

La posición de Hans Kelsen ante la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar a la luz de la doctrina del derecho kantiana

Hans Kelsen's Position About the Enforcement of Art. 48 *WRV* in the Light of the Kantian Doctrine of Law

Alba Jiménez Rodríguez
 Universidad Complutense de Madrid
albjim04@ucm.es

Recibido / received: 02/11/2018
 Aceptado / accepted: 28/01/2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4690>

Resumen

En este artículo se presenta una contribución acerca de la interpretación de Hans Kelsen sobre la sentencia del Tribunal Estatal de 25 de octubre de 1932 que le enfrentó en Weimar a autores como Hermann Heller o Carl Schmitt. El trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto cómo la posición de Kelsen se vertebra en conexión con algunas teorías claves de la filosofía práctica kantiana tales como su concepto de imputación (*Zurechnung*) o su teoría de la política como doctrina ejecutiva del derecho, expuestos tanto en su obra capital *Crítica de la razón pura* como en los *Mitschriften* de sus lecciones de filosofía moral y derecho natural incluidos en el curso de las últimas décadas en el corpus de la edición académica de la obra kantiana.

Palabras clave

Kelsen, Kant, Constitución de Weimar, causalidad, imputación, decisión, legitimación, derecho, política.

Abstract

This paper sets out a contribution to the interpretation offered by Hans Kelsen to the Staatsgerichtshof decision on 25th.10.1932, about which he confronted with authors like Hermann Heller and Carl Schmitt. The work aims to make clear how Kelsen's theoretical position is constructed in connection to several key assumptions of Kant's Practical Philosophy, such as his concept of Imputation (Zurechnung) or his vision of Politics as Executive Doctrine of Law. These thesis are exposed in his main work Critique of Pure Reason (KRV), as also in the Mitschriften of his lessons on Moral Philosophy and Natural Law, included in the last decades in the Academic edition of the Kantian opus.

Keywords

Kelsen, Kant, Weimar Constitution, Causality, Imputation, Decision, Legitimacy, Law, Politics.



SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. El origen de la sentencia y las pretensiones de los actores de la demanda. 3. La respuesta del Reich. 4. Las interpretaciones más relevantes de la sentencia. 5. Conclusiones: la teoría del derecho kantiana como clave de lectura de la posición kelseniana. Bibliografía.

1. Planteamiento

El presente artículo tiene como objetivo desarrollar una reflexión sobre las relaciones entre el derecho y la política, en el contexto de la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen de los años 30, a propósito de la sentencia que emitió el Tribunal Estatal de Leipzig el 25 de octubre de 1932 sobre la constitucionalidad del decreto de julio de ese mismo año dictado para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos en el territorio del estado federado de Prusia. Así, la primera parte del artículo tratará de explicar las contingencias de tipo histórico-descriptivo que determinaron la sentencia objeto de estudio, así como situar el escenario y las coordenadas conceptuales y pragmáticas de la discusión entre algunos de los principales juristas y teóricos de la política de la época. En la segunda parte se dará cuenta de la relevancia que adquiere el pensamiento jurídico-político kantiano -basándonos tanto en obras capitales de su filosofía teórica y práctica como la *Crítica de la Razón Pura* o la *Metafísica de las Costumbres*, como en fragmentos estratégicos de sus *Vorlesungen* de filosofía moral y derecho natural- para desvelar las claves de la posición del jurista de Viena sobre el debate acerca de la relación entre la política y el derecho. En este sentido se afirmará la continuidad de la interpretación kelseniana de la sentencia en línea con su noción de legitimidad formal con la contraposición de origen kantiana entre los conceptos de causalidad natural o causa libre-imputación expuestos en la tercera antinomia de su *Crítica de la Razón Pura* y reinterpretados después en la teoría pura del derecho.

2. El origen de la sentencia y las pretensiones de los actores de la demanda

La sentencia es publicada originalmente en el año 33 en Berlín y prologada por Arnold Brecht con el título *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof* (Brecht, 1933)¹. Su objeto es dirimir la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto de emergencia emitido por Hindenburg el 20 de Julio de 1932 con el pretexto de los sucesos del 17 de Julio de 1932 en el llamado domingo sangriento de Altona cuando siete mil miembros de las *Sturmabteilung* (S.A.) marchan a través de una zona de gran concentración comunista en Prusia, en la que se había declarado el estado de sitio, nombrando comisario del *Reich* a Von Papen, cesando de su cargo a Otto Braun y, posteriormente, a todos sus Ministros que, conforme al derecho público alemán, tenían estatuto de funcionarios. La destitución aparece reflejada desde el primer artículo del Decreto:

“Durante el tiempo de validez de este decreto, el canciller del Reich será nombrado comisario del Reich en el Estado Federado de Prusia. En esta calidad es habilitado para cesar de su cargo a los miembros del Ministerio Estatal Prusiano. Está asimismo habilitado para asumir él mismo los servicios de urgencia del ministro de la presidencia de Prusia y para confiarles a otras personas, como comisario del *Reich*, la dirección de los ministerios prusianos. Le corresponderán al canciller del *Reich* todas las

¹ Existe traducción al castellano de la sentencia y de los respectivos comentarios que hicieron de la misma Hermann Heller en el *Frankfurter Zeitung* con el título “Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?” y Hans Kelsen en *Die Justiz*, así como del discurso de clausura presentando por Carl Schmitt como representante del Gobierno del Reich ante el Tribunal Estatal, en Vita (2015).

facultades del ministro de la Presidencia del *Reich*, así como a las personas a quien confíe la dirección de los ministerios prusianos, en el marco de sus competencias, todas las facultades de los ministros de Prusia. El canciller del *Reich* así como las personas a quien confíe la dirección de los ministerios prusianos ejercerán las facultades del Ministerio estatal”².

Con esta maniobra, el gobierno del *Reich*, ante un marco electoral amenazante³ como consecuencia de una posible alianza entre comunistas y socialdemócratas, planeaba hacer un guiño de consenso a los nacionalsocialistas que, en poco tiempo, acabarán por desplazar del todo a la socialdemocracia y capitalizar el espacio político (Sosa Wagner, 2005: 330). Se ha señalado al respecto que la promulgación del decreto y en general la actuación del canciller Brüning respondía a un triple objetivo: sustituir y debilitar al gobierno prusiano, impedir el nombramiento de Goering como ministro de la presidencia y restituir el sistema bismarckiano a través de una “unión funcional entre el gobierno prusiano y el gobierno del Reich” (Beaud, 2017: 101).

El Tribunal Estatal es creado por la Constitución de Weimar (en adelante WRV) de 1919 y pueden reclamar su intervención el gobierno del *Reich*, el Presidente del *Reich* o más de la tercera parte de los diputados del *Reich*. Todavía no estaba incluida entre sus competencias el control de constitucionalidad de las leyes, como sí hará el Tribunal Constitucional que incorpora en 1949 la ley fundamental de Bonn. El art. 19 de la WRV que regula las funciones del Tribunal Estatal dice expresamente:

“De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un *Land* donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios no privados entre distintos *Länder*, o entre el *Reich* y un *Land*, decidirá, a instancia de una de las partes, el Tribunal de Estado, siempre que el litigio no corresponda a otro Tribunal del *Reich*” (Rovira Armengol, 2010: 176).

