Págs. 151-192 y 215-259.*

4 En última instancia, esta distinción es la que permitió posteriormente a O. Bachoff alumbrar la categoría de «normas constitucionales inconstitucionales».

abstracta de las leyes por distinciones reales». Cosa distinta es que frente al formalismo extremo, su pensamiento acabara desembocando en un decisionismo igualmente reduccionista<sup>5</sup>. En todo caso y como advierte la autora, en juicio que compartimos, muchos de los argumentos de Schmitt en los que basa su crítica al positivismo y al formalismo continúan plenamente vigentes.

En este sentido, la profesora Kennedy destaca el realismo de Schmitt como una de sus principales contribuciones a la Teoría política y constitucional. Como indica el título de la revista en que se publican estas líneas, Schmitt se percató de la íntima conexión existente entre teoría y realidad constitucional: «Cuando Alemania se convirtió en República —escribe Kennedy— Schmitt comentó que la nueva Constitución representaba verdades autoevidentes sobre el Estado y lo político, creencias sobre la democracia liberal y representativa que no necesitaban ser justificadas porque eran parte de la identidad de los tiempos. Ninguna teoría política puede sobrevivir sin tales presupuestos; pero cuando éstos dejan de ser tan obvios, cuando lo autoevidente aparece como discutible o estúpido (...) la teoría sola no puede mantener unida la política. Todas las Constituciones pasan por momentos difíciles en algún momento. Si estos periodos son crisis genuinas depende de la relación de las ideas políticas de una Constitución con sus realidades. Se supone que las Constituciones median entre ellas, y su éxito depende de que esto se haga efectivamente».

Las críticas de Schmitt al positivismo y al formalismo, se extendieron también a las instituciones y al constitucionalismo liberal, y ello ha provocado un lógico recelo cuando no hostilidad declarada hacia su obra. En este contexto, el propósito del libro de la profesora Kennedy ha sido situar a Schmitt y a la República de Weimar en una tradición más amplia del pensamiento político acerca del Estado y de su derecho. Desde esta óptica, para la autora, Schmitt es el punto de llegada y el supuesto negativo de una tradición según la cual el Estado moderno y su Constitución presuponen necesariamente la constancia de «lo normal». Frente a esa tradición él colocó la excepción (y con ello la decisión) en el centro de su teoría.

IV. Aquí reside también, en mi opinión, una de las claves de la renaissance de Schmitt y ello porque el momento histórico actual —con independencia de que como señala Eloy García en el sugerente prefacio a la obra en diálogo con la autora, estemos más ante una decadencia o declive que ante una crisis propiamente dicha— puede caracterizarse para su cabal comprensión en términos políticos y constitucionales, como un estado de excepción permanente. Y en el estado de excepción en el que vivimos muchas de las ideas de Carl Schmitt recobran su plena vigencia.

El ataque terrorista contra los Estados Unidos perpetrado el 11 de septiembre de 2001 contribuyó a alterar profundamente el equilibrio entre libertad y seguridad, como principios básicos del Estado de Derecho. En la medida en que ello se tradujo en la aprobación de diferentes leyes antiterroristas, sujetas al control judicial de su constitucionalidad, la respuesta jurídica puede situarse en el marco de la normalidad

5 Frente a las visiones unilaterales extremas defendidas por Kelsen y Schmitt, correspondió a otro de los gigantes de Weimar (en feliz expresión de Domingo García Belaúnde): Herman Heller (de cuya muerte se cumple ahora el 80 aniversario) el mérito de alumbrar una Teoría del Estado en que las dos dimensiones de la Constitución convergían: la Constitución es, simultáneamente, norma y decisión.

