

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

ÍNDICE

Introducción	9
Nota bibliográfica.....	17
Hans Kelsen	17
Carl Schmitt	18
Capítulo I	
Dos vidas que se cruzan (en Colonia)	21
1. Hans Kelsen: una vida errante hacia la gloria académica.....	21
2. Carl Schmitt: los peligros de una aventura intelectual	46
3. El asunto de Colonia	72
Capítulo II	
Ideas y conceptos para una conversación jurídica	75
1. Modernidad, Ilustración y positivismo: pensar el derecho	75
2. Los desacuerdos fundamentales	81
3. Kelsen: el discreto encanto de la normalidad.....	85
3.1 La ciencia jurídica y la tarea del jurista.....	87
3.2 Una breve aproximación a la teoría (pura) del derecho ..	91
3.3 Un pensamiento jurídico para la libertad	94
4. Carl Schmitt: el peligroso atractivo de lo excepcional.....	96
4.1 Idealismo y sociología de los conceptos	97
4.2 Los modos de pensar la ciencia jurídica	101
4.3 Decisionismo y excepción en el pensamiento de Schmitt ...	106
Capítulo III	
Estado y constitución	111
1. Introducción	111
2. Estado y Constitución en Kelsen.....	114

2.1	El Estado como orden jurídico de la comunidad política: elementos y formas de Gobierno	115
2.2	Estado, Constitución y soberanía.....	120
2.3	La cuestión de la norma fundamental.....	123
2.4	La Constitución positiva.....	126
	a) El problema del contenido	127
	b) Los derechos (fundamentales).....	129
	c) Reforma de la Constitución	133
2.5	La separación de poderes.....	135
2.6	Formas de organización territorial del Estado: en parti- cular, el federalismo.....	137
3.	Estado y Constitución en Schmitt.....	139
3.1	Los diferentes conceptos de Estado.....	141
3.2	La Constitución y la lógica ineludible del poder consti- tuyente	146
	a) Conceptos de Constitución	147
	b) La cuestión del poder constituyente	149
	c) El contenido de la Constitución.....	152
	d) La reforma de la Constitución.....	154
3.3	El Estado liberal: derechos y separación de poderes.....	157
	a) Derechos fundamentales y garantías institucionales.....	158
	b) La separación de poderes	160
3.4	El federalismo como problema.....	161

Capítulo iv

La democracia: dos alegatos	165
1. Introducción	165
2. La cosmología democrática de Kelsen	168
2.1 Relativismo y democracia.....	169
2.2 El Parlamento y la primacía de la democracia represen- tativa	172
2.3 La democracia y los principios políticos: libertad e igualdad.....	175
2.4 Los instrumentos de la libertad política y las instituciones de la deliberación democrática	178

a) El principio de la mayoría y la protección de las minorías.....	178
b) El Estado democrático como Estado de partidos.....	181
c) La importancia del compromiso político	183
d) La democratización de la administración	187
2.5 Democracia, socialismo y capitalismo	188
3. Schmitt: el momento autoritario de la democracia	191
3.1 Democracia y pluralismo frente a lo político	193
3.2 El elemento político de la Constitución: la relación entre la identidad y la representación	194
3.3 El ataque al parlamentarismo	197
3.4 La doctrina de la democracia en Schmitt.....	200
a) La disociación entre democracia y libertad.....	201
b) El problema de los partidos políticos.....	202
c) La imposibilidad del principio mayoritario	205
d) La democracia aclamativa	207
3.5 Defensa de la Constitución versus defensa de la demo- cracia	210

Capítulo v

La defensa de la Constitución: teoría y praxis.....	215
1. Introducción	215
2. La creación del Tribunal Constitucional en Austria	217
2.1 Kelsen en la Asamblea Constituyente	218
2.2 Auge y caída de Kelsen y del Tribunal Constitucional austriaco	220
3. La propuesta democrática para superar la crisis de la Consti- tución: la justicia constitucional de Hans Kelsen	223
3.2 La teoría del legislador negativo	226
3.3 Justicia constitucional y democracia.....	228
4. La posición de Carl Schmitt: el Jefe del Estado como defen- sor de la Constitución.....	230
4.1 El control de constitucionalidad de las leyes en Weimar ...	231
4.2 La tesis de Schmitt: la incompatibilidad de la justicia constitucional con la división de poderes.....	233
4.3 La necesidad de defender la Constitución del Parla- mento	235

4.4 El Jefe del Estado como defensor de la Constitución: el poder neutro	237
5. La réplica de Kelsen.....	238
6. Schmitt en la Constitución de Weimar: los poderes presidenciales y la dictadura comisarial.....	245
6.1 La opción por un poder presidencial fuerte.....	246
6.2 Los poderes excepcionales en la República de Weimar: el art. 48 de la Constitución.....	249
6.3 La ponencia de Schmitt en Jena sobre la «dictadura comisarial» del Presidente del Reich	252
6.4 La mutación constitucional de 1930 y la extensión definitiva de los poderes presidenciales.....	257
6.5 La intervención contra Prusia y la sentencia del Tribunal de Estado de 25 de octubre de 1932	264
7. El legado de Kelsen y Schmitt en lo referente a la defensa de la Constitución.....	269
Epílogo	275
Bibliografía citada	287