Este artículo sustituye al antiguo art. 76 de la Constitución de Bismarck (en adelante RV 1871). La novedad que incluye respecto de ésta es la posibilidad de dirimir conflictos de derecho público entre el *Reich* y los distintos *Länder*. El Tribunal fue muy extensivo para reconocer personalidad y legitimación activa a los actores de las demandas. Por ejemplo, los partidos de los Parlamentos de los *Länder* pueden interponer demandas, tal como se aprecia en la sentencia Prusia contra el *Reich*. Los límites más allá de los cuales la actividad de este tribunal queda excluida son los litigios constitucionales entre los distintos órganos del *Reich*, entre el *Reichstag* y el Presidente del *Reich* o entre el Gobierno y el Presidente del *Reich* y, en principio, tampoco se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad material de las leyes del *Reich*. Generalmente se compone de jueces que provienen de otros tribunales superiores de justicia.

² En el original: “Für die Geltungsdauer dieser Verordnung wird der Reichskanzler zum Reichskommissar für das Land Preußen bestellt. Er ist in dieser Eigenschaft ermächtigt, die Mitglieder des Preußischen Staatsministeriums ihres Amtes zu entheben. Er ist weiter ermächtigt, selbst die Dienstgeschäfte des Preußischen Ministerpräsidenten zu übernehmen und andere Personen als Kommissare des Reichs mit der Führung der Preußischen Ministerien zu betrauen. Dem Reichskanzler stehen alle Befugnisse des Preußischen Ministerpräsidenten, den von ihm mit der Führung der Preußischen Ministerien betrauten Personen innerhalb ihres Geschäftsbereichs alle Befugnisse der Preußischen Staatsminister zu. Der Reichskanzler und die von ihm mit der Führung der Preußischen Ministerien betrauten Personen üben* über die Befugnisse des Staatsministeriums aus.” (La traducción es nuestra) La sentencia se publica con el título *Verordnung des Reichpräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen* y disponible en el siguiente enlace: <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/preussen-notverordnung32.htm>. En la transcripción de la fuente consultada falta la raíz “üben” del verbo *ausüben* que hemos añadido nosotros.

³ Las elecciones de julio habían favorecido claramente al NSDAP que recaba cerca del 38% de los votos y a los comunistas que obtienen casi el 15%. El KPD pasa de 77 a 89 escaños.

La sentencia del 30 de octubre de 1932 responde a cuatro demandas simultáneas. i) La de los representantes del Parlamento de Prusia: el *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (SPD) y el Partido de Centro (en adelante *Zentrum* o DZP). En representación del *Zentrum* acudió Hans Peters y la fracción del SPD fue representada por Herman Heller, el jefe de gobierno de Prusia, Otto Braun y los ministros que el decreto había depuesto. ii) En representación de Prusia intervinieron Arnold Brecht, Hermann Badt y los profesores F. Giese, autor del primer comentario a la Constitución de Weimar, y G. Anschütz. Brecht, autor de la *Teoría Política y de Preludio del silencio: el final de la República Alemana*, presentó como argumento la negación de la existencia de un estado de excepción en Prusia y trató de probar que dicho Estado no había incumplido ningún tipo de obligación constitucional, tal como trataba de hacer valer el *Reich*. iii) En tercer lugar intervino el Estado Federado de Baviera y en su representación Hans Nawiasky (Consejero de Estado), Heinrich von Jan (Consejero de Gobierno) y el profesor Th. Maunz. Nawiasky ya se había pronunciado en diversos escritos contra la interpretación de Carl Schmitt o de Erwin Jacobi del art. 48 en *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV*, las cuales avalaban lecturas no restrictivas del mismo y de las competencias del Presidente del *Reich* (Nawiasky, 1928: 24 y 122). iv) Se suma a esta demanda la del Estado Federado de Baden. En su representación acuden el funcionario H. Fecht y el Consejero de Estado E. Walz. En representación del *Reich* destacan los funcionarios G. Gottheiner y W. Hoche y los profesores Erwin Jacobi, Carl Schmitt y Carl Bilfinger, el mismo que sugirió precisamente la necesidad de reconocer el carácter político de todo derecho constitucional, retomando la divisa de Triepel: “Das Staatsrecht hat ja im Grunde gar keinen anderen Gegenstand als das Politische” (Bilfinger 1928: 282).

La parte actora comienza argumentando que no se han dado las condiciones para la aplicación del artículo 48. 1 WRV y artículo 48. 2 WRV. Por ello, todas las medidas tomadas (destitución de cargos de Presidente y Ministros, jubilaciones de funcionarios en virtud del § 3 del decreto de Prusia de 26 de febrero de 1919, envío de representantes y apoderados desde el *Reichstag*) debían ser tenidas por inconstitucionales. La designación de un comisario del *Reich* —argumentan— era claramente incompatible con la Constitución. En segundo lugar, sostienen que se ha interferido gravemente en la estructura federal tal como es protegida por la Constitución y, en tercer lugar, que el decreto de 20 de Julio se ha utilizado como un vehículo de la política nazi. La parte actora estima necesario que el Gobierno del *Reich* reconozca que son inconstitucionales las siguientes medidas: privar a los miembros de los gobiernos de los Estados Federados del ejercicio de sus cargos; que se limite la representación de un Estado Federado frente al *Reich* y que se contraigan préstamos a cuenta de los Estados Federados. Solicita asimismo se reconozca que la declaración del Gobierno del *Reich* sobre la complicidad entre el ejecutivo prusiano y el Partido Comunista no está en absoluto justificada ni sus hechos probados.

La parte actora apuesta por una interpretación sistemática de los artículos de la Constitución y entiende que el *Reich* no puede impunemente destituir a un gobierno federal cuya estructura está protegida por el art. 17 WRV (Rovira Armengol, 2010: 171) que regula la constitución democrática de los *Länder* y por el art. 63 WRV (Rovira Armengol, 2010: 223-224) que garantiza que los *Länder* estarán representados en el *Reichsrat* por miembros de sus respectivos gobiernos conforme al derecho constitucional del Estado Federado. Asimismo, considera que las condiciones para la aplicabilidad del art. 48. 2 WRV tienen que ser evaluadas por el Tribunal Estatal. La situación de desorden o guerra civil no es motivo suficiente para declarar el art. 48. 1 WRV. Es necesario probar, además, que el Estado Federado no ha puesto el celo necesario para evitar esta situación de desobediencia y que esta actitud se ha perpetrado dolosamente. El Estado de Baviera requiere un pronunciamiento del Tribunal Estatal en la dirección de garantizar que la aplicación del art. 48 WRV no tendrá

lugar en otros estados federados, pues, a pesar de las declaraciones aparentemente tranquilizadoras del Gobierno del *Reich*, en el marco de la Conferencia de Estados Federados en Stuttgart de 23 de Julio de 1932, los Estados Federados ven con desconfianza la seguridad sobre el mantenimiento de su autonomía. El Estado de Baden manifiesta un interés jurídico similar y solicita aclaración sobre quién conforma realmente el gobierno de Prusia en ese momento y quién lo representa en el *Reichstag*. Su línea argumental más visible reside en la explicitación de que no se ha observado el principio de proporcionalidad del medio en la aplicación de medidas.

3. La respuesta del Reich

Los juristas del Reich argumentan en primer lugar que las demandas de los Estados Federados son demasiado generales, no atendiendo a la situación de hecho que se ha vivido en concreto. En segundo lugar, ponen en tela de juicio la legitimación activa tanto de Baviera y Baden como de las fracciones políticas del SPD y del *Zentrum* en Prusia para convertirse en partes actoras del proceso, ya que no se trata de litigios constitucionales que tengan lugar en el marco de un Estado Federado, sino en el contexto de la relación de un Estado Federado con el *Reich*. A su juicio, la aplicación del artículo 48 es plenamente legítima. Por lo que respecta al 48. 2 WRV queda claramente justificada debido a la situación de guerra civil desencadenada en Prusia. La necesidad de la aplicación del 48.1 WRV se explica por la transgresión de Prusia del deber frente al *Reich* de mantener el orden y la seguridad en su territorio y la violación del deber de fidelidad que tiene el Estado Federado para con el *Reich*.