constitucional. Ahora bien, junto a esas medidas, se arbitraron otras que sólo pueden ser comprendidas, guste o no reconocerlo, según la teoría de Schmitt. La ejecución extrajudicial de presuntos terroristas considerados amenazas potenciales para la seguridad nacional de los Estados Unidos llevada a cabo mediante ataques con drones (aviones no tripulados) ordenados por el Presidente de los Estados Unidos constituye el más significativo ejemplo del estado de excepción no declarado. Esas ejecuciones son contrarias al Derecho Internacional vigente, y resulta muy discutible su compatibilidad con el derecho interno norteamericano. Sin embargo, la convicción de que esas personas planean ataques contra ciudadanos, intereses o territorio norteamericano determina una situación de emergencia o excepción que exige una respuesta no prevista por el derecho. Ese vacío se cubre atribuyendo al Jefe del Estado la facultad de decidir por un lado, si esas personas son o no una amenaza, y en su caso, existe una situación de excepción; y por otro lado, y en último término, pronunciarse sobre la vida o la muerte de esas personas. Desde una perspectiva formalista o positivista, estas medidas sólo pueden ser consideradas actos de terrorismo de estado. Por el contrario, en el modelo político de Schmitt, el Jefe del Estado estaría actuando como defensor de la Constitución como un todo, aunque estuviera violando leyes constitucionales concretas. Lógicamente, estos actos son objeto de críticas con argumentos tanto jurídicos como éticos, pero el hecho de que esas críticas sean minoritarias y no hayan tenido efecto alguno, pone de manifiesto la vigencia de la concepción del Derecho defendida por Carl Schmitt.

En Europa podríamos igualmente señalar numerosos ejemplos del estado de excepción en que se encuentran muchas democracias constitucionales. El caso italiano es muy significativo. A finales del año 2011 la República italiana estaba sumida en un proceso de descomposición política. La mayoría gobernante utilizaban el poder ejecutivo y legislativo del Estado para evitar que el Poder Judicial pudiera exigirles responsabilidades por su comportamiento ilegal, corrupto y arbitrario. Ese mismo gobierno estaba conduciendo al país al abismo económico y la quiebra financiera del Estado era una posibilidad real. Ante el riesgo inminente del colapso de la República, el Jefe del Estado arbitró una fórmula (con el apoyo de los partidos políticos, y por ello formalmente parlamentaria aunque de facto era una respuesta a la crisis del parlamentarismo italiano), para que una personalidad de indiscutible prestigio profesional e intachable trayectoria, asumiera la jefatura del gobierno sin pasar por las urnas. La respuesta a la pregunta de ¿quién fue el defensor de la Constitución en Italia en noviembre de 2011? es claramente schmittiana. Ahora bien, esta respuesta sólo es válida en una situación de excepción. En situaciones en las que la Constitución sufre un ataque global (externo o interno) que afecta a su propia subsistencia<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Schmitt estuvo convencido hasta el final de sus días de que su tesis sobre esta cuestión era la correcta. Baste recordar que en sus últimos viajes a España, ponía el ejemplo de que el 23 de febrero de 1981 fue el Jefe del Estado y no el Tribunal Constitucional el que salvó la Constitución. Y tenía razón. Pero ello no quiere decir que Kelsen no la tuviera. Ocurre en realidad que ambos se están refiriendo a cosas distintas. Y ello porque partían de un diferente concepto de Constitución: la Constitución como norma jurídica y la Constitución como decisión política. Kelsen se refiere a la defensa jurídica de la Constitución, que es la que se lleva a cabo en situaciones de normalidad, mientras que Schmitt está pensando en la situación excepcional. Y en ella es evidente que la respuesta de Kelsen no basta porque «el derecho no puede protegerse así mismo». Incluso en EEUU, el país en que surgió el control judicial de la constitucionalidad de las leyes como mecanismo de

Podrían señalarse muchos otros ejemplos de estados de excepción constitucional: la situación en que se encuentran los Estados rescatados financieramente, bien sea de forma total (Grecia o Portugal,) o parcial como es el caso de nuestro país. Pero no es ese el objeto de estas páginas. Lo único que importa es, por un lado, poner de manifiesto que en ese contexto, nada tiene de extraño que en el mundo anglosajón asistiéramos a un renacimiento de Schmitt y a un fecundo debate sobre el significado y alcance de su teoría política y constitucional. Y, por otro, advertir —como hace el profesor Eloy García en el sugerente prefacio de la obra— que salvo honrosas excepciones, la doctrina española permanece ajena a esos debates. Desde esta óptica, el autor citado denuncia como en las últimas tres décadas los constitucionalistas españoles «optaron, bien por sacralizar las viejas categorías de la teoría del Estado y de la política de entreguerras por intermediación de un discurso gestado desde lo que Schmitt denominaría Constitución positiva, o bien por buscar refugio en el análisis de lo empírico y en las mediciones cuantitativas de una realidad política por principio forzosamente fluctuante». Las razones que explican este proceder son bien conocidas. Tras varias décadas sin Constitución, el restablecimiento de la libertad condujo a la creencia de que la mejor forma de garantizarla era «anclar en los siete candados de la Constitución el paradigma que desde Weimar había servido para articular los mecanismos de la democracia representativa, y esforzarse en hacerla realidad practicando una lealtad *avant la lettre* para con la legalidad y el imperio del derecho». La conclusión de todo ello como bien denuncia Eloy García fue clara: «un positivismo a machamartillo, apegado a la fiel observancia de los mandatos de la norma y atento sólo a la crítica construida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, encarnaba la garantía definitiva de que la democracia nunca sería traicionada». Se trata de lo que Pedro De Vega en un trabajo de lectura obligada publicado en estas mismas páginas denomina el positivismo jurisprudencial, como último estadio del positivismo que ha caracterizado al Derecho público occidental <sup>7</sup>.