Los juristas del *Reich* trataron de subrayar la presunta falta de neutralidad del gobierno prusiano que se decantó claramente en favor de los comunistas en el momento de los disturbios y la falta a sus obligaciones constitucionales en la que incurrieron al no evitar una situación de desorden teniendo a su alcance los medios para hacerlo. En concreto afirma que la conducta del Gabinete Ejecutivo dependía de la conducta tácita del partido comunista, que personas claves del ejecutivo habían perdido su independencia respecto del partido comunista e incluso que funcionarios del Estado así como el Jefe Superior de la Policía de Prusia -con su concesión de licencias de armas a miembros del SPD y del KPD- habían sido cómplices de objetivos terroristas ilegales del Partido Comunista.

Sobre la idoneidad de los actores, el Tribunal no cuestiona la *legitimatío ad causam* de los distintos Estados Federados, pero considera que las fracciones no pueden impulsar un litigio contra el *Reich*. Tampoco los ministros que demandan al *Reich* como personas individuales. Sólo los estados federados están autorizados para ello. El Tribunal distingue las peticiones de los actores en tres grupos: i) las referidas a la constitucionalidad del decreto de 20 de julio ii) las referidas a las medidas que debían o no ejercerse en virtud de la aplicación del 48 y iii) las referidas a la decisión sobre el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de Prusia para con el *Reich*. El Tribunal decide que no debe pronunciarse sobre el segundo tipo de medidas considerando que el interés de los estados federados por conocer este extremo es de naturaleza estrictamente política y no le compete resolver al respecto. Sobre el tercer tipo de medidas, el Tribunal da la acusación de incumplimiento como no probada.

Los jueces se concentran por tanto sobre las medidas relativas a la constitucionalidad del decreto de 20 de julio y resuelven que sí es compatible con la Constitución en virtud de la alteración del orden y seguridad públicos que hacían conveniente la aplicación del 48. 2 WRV. Por su parte, consideran que no hay exceso alguno ni desviación en el ejercicio de este poder discrecional del Presidente del *Reich* al que le otorgan incluso una capacidad permanente. La ambigüedad de la resolución del Tribunal no se hace esperar cuando, al pronunciarse sobre el art. 48. 1 WRV

parece por un lado afirmar que sí es cierto que, en base a una lectura conjunta del 48 con los artículos 17, 63 y 33 de la Constitución de 1919, se debe tratar de limitar el desplazamiento de competencias de Prusia al *Reich* pero, de otro lado, entiende que la redacción del decreto es claramente compatible con el hecho de que la destitución de cargos del gobierno prusiano tenga un carácter permanente. El Tribunal asume desde el comienzo que debe decidir sobre si el Decreto ha obrado correctamente en la aplicación tanto del 48.1 como del 48.2 WRV entendiendo que hay que examinar por separado ambos artículos. Esta separación conceptual se vincula a su distinta procedencia. El artículo 48.1 WRV responde al art. 19 de la Constitución del *Reich* de 1871 o *Bismarcksche Reichsverfassung* (en adelante: RV 1871) que reza así:

“Cuando un miembro del Estado Federado no cumple sus deberes federales conforme a la Constitución, pueden ser sujetos por la vía de la ejecución. Esta ejecución es decidida por el consejo federal y ejecutada por el emperador”⁴.

El art. 48.2 recoge el espíritu del artículo 68 RV 1871: “Cuando la seguridad pública es amenazada en una zona federal, el emperador puede en cada una de las partes de la misma declarar el estado de guerra”⁵. Este segundo precepto no presupone por supuesto el primero: el orden público y la seguridad pueden verse amenazadas sin que el estado federal haya incumplido ningún deber para con el *Reich*, a menos -ahí está la clave del argumento que se tratará de hacer valer- que la creación de la situación de desorden o, al menos, su no erradicación, pueda imputarse dolosamente a la acción u omisión del Estado Federado en cuestión. El Tribunal Estatal considera que, no obstante, es preciso considerarlos conjuntamente puesto que pertenecen a un mismo título y a un mismo artículo y puesto que en la práctica suelen darse conjuntamente. Al respecto, Schmitt había respondido con contundencia afirmando que los párrafos 1 y 2 del art. 48 aparecen descoyuntados y faltos de conexión; hecho que explica apelando a la génesis del texto, pues el segundo párrafo es añadido posteriormente en una comisión estatal al párrafo primero, incluido desde el principio en el §63 del proyecto de Constitución de Preuss: “La estrecha vinculación que la interpretación usual establece tácitamente entre la primera y segunda frase del párr. 2, a fin de que se haga posible una interpretación restrictiva, no se puede justificar en absoluto con la literalidad del texto.” (Schmitt, 2013: 309) Por ejemplo, que un Estado Federado incumpla sus obligaciones para con el *Reich*, puede dar lugar a una situación manifiesta de desorden e inseguridad pública. Conforme a la letra, el Tribunal Estatal decide que, tras la separación conceptual, el decreto no encuentra un fundamento legítimo para la aplicación del 48.1 WRV. Además, frente a las pretensiones del *Reich* de implementar estas medidas discrecionalmente, expresadas por ejemplo por su Ministro Preuss en la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, el Tribunal recaba para sí la posibilidad de decidir si, conforme a derecho, se cumplen las condiciones de hecho para que la situación concreta pueda subsumirse bajo el tipo legal del 48.1 WRV. En este sentido, por tanto, el gobierno del *Reich* tiene que responder ante el Tribunal Estatal.

Respecto del incumplimiento del “deber de lealtad” al que habían aludido los representantes de los intereses del *Reich*, basándose sobre todo en unas declaraciones del Ministro del Interior de Prusia, Severing, el Tribunal Estatal también afirma que no es razón suficiente para afirmar la existencia de un incumplimiento de

⁴ En el original: Wenn Bundesglieder ihre verfassungsmässigen Bundespflichten nicht erfüllen, können sie dazu im Wege der Exekution angehalten werden. Diese Exekution ist vom Bundesrathe zu beschließen und vom Keiser zu vollstrecken. Disponible en el siguiente enlace: <http://www.verfassungen.de/de/de67-18/verfassung71-i.htm> (La traducción es nuestra)

⁵ En el original: “Der Keiser kann, wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist, einen jeden Theil desselben in Kriegszustand erklären...”. Disponible en: <http://www.verfassungen.de/de/de67-18/verfassung71-i.htm> (La traducción es nuestra).

los deberes del estado federado para con el *Reich*, puesto que tales críticas y afirmaciones deben encuadrarse en un contexto de tensión política donde cierto grado de disensión es razonable y permisible. Por lo demás tales declaraciones fueron pronunciadas en su calidad personal de miembro de un partido, no con carácter oficial.

Por último, el *Reich* había intentado demostrar con un tercer argumento el incumplimiento de deberes por parte de Prusia, alegando que no habían combatido de manera eficiente la violencia comunista. Aunque el Tribunal considera que debe reconocerse que el Ministro Interior de Prusia en ocasiones no aceptó ciertas sugerencias del *Reich* para tomar determinadas medidas contra los comunistas, no puede afirmarse de ningún modo que le haya faltado poder de acción o independencia para evitar la violencia provocada por los comunistas. Ahora bien, respecto del art. 48.2 WRV el Tribunal Estatal considera que sí se dan las circunstancias para su aplicación, por lo que el Presidente del *Reich* está habilitado para servirse de todos los medios que tenga a su alcance con el objetivo de reestablecer el orden y la seguridad públicas. Aún en el caso de que la situación de desorden fuera en el fondo fruto de las acciones del *Reich*, llegados a este punto, el Tribunal considera que es apropiado que todas las fuerzas de seguridad (las del *Reich*, pero también las de Prusia) se concentren en una sola mano. Y, análogamente, aunque existieran tales negociaciones políticas con el partido nacionalsocialista, no puede hablarse de un exceso del poder discrecional del Presidente del *Reich* siempre y cuando sus medios y la finalidad de sus acciones sean necesarios y apropiados para el restablecimiento del orden y la seguridad pública en Prusia. Es decir, aun no habiéndose cumplido las condiciones para la aplicación del 48.1 WRV, el Presidente puede adoptar dichas medidas en virtud de la discrecionalidad que le otorga el 48.2 WRV. No puede admitirse un desplazamiento de competencias sin límites del estado federado al *Reich* porque contradice otros preceptos constitucionales como los arts. 63 o el 33 WRV que le garantizan la posibilidad de desempeñar su propia representación frente al *Reich* o frente a otros Estados Federados. Pero la destitución y designación de Comisarios del *Reich* se encontraría, como se ha sugerido, protegida por el art. 48.2 WRV en tanto que la adopción de medidas es discrecional para el Presidente del *Reich*.

4. Las interpretaciones más relevantes de la sentencia

De entre las muy sugestivas interpretaciones del proceso realizadas, en la edición traducida al español de la sentencia del 30 de Octubre de 1932, el estudio citado de Leticia Vita presenta las lecturas paradigmáticas de la misma, esto es, los respectivos comentarios de Carl Schmitt, Hans Kelsen y Herman Heller, otorgando a esta última el lugar privilegiado de *tertium quid* entre las posiciones antagónicas de Schmitt y Kelsen (Vid.: Heckel, 1933, 183 ss). El texto de Herman Heller: *Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?* fue publicado por primera vez el 10 de Agosto de 1932 en el *Frankfurter Zeitung*. Su argumento fundamental tenía como objeto poner de relevancia la dimensión política de la posición del *Reich*, tratando de demostrar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no se dan las condiciones para la aplicación del art. 48 WRV y que el decreto de 20 de julio supone, tomando la expresión de Smend, un “abuso en las formas” (Smend, 1928: 224). En efecto, Smend, en su *Verfassung und Verfassungsrecht*, se refiere a cuestiones susceptibles de interpretarse simultáneamente desde el punto de vista jurídico o político y, al examinar la expresión de la división de poderes en los textos constitucionales, distingue entre distintos sistemas funcionales de acuerdo a si se trata del juego político del poder legislativo y ejecutivo, cuyas funciones políticas integradoras serían el gobierno y la dictadura, o de la legislación y jurisprudencia cuya función política se concentra en la vida jurídica o de la Administración, la cual detentaría la función de proporcionar bienestar a la sociedad a través del Estado. Cuando los actos estatales o las instituciones exceden sus límites en la consecución de fines ajenos a su propia

misión, debe hablarse de “abuso en las formas”. La discusión que propone Kelsen en el contexto de la interpretación de la sentencia también implica como es evidente una clara continuidad con su trabajo de 1930 *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung* y de su polémica con Smend acerca de las relaciones entre Estado y Derecho. La teoría de la Constitución de Smend se había formulado en oposición a las teorías formalistas de Kelsen incapaces a su juicio de reconocer que las normas fundamentales de los estados surgían precisamente como producto de la sedimentación de realidades sustantivas y concretas previas al derecho. El concepto de “integración”, en su triple fórmula personal, funcional y material, implica justamente que la existencia del Estado depende de la formación de condiciones prejurídicas y sentimientos de co-pertenencia vehiculadores de las comunidades -muy ajenos a los procesos deliberativos, públicos y conforme a razón que vindicaban los neokantianos- sin los cuales las normas de las Constituciones serían letra muerta carente de todo espíritu y sentido (Kelsen, 2009: 137 y ss).

Heller considera que habría sido suficiente con acogerse de forma responsable al artículo 15 de la Constitución de Weimar. El art. 15 WRV concedía al *Reich* no sólo un derecho de inspección reglada o control jurídico para valorar si las leyes del *Reich* se estaban cumpliendo correctamente, sino incluso un derecho de inspección discrecional para examinar si los intereses del *Reich* se podían ver eventualmente perjudicados por algún acto de los *Länder*. Asimismo, otorgaba medios expeditivos: no sólo la capacidad para promulgar instrucciones generales, sino la posibilidad de enviar comisarios del *Reich* que, bajo la autorización de los organismos superiores de los *Länder*, pudieran velar en todo momento por el cumplimiento de la Constitución. Este artículo no permitía actos autoritarios de parte del *Reich* para restablecer el orden y la legalidad, sino que abría la posibilidad de acudir a un tribunal imparcial como el *Staatsgerichtshof*. Existían por tanto otros medios apropiados para servir a los mismos fines que el 48.1 WRV. Heller asume por lo demás que existen dos condiciones necesarias para que se hubiera podido aplicar con justicia el art. 48.2 WRV: que la violencia o el desorden en Prusia hubiera sido ostensiblemente mayor del que tenía lugar en otros estados federados y que Prusia se hubiera negado de manera manifiesta a poner los medios oportunos para subsanar esta situación. Puesto que no se cumplen ninguna de los dos, Heller opina que su aplicación es abiertamente inconstitucional. Por su parte, entiende que las medidas adoptadas al amparo del art. 48.2 WRV no cumplen los límites establecidos por la propia Constitución de Weimar: no son necesarias; alteran el mínimo organizativo de la Constitución y dan cauce a la interpretación según la cual la enumeración de los derechos fundamentales que pueden vulnerarse en función del art. 48. 2 WRV es ejemplificativa y no taxativa, cuando el sentido común parece entender -*enumeratio ergo limitatio*- que toda enumeración excluye por principio lo no numerado. Por último, las medidas en ningún caso pueden ser permanentes, como parece avalar el Tribunal Estatal, puesto que la propia naturaleza excepcional de las mismas lo volvería contradictorio. Una situación excepcional para Heller significa un grave ataque contra la democracia parlamentaria, no una mera anulación del conflicto político producto natural del pluralismo, como hubiera querido Schmitt. El Decreto, en definitiva, a juicio de Heller, responde a las negociaciones políticas de Papen con los nazis, no a las razones jurídicas y neutrales que se pretendían hacer valer.

El discurso de Carl Schmitt aparece recogido en el *Schlußrede vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig*, publicado en 1940 en el libro *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles* (1923-1939). Gracias a sus continuas publicaciones a favor de la dictadura comisarial y a su amistad con el secretario de finanzas J. Popitz y con la mano derecha de Hindenburg, Kurt von Schleicher, llaman al *Kronjurist* como defensor del *Reich* en el proceso. Schmitt subraya la naturaleza política de ciertos aspectos del proceso cuestionando la legitimación de los actores

de la demanda. Del SPD y del *Zentrum* por ser meros partidos políticos y de Prusia por tener a casi la totalidad de su gobierno depuesto. Bien mirado, el Presidente del *Reich*, afirma Schmitt, actúa con neutralidad para preservar la autonomía del Estado Federado⁶. Son los partidos políticos los que en realidad ponen en peligro la autonomía de los estados federados y el Presidente del *Reich* el que está llamado a recobrarla. Su posición se presenta claramente como una continuación de su crítica al normativismo y los debates con Kelsen sobre el defensor de la constitución y su teoría de los llamados “puntos de imputación” (Schmitt, 2012: 266). El propio Heller había sintetizado con gran claridad el trasfondo del conflicto:

“En la actualidad se hallan frente a frente, en la cuestión del fundamento de la validez de una Constitución estatal objetivada, dos concepciones irreconciliables e igualmente unilaterales. Para el normativismo “puro” de Kelsen y su escuela, es la norma fundamental, que representa el “origen lógico” de la Constitución, la que como hipótesis jurídica establece “la autoridad constituyente”; la Constitución recibe así su validez “jurídicamente” -no lógicamente- relevante de esta norma primordial, pero, en cambio, su contenido “del acto de voluntad empírico de la autoridad constituyente” (Kelsen, *Souveränität*, P: Vi d. Heller, *Souveränität*, pp. 53, 55 s.). A esta norma desprovista de poder, válida lógicamente, no jurídicamente, contraponen C. Schmitt el poder sin norma, carente por completo de validez. Según él, la Constitución “positiva” no es en absoluto algo normativo, sino que “vale” en virtud de la voluntad política existencial del que la da (ob. cit., p: 22)” (Heller, 1971: 296).