En el convulso contexto político, económico y social de 2013, las contradicciones e insuficiencias de ese positivismo son evidentes. En el estado de excepción constitucional en que vivimos la fuerza normativa de la Constitución es cada vez menor. La Constitución no disciplina ya la realidad política y las garantías constitucionales clásicas (Tribunal Constitucional y Reforma Constitucional) no son mecanismos efectivos de defensa de la Constitución. Este es el contexto —de crisis, de decadencia o de excepción— que, guste o no reconocerlo, otorga su verdadero sentido y valor a la obra que he tenido el honor de comentar <sup>8</sup>.

\*\*\*

defensa jurídica de la Constitución, es preciso reconocer que ante el mayor ataque sufrido por su Constitución, cuando a mediados del siglo XIX, diversos Estados del Sur desafiaron la autoridad de la Unión, fue el Presidente Lincoln, quién como Comandante en Jefe, asumió la defensa política de la Constitución, y gracias a él, los Estados Unidos son hoy el gran país que conocemos.

<sup>7</sup> DE VEGA, P: «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional» en *Teoría y Realidad Constitucional*. Núm. 1, 1998. Págs. 65-88. Naturalmente, toda generalización resulta injusta. Ha habido excepciones. Esta misma Revista es la mejor prueba de ello.

<sup>8</sup> Debemos agradecer a la Editorial Tecnos la publicación durante los últimos años, —en su magnífica colección Clásicos del Pensamiento, dirigida por Eloy García— de muy cuidadas ediciones acompañadas de excelentes estudios preliminares y de contextualización de algunos escritos fundamentales de Carl Schmit: Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual; Posiciones ante el Derecho; Catolicismo romano y forma política.

TITLE: *The renaissance of Carl Schmitt. About Ellen Kennedy book: «Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar».*

ABSTRACT: *In this book, Ellen Kennedy has made a great and inspiring contextualization of thought of Carl Schmitt. Through new materials has revealed some of the most important keys to the author's thought and has exposed the reasons for Schmitt's renaissance in the Anglo-Saxon cultural universe. The author places the constitutional texts in the context of the Weimar Republic as such texts were a chronicle of the trajectory of the German Republic since 1919. This contextualization allows her to move to our present the understanding of the problems of Weimar, experience that is still alive in the current historical live.*

RESUMEN: *En Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución la profesora Ellen Kennedy ha elaborado una grandiosa y sugerente contextualización del pensamiento y la obra de Schmitt. A la luz de nuevos materiales ha desvelado algunas de las más importantes claves del pensamiento del autor alemán, y ha puesto al descubierto las razones que explican la Schmitt's Renaissance en el universo cultural anglosajón. La autora sitúa los textos constitucionales en el contexto de la República de Weimar como si fueran una crónica de la propia trayectoria de la República alemana de 1919. Y esta contextualización le permite trasladar a nuestro presente el examen y la comprensión de los problemas de Weimar habida cuenta que la historia de Weimar se encuentra perfectamente viva en el mundo de los problemas contemporáneos.*

KEY WORDS: *Key Words: Carl Schmitt, Weimar Republic, constitutional failure.*

PALABRAS CLAVE: *Carl Schmitt, República de Weimar, crisis constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 18.01.2012. FECHA DE ACEPTACIÓN: 13.02.2013.