El Tribunal Estatal, a juicio de Schmitt, sólo debe atenerse a velar por cierta formalidad de los procesos, pero las cuestiones políticas desbordan por completo sus competencias. Para disolver el *Reichstag* o para impulsar procesos de defensa de la Constitución, cuya naturaleza es en realidad política, se requiere la intervención del Presidente del *Reich* (Schmitt, 2003: 338). Los jueces deben limitarse al ejercicio de la subsunción real, siendo el *Reichpräsident* el único capaz de tomar genuinas decisiones políticas y declarar el estado de excepción, lo que compromete de inmediato la necesidad de prever y desarrollar la forma de las eventuales intromisiones en la construcción organizativa de la Constitución que conlleva por necesidad tal estado, una vez se han dejado en suspenso derechos fundamentales (Schmitt, 2013: 306-308) o se ha hecho efectivo el traspaso de poder ejecutivo en forma de un gobierno comisarial, así como la habitual distribución de poderes y cuotas de soberanía entre los Estados. Sin duda, el debate constitucional que propicia la aplicación del art. 48 WRV aparece como un ejemplo más de la polémica entre decisionismo y normativismo que enfrentó a Schmitt y a Kelsen durante aquellas décadas. Si se acepta la división kantiana entre un reino del *Ser* y un reino del *Deber Ser*, en casos donde la estabilidad constitucional queda cuestionada, siempre se hace preciso dar cuenta del fundamento de nuestra obediencia a las normas jurídicas sin reducir el espacio lógico de la validez al ámbito fáctico. En obras como *Teología Política* Schmitt había cifrado ese momento constituyente en un Leviatán o legislador extraordinario *ratione necessitatis* para el que queda difuminada por completo la distinción entre la ley y la aplicación de la ley a través de una superposición entre el poder legislativo y el ejecutivo, siendo capaz de crear derecho no solo *praeter legem* sino incluso *contra legem* (Orestes, 2001: 312). El carácter mediador, tutelar y neutral que Schmitt otorga a las decisiones del Presidente del *Reich*, Kelsen sólo podría atribuírselas a una instancia jurídica de carácter normativo. A juicio de Schmitt, la decisión sobre la constitucionalidad de una ley o un proceso jurídico no puede ser por

⁶ Lo que a juicio de Schmitt permite discernir entre sentidos negativos de la palabra neutralidad (neutralidad como no intervención, neutralidad como igualdad de oportunidades en el marco de una concepción instrumental del Estado e igualdad para la formación de la voluntad política o para la distribución de ventajas políticas) de los sentidos positivos (como objetividad, como actuación pericial no interesada, como expresión de unidad) es precisamente que estos últimos aparecen vinculados al acto de tomar una decisión (Schmitt y Kelsen, 2009: 201-207).

definición una cuestión apolítica. Recurrir a un tribunal especial para dirimir cuestiones constitucionales ya implica en cierto modo recaer en una despolitización de la justicia. Desde el punto de vista de la teoría del poder, la justificación de las normas jurídicas siempre habría de verse disuelta en los procedimientos efectivos creadores de derecho positivo: “Si el derecho es algo que está ahí, estará sujeto a las leyes de la causalidad como todo lo que está ahí” (Schmitt, 2011: 15). Pero la cuestión es si es posible reducir la interpretación del mundo a un único principio de inteligibilidad, el del ámbito de la causalidad subalterna eficiente, como habría dicho antes Kant o para reconocer la autonomía del universo normativo es preciso reconocer la coexistencia de dos principios heteróclitos de inteligibilidad. Así, anticipando el problema de la crítica al psicologismo que enuncia la imposibilidad de deducir la validez a partir del ámbito del devenir empírico fáctico con la que, no sólo se había detenido la escuela neokantiana, sino que será después desde Husserl la base de la corriente fenomenológica, afirma Schmitt:

“La cuestión no es saber quién fue primero en el mundo, si el derecho o el poder, sino si el derecho puede ser deducido de los hechos. El reconocimiento del derecho por los hombres constituye sólo un hecho y lo que corresponde preguntarse es si los hechos pueden fundar el Derecho. Si se responde con una negativa, se establece una contraposición entre dos mundos. Se hace el derecho autosuficiente e independiente del poder y se sigue un dualismo que se corresponde con la antítesis entre ser y deber, entre una consideración normativa y otra genética, una crítica y otra científica” (Schmitt, 2011: 16).

La posición de Kelsen, elaborada después del proceso, recusa a su vez la posición schmittiana en línea con el debate que venían manteniendo en los últimos años. El texto de Kelsen *Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932* aparece publicado ese mismo año en la Revista *Die Justiz*. Kelsen comienza constatando que el decreto de 20 de julio, pese a llevar en su propio título la idea de que es dictado para el restablecimiento del orden y la seguridad pública en Prusia, es decir, como aplicación del 48. 2 WRV, finalmente se presenta como un acto de intervención federal (*Reichsexecution*) conforme al 48.1 WRV. Por tanto, el decreto obliga al cumplimiento de deberes que en el fondo no han sido suficientemente especificados. Se concentra todo el poder en una mano para restablecer el orden, pero la mano -replica Kelsen- es la del *Reich*. El resultado de la sentencia conlleva a juicio de Kelsen la vulneración de los dos principios organizativos fundamentales de la Constitución: a saber, el principio federal y el principio democrático. Prusia ha pasado de ser un Estado Federado conforme a la Constitución, a ser una provincia del *Reich*. Democracia, en el marco de un Estado Federal, afirma Kelsen, significa “autodeterminación”. Kelsen destapa la trampa del argumento del Tribunal Estatal que, en concordancia con el propio decreto, supone implícitamente que el mismo estado de cosas puede subsumirse bajo el 48.1 WRV y bajo el 48.2 WRV. Por otro lado, cuando la sentencia habla de reunir en una mano la totalidad de los medios de poder estatales del *Reich* y de Prusia, en realidad está hablando a tenor del desarrollo posterior, apunta Kelsen, de la transferencia al *Reich* de plenos poderes. Parece que, finalmente, de este modo, el *Reich* asume no sólo competencias ejecutivas, sino incluso competencias legislativas.

El Tribunal Estatal entra en flagrante contradicción por el siguiente motivo: por un lado declara legítimo el decreto según el cual se transfieren al *Reich* todas las competencias, incluso la facultad de representación en el *Reichsrat* y, por otro lado, apela a la conveniencia de respetar los arts. 17, 60 y 63 WRV que ponen claramente de manifiesto el hecho de que los Estados Federados sólo pueden ser representados lícitamente por aquellas personas democráticamente elegidas en sus propios parlamentos. El Tribunal pretende distinguir entre facultades que sobre la base del 48.2 WRV pueden ser sustraídas o desplazadas del estado federado al *Reich* y

aquellas que no pueden serlo⁷. Expresamente afirma que la representación de Prusia frente al *Reich* debería mantenerse incólume. Sin embargo, a juicio de Kelsen, estas facultades que no pueden serle sustraídas a los Estados Federados no pueden tampoco ejercerse sin las competencias que de hecho la sentencia sí habilita a retirar en virtud de una determinada aplicación de las medidas que el art. 48.2 WRV haría posible adoptar. Kelsen ironiza respecto de la idea sugerida por el Tribunal Estatal de una colaboración pacífica entre Prusia y el *Reich* y afirma que lo que el *Reich* ha pretendido instituir es una sociedad leonina toda vez que el Estado federado que supuestamente incumple deberes frente al *Reich* ya ni siquiera tiene una verdadera entidad independiente del *Reich*, ni en el plano ejecutivo, ni en el plano legislativo.

Respecto de la valoración sobre la legitimidad de la aplicación del art. 48.1 WRV, el Tribunal Estatal incurre ahora en un grave defecto formal con importantes consecuencias prácticas. La falta de compatibilidad con la Constitución de la aplicación del art. 48.1 WRV, declarada inconstitucional, por cierto, no de modo inequívoco, se lleva a cabo en la fundamentación de la sentencia, no en la sentencia misma o en el fallo, a saber, en la parte dispositiva de la misma, por lo que la redacción de dicha declaración no excluye en absoluto el hecho de que el Presidente del *Reich* pueda llevar a cabo la coacción federal en la forma en la que lo dispone el artículo. Además, por la propia naturaleza del decreto, razona en consonancia con Triepel (Triepel, 1932: 1501), no tiene sentido declararlo en parte constitucional y en parte inconstitucional, como el Tribunal parece querer hacer, con el fin estratégico que se desvela a renglón seguido. Cuando un Tribunal dicta una sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma la casación puede ser inmediata, ya por la eficacia jurídica de la propia sentencia, ya a través de otro órgano competente. Es cierto que, si recordamos, la última parte del art. 19 de la Constitución de Weimar, declara precisamente que es al Presidente del *Reich* al que le corresponde dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Estatal. Pero entonces ¿cómo interpretar, como parecería dictar el sano sentido jurídico, la anulación *ex tunc* del decreto de 20 de julio por la casación inmediata de la sentencia, en virtud de la competencia que le otorga el art. 19, si el decreto susceptible de ser ejecutado sólo en última instancia por el Presidente del *Reich* -en el marco de su legítima competencia avalada por el art. 48.2 WRV el cual expresamente le confiere la potestad de decidir sobre las medidas necesarias para restablecer el orden y la seguridad pública- es declarado por el propio *Reichpräsident*? Porque, simultáneamente, la propia Constitución otorga al Tribunal Estatal la capacidad para dirimir y conocer de los litigios constitucionales entre el *Reich* y los *Länder*. Pero, siendo así, Kelsen nos obliga a seguir preguntándonos: ¿por qué el Tribunal de Estado no indica qué partes concretas del decreto del 20 de julio deben anularse? Porque, su voluntad subrepticia es, en la medida en que habla de que el decreto es en parte constitucional y en parte no constitucional, que la parte en la que no lo es no quede especificada con el grado necesario de claridad para que despliegue efectos jurídicos y la parte que sí lo es sea construida *ad hoc* y a medida de la propia lectura tendenciosa y política que el Tribunal ha realizado del Decreto en favor del *Reich* como consecuencia de un defecto estructural de carácter jurídico de la propia Constitución de Weimar: a saber, que no ofrece verdaderas garantías para la protección de la forma federal de Estado que ella misma define y proclama. ¿Por qué -se pregunta Kelsen- no se ha librado en la escena jurídica la decisión sobre el límite de las competencias para adoptar medidas en virtud del art. 48.2 WRV? La razón última de este estado de cosas es probablemente a juicio de Kelsen -esta es la tesis que pretende sugerirse aquí y que se explicará a continuación- la subrepción motivada

⁷ Schmitt se da perfecta cuenta de esta y otras contradicciones y círculos viciosos estructuralmente análogos en relación con la imposibilidad de interpretar la enumeración de la suspensión de derechos del art. 48 WRV de una forma cerrada o, en general, contemplar la posibilidad de que el efectivo ejercicio del derecho de excepción posibilite la intromisión en otros títulos orgánicos de la Constitución. (Schmitt, 2011: 297 ss).

por motores impulsores espurios de lo político-decisional en lo neutral-legal-trascendental.

5. Conclusiones: la teoría del derecho kantiana como clave de lectura de la posición kelseniana⁸

Como es sabido, la teoría pura del derecho de Kelsen hunde sus raíces en alguno de los planteamientos del neokantismo (Kaufmann, 1921: 5-11) los cuales, bien merecen su cotejo con ciertas tesis formuladas directamente por Kant, no solamente en sus obras de filosofía de la historia o del derecho, sino incluso con las propuestas teóricas de su primera obra crítica. La clave de lectura inmediata que nos proporciona la base kantiana de la discusión es atender a la naturaleza “dinámica” del principio que explica con mayor claridad, a nuestro entender, la mecánica del conflicto entre derecho y política que se inscribe en la conocida polémica entre Kelsen y Schmitt, a saber: la tercera antinomia enunciada en la *Crítica de la Razón Pura* de Kant (A444/B472)-(A452/B480)⁹. Se trata de una antinomia dinámica -lo dinámico en general en Kant alude a los fenómenos considerados desde el punto de vista de la existencia y a conexiones de elementos heterogéneos como la causa y el efecto- y, en este caso, a una suerte de *concedo sed distingo* que, según la interpretación que aquí se presenta, constituye la verdadera mediación entre las posiciones de Kelsen y Schmitt a propósito de la relación entre derecho y política. En sus escritos de filosofía de la historia y en sus lecciones de filosofía moral y derecho natural, Kant expone una interpretación muy crítica con la concepción de la *salus publica* de Achenwall que, incapaz de reconocer el peso del derecho en la justificación del contrato social, acude al concepto de felicidad cuya promoción se erige como la principal misión del Estado (Marey y Sánchez Madrid, 2016: 395). La definición kantiana de la política como el mero arte de servirse del mecanismo de la naturaleza para el gobierno de los hombres (AA, VIII, 372) o como doctrina ejecutiva del derecho, implica una clara subordinación de la primera en detrimento del último:

“En la doctrina de la razón las reglas del docto conocimiento y de la docta exposición o son aplicadas a los tipos particulares mismos o no. Aquella es la Doctrina de la razón ejecutiva (*logica practica utens*) y esta la doctrina de la razón docta (*logica theoretica, docens*)” (AA, XXVI, 72-73).

La política siempre parece pertenecer en Kant al ámbito de lo prudencial-pragmático y sólo tiene cabida en un ordenamiento legítimo entendida como teoría del derecho aplicada y restringida por la moral: “El derecho no debe nunca ser adaptado a la política, sino que es la política la que debe adecuarse al derecho” (AA, VIII, 429)¹⁰. El ciudadano puede comportarse como un político moral que se sirve de los consejos de prudencia y habilidad como medio de aplicación de los principios jurídicos trascendentales, pero no como un moralista político, cuyo único principio de orientación sea la utilidad cambiante de los intereses de Estado o de las diversas voluntades políticas. La lógica de la política es condicional, trata de manipular el estado de cosas en función de la previsible concatenación de causas eficientes que se encaminan a determinados fines. Frente a la forma conforme a razón del derecho

⁸ Un desarrollo más extenso de este punto fue elaborado en mi tesis doctoral inédita presentada el 14.01.2014 con el título: *Lógica del tiempo. Problemas interpretativos del esquematismo trascendental kantiano y de su aplicación a la doctrina jurídica de la imputación*.

⁹ Las citas de la *Crítica de la Razón Pura* serán tomadas de la traducción de Pedro Rivas (Taurus, Madrid, 2013). Tanto en el caso de KrV como de otras obras del *corpus* kantiano, nos serviremos de la edición académica (*Kant's gesammelte Schriften, Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin*) citando, según los usos de la *Kant-Forschung*, mediante la sigla AA (*Akademie-Ausgabe*), con el número de tomo en cifras romanas y de página en arábigos.

¹⁰ En el original: “Das Recht muß nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepaßt werden.” (La traducción es nuestra).

y la forma contractual, jurídica, trascendental de la razón social, la política pertenecería por tanto a lo que en el ámbito de la tercera antinomia de la *Crítica de la razón Pura* denomina Kant el paradigma de la “fisiocracia trascendental”. En la explicación del esquema de causalidad como fundamentación del principio lógico de determinación omnimoda definido como sucesión conforme a funciones lógicas de lo múltiple, se puede constatar que todo suceso debe tener su razón de ser en otra cosa. Pero si a su vez, dicho fenómeno debe hallar su causa en otro distinto, para no caer en un regreso al infinito, debemos aceptar la existencia de una *causa sui* -es decir el correlato en el orden de la voluntad divina de la *omnitud o realitatum* en el orden de la Inteligencia- capaz de dar comienzo espontáneamente a la serie de los fenómenos.

Si por el contrario, como reza el principio de la fisiocracia trascendental en la antítesis, afirmamos la omnipotencia y autosuficiencia de las conexiones dinámicas de la naturaleza, ese comienzo absoluto vendría entendido bien como una intromisión adventicia exterior, que proviene, por seguir con la metáfora, de algo ajeno a la legalidad, bien como una vuelta subrepticia a lo metajurídico que recurre de nuevo a una instancia metafísica de legitimación: “(...) sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico.” (Schmitt, 2012: 283). Kelsen concluía su comentario a la sentencia afirmando precisamente que la raíz del problema era “la aversión que la jurisprudencia alemana tuvo desde siempre hacia este tipo de control jurídico de la esfera política, que ella considera extrajurídica.” (Vita, 2015: 248-249). La interpretación causal de la naturaleza está ligada pues a una infinita concatenación de hechos homogéneos siempre susceptibles de ordenarse según la regla del antes y el después y, por tanto, llamados necesariamente a una nueva posibilidad de trabazón con un suceso anterior o posterior en virtud del principio de razón suficiente. El principio de imputación, sin embargo, tal como lo describe Kelsen, pone en relación solamente dos términos (Kelsen, 1982: 103-105). Ambos principios dependen de la estructura lógica que pone en conexión el antecedente con el consecuente pero, en el *Zurechnungsprinzip* la condición no es necesariamente una consecuencia simultánea atribuible a su vez a una condición anterior. Aquello que en el ámbito de las relaciones de imputación corta o limita esa posibilidad de iteración infinita propia de la causalidad, no es una causa primera o *causa sui* exactamente, sino una causa libre o una voluntad discrecional detentada por el *Presidente del Reich*, si queremos, similar a la postulada por Kant en la tercera antinomia o, al menos, una interrupción del orden natural, como sucede con el milagro, según la metáfora de la teología política (Orestes, 2001: 43) que, a juicio de Navarrete, sólo puede ser interpretada en consonancia con el diagnóstico schmittiano sobre la desdivinación y deshumanización moderna del mundo, bajo el buen entendido de que la propia Modernidad es ya ideología que se realiza a través del parlamentarismo liberal (Navarrete, 2017: 51-74). Por tanto, conforme al principio de causalidad, podemos afirmar que: de existir un estado de cosas determinado, existirá posteriormente otro estado de cosas que a su vez será la condición que liga ese estado de cosas a otro y así sucesivamente. En el caso de conexiones en virtud del principio de imputación, ya se trate de una relación en el orden de la moral, la religión o el derecho, queda vinculada una única condición con un único consecuente que ya no tendrá lugar necesariamente, sino que *debería* tener lugar. En el primero de los casos preguntamos ¿Qué tiene que suceder para que una ley de la naturaleza se cumpla? ¿Cuál es el mejor medio para obtener mi fin? En el segundo ¿qué debo hacer? ¿Qué conducta es más justa o se conforma mejor al derecho? Pero, tampoco se trata de principios de inteligibilidad inconmensurables, sino que, en primer lugar, el proceso de imputación involucra ya ciertas tramas causales y, en segundo lugar, la propia idea de causalidad surge precisamente por analogía con la noción de imputación presente en las sociedades primitivas.

Es la asimetría funcional entre el mal causado y el castigo por el mismo -que siempre llega después y debe tener lugar de acuerdo a criterios de proporcionalidad- la misma que permite empezar a entender la relación entre sucesos de la naturaleza como procesos irreversibles vinculados por una necesaria no simultaneidad y sujetos a la flecha del tiempo. En efecto, en las antiguas sociedades primitivas, eran categorías sociales los principios fundamentales de interpretación de la propia naturaleza (Kelsen, 1945: 7). Es decir, los sucesos de la naturaleza eran entendidos a partir de los mismos esquemas de comprensión mediante los cuales regulaban su relación con los miembros de la comunidad. Y, sólo posteriormente, la causalidad logra su independencia respecto de la imputación. De acuerdo con su visión animista de la realidad, el hombre primitivo interpreta los acontecimientos naturales como el reflejo de la decisión imputable a un ser personal que atribuye responsabilidades en virtud del principio de retribución. Detrás de cada suceso hay un quién sujeto de responsabilidad y portador de una determinada intención. Los sucesos para el hombre primitivo responden a la lógica del beneficio o el perjuicio. Frente a la *rezeptive Beobachtung* del hombre civilizado que trata de explicar los sucesos a partir de sus conexiones objetivas, la *produktive Phantasie* del hombre primitivo interpreta los hechos en función de sus necesidades, miedos e intereses. En definitiva, la sistematización del mundo natural del hombre civilizado en tanto sigue interpretando los sucesos como el resultado de una voluntad personal, se construye por analogía con los mecanismos de la norma natural. Primero la norma social regida por el principio de imputación, después la causalidad. El mundo interpretado según el esquema de la imputación es la sociedad y el mundo concebido con arreglo a la segunda es la naturaleza. En el estadio primitivo, el orden natural y el social coinciden en la medida en que la transgresión de uno implica la transgresión del otro y, sólo cuando el principio de causalidad adquiere autonomía respecto del principio de retribución, naturaleza y sociedad se escinden. Se escinden primero, de tal modo que las leyes naturales constituyen un ideal regulativo del que la sociedad de los hombres no es sino una réplica imperfecta. Cuando las leyes de la naturaleza dejan de ser una proyección de las normas sociales, la causalidad deja de depender del principio de retribución donde correlación causal necesaria significaba precisamente asignación merecida.

Tras la consolidación del principio de causalidad eficiente en la ciencia moderna, el principio de imputación establece una relación de equivalencia entre el mérito y la recompensa y el demérito y el castigo, juzgando la coincidencia o falta de coincidencia entre una conducta y las leyes que, según los usos, han regulado de hecho la conducta efectiva de los miembros de una comunidad. Kantianamente, la ley es la *ratio essendi* de la libertad y la libertad la *ratio cognoscendi* de la ley, esto es, la libertad no es condición de posibilidad de la imputación de premios o castigos en correspondencia con el mérito o demérito de la conducta, sino que la sujeción del individuo a la ley es la razón de ser de que pueda concebirse algo así como un ser libre o responsable. Esta relación irreversible o unidireccional de crimen y castigo pone de manifiesto la matriz de la que tanto el principio de imputación como el principio de causalidad dependen: el carácter dinámico de su relación. Como la libertad en el contexto de la tercera antinomia kantiana, la imputación de un hecho a un sujeto en virtud de una norma o la decisión de un sujeto político en virtud de un estado de excepción aparece ligada al reconocimiento de la persona o instancia de poder como una suerte de *causa sui* que corta o da comienzo a la concatenación causal infinita, pues de lo normativo no es posible derivar ninguna decisión ni por tanto determinación alguna del amigo o enemigo en un sentido existencial (Graf von Krockow, 2017: 77 ss.). Uno de los órdenes, el de lo legal trascendental o el de lo político constituyente, según seamos kelsenianos o schmittianos, determina el segundo orden: el de lo legal positivo o lo político constituido, perteneciendo y no perteneciendo (esa es la paradoja que enunciaba Kelsen a propósito de la

legitimación circular entre algunos preceptos constitucionales y la voluntad del Presidente del *Reich*) a la trama causal en que se conectan sus hechos y elementos. Si se interpreta que el primer orden es legal trascendental el fundamento incondicionado se tenderá a concebir como la totalidad de los miembros de la serie sin confundirse con ninguno de ellos. Si se interpreta en el segundo sentido, lo incondicionado sería una parte de la serie a la que los demás miembros estarían subordinados. Como la cosa en sí en el plano metafísico o el objeto trascendental en el plano de la teoría del conocimiento, hay un orden invisible que remite virtualmente a una operación visible como su presupuesto necesario de inteligibilidad.

Como ya puede adivinarse, lo que se ha tratado de sugerir hasta aquí es que como foco articulador de los diversos paralelismos que pueden trazarse entre los planteamientos de Kant y del neokantiano Kelsen -creo, a este respecto, que es fundamental entender el método de la “deducción” de la teoría pura del derecho como un trasunto del *regressus transcendentalis* kantiano, la descripción de las relaciones entre validez y eficacia como expresión del principio supremo de los juicios sintéticos *a priori*, su posición ante el decisionismo schmittiano como traducción de la tesis kantiana sobre la doctrina ejecutiva del derecho, la dicotomía entre causalidad e imputación, como el reconocimiento de la naturaleza híbrida de la *Grundnorm* entendida como instancia simultáneamente positiva y trascendental- se encuentra su concepción sobre la relación entre política y derecho como ejemplificación de la tercera antinomia de la *Crítica de la Razón Pura*. Y lo que esta sentencia ponía de manifiesto en continuidad con el debate entre Kelsen y Schmitt de los años 30 (el *Defensor de la Constitución* y *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* se publican precisamente en el año 31) es precisamente el conflicto entre la primacía respectiva del derecho y la política a propósito de la paradoja que sostiene Kelsen sobre la fundamentación circular de la Constitución y el Presidente del *Reich*. (Schmitt y Kelsen, 2009). La garantía de la Constitución debe estar positivamente explicitada, debe ser parte de la Constitución misma. Por eso afirma Kelsen que debe haber una traducción legislativo-constitucional de las garantías de los principios democrático y liberal protegidos por la Constitución. Pero como el paradigma de la “fisiocracia trascendental” KrV (A 448/B476) es autoclausurado, se blinda si no está sostenido por una instancia que, aún reconocida como parte de la propia trama causal, legislativa, positiva, política, sostenga la serie a su vez desde fuera de la misma. Así, la legitimación de la Constitución, se lee en la propia Constitución, como de igual modo el propio texto de la norma fundamental, en una “*rétroactivité fabuleuse*” garantiza la validez de los procesos constituyentes que la conforman: “la signature invente le signataire” (Derrida, 2005: 22).

El problema surge a juicio de Kelsen cuando dicha instancia nomológico-trascendental adquiere connotaciones metafísicas (o dictatoriales, si se permite la expresión) pretendiendo encarnarse en una figura política de poder como la del Presidente del *Reich*. En ese caso, lo jurídico se disolverá en lo político en lugar de sostener su ineludible y sistemática tensión: a saber que lo legal trascendental debe presentarse ejecutivamente en su faz positiva y articularse políticamente, pero a su vez el ámbito pragmático de los *consilia* y la liza de intereses políticos debe tener como su fondo de retracción un segundo principio heterogéneo de inteligibilidad a pesar de que la ley de la causalidad no parezca poder afirmarse sin reconocer una excepción a ella.

Bibliografía

- BEAUD, O. (2017), *Los últimos días de Weimar. Carl Schmitt ante el ascenso del nazismo*, Escolar y Mayo, Madrid.
- BILFINGER, C. (1928), "Verfassungsrecht als politische Recht", *Zeitschrift für Politik* Vol. 18, Berlin, pp. 281-298.
- BRECHT, A. (1933), *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammerbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Dietz Nachfolger, Berlin.
- CONSTITUCIÓN DE WEIMAR (texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- DERRIDA, J. (2005), *Otobiographies. L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*. Paris: Galilée, Collection Débats.
- GRAF VON KROCKOW, Ch. (2017), *La decisión. Un estudio sobre Ernst Jünger, Carl Schmitt y Martin Heidegger*, Tecnos, Madrid.
- HECKEL J. (1933), "Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. 10. 1932 in dem Verfassungsstreit Reich-Preußen", en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 2. Berlin.
- HELLER, H. (1971), *La teoría del estado*. Fondo de Cultura Económica, México.
- KANT, I. (2017), *Lecciones de filosofía moral: Mrongovius II*, A. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ (ed.), Sígueme, Salamanca.
- KANT, I., *Kants gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Preußischen, bzw. Der Deutschen Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1902 ss. (29 Bände) [AA].
- KAUFMANN, E. (1921), *Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, J.C.B. Mohr, Paul Siebeck, Tübingen.
- KELSEN, H. (1945), *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Depalma, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1982), *La teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- KELSEN, H. (2009), *El estado como integración. Una controversia de principio*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- MAREY, M. y SÁNCHEZ MADRID, N. (2016), "La Introducción a las Lecciones de Derecho Natural anotadas por Feyerabend", *Con-textos kantianos. International Journal of Philosophy*, nº. 3, pp. 391-414.
- NAVARRETE, R. (2017), *Los tiempos del poder. Franz Rosenzweig y Carl Schmitt*, Escolar y Mayo, Madrid.
- NAWIASKY, H. (1928), *Grundprobleme der Reichsverfassung. Erste Teil. Das Reich als Bundesstaat*, Springer, Berlin-Heidelberg.
- ORESTES AGUILAR, H. (prol. y selección de textos) (2001), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- 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?*, Tecnos, Madrid.
- SCHMITT, C. (2003), *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- SCHMITT, C. (2011), *El valor del Estado y el significado del individuo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SCHMITT, C. (2012), *Posiciones ante el derecho*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- SCHMITT, C. (2013), *Ensayos sobre la Dictadura (1916-1932)*, Tecnos. Clásicos del Pensamiento, Madrid.
- SMEND, R. (1985), *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- SOSA WAGNER, F. (2005), *Maestros alemanes del derecho público*, Marcial Pons, Madrid.
- VITA, L (ed.) (2015), *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*, Universidad Externado de Colombia. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, nº 73, Bogotá.