

# LO LEGAL Y LO LEGÍTIMO: NOTAS EN TORNO A LA RELACIÓN ENTRE OTTO KIRCHHEIMER Y CARL SCHMITT

## LEGALITY AND LEGITIMACY: NOTES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN OTTO KIRCHHEIMER AND CARL SCHMITT

Josu de Miguel Bárcena  
Universidad de Cantabria

**SUMARIO.** I. INTRODUCCIÓN.- II. BIOGRAFÍA INTELECTUAL.- 2.1 Vida y obra de Otto Kirchheimer.- 2.2 La relación con Carl Schmitt.- III. TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN EN OTTO KIRCHHEIMER.- 3.1 Interludio: Schmitt y la izquierda académica.- 3.2 Estado y Constitución en el joven Otto Kirchheimer.- IV. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD EN EL PERIODO DE ENTREGUERRAS (Y MÁS ALLÁ).- V. LA POLÉMICA SOBRE LO *LEGAL* Y *LEGÍTIMO* ENTRE OTTO KIRCHHEIMER Y CARL SCHMITT.- 5.1 Kirchheimer en la hora final de Weimar.- 5.2 El concepto de legitimidad en Carl Schmitt y el problema de la doble Constitución.- 5.3 La contestación de Otto Kirchheimer (y Nathan Leites).- VI. A MODO DE EPÍLOGO.

**Resumen:** El presente trabajo pretende analizar la categoría de legitimidad constitucional a partir del debate mantenido entre Otto Kirchheimer y Carl Schmitt, discípulo y maestro durante la República de Weimar. Dicho debate nos permitirá, además, presentar la biografía intelectual y, sobre todo, la teoría del Estado y de la Constitución del joven Otto Kirchheimer, parcialmente olvidada, al público español. En el contexto de este análisis, consideramos interesante abordar igualmente la influencia de Carl Schmitt en la izquierda académica desde un punto de vista histórico y contemporáneo, teniendo en cuenta las contradicciones metodológicas del propio Kirchheimer, primer representante de lo que viene considerándose como “izquierda *schmittiana*”.

**Abstract:** This paper aims to analyze the category of constitutional legitimacy from the debate held between Otto Kirchheimer and Carl Schmitt, student and teacher during the Republic of Weimar. This debate will also allow us to present the intellectual biography and, above all, the theory of the State and the Constitution of the young Otto Kirchheimer, partially forgotten, to the Spanish public. In the context of this analysis, we consider interesting to address Carl Schmitt’s influence on the historical

and contemporary academic left, taking into account the methodological contradictions of Kirchheimer himself, the first representative of what has been considered as “Left – Schmittianism”.

**Palabras clave:** Otto Kirchheimer; Carl Schmitt; República de Weimar; legitimidad y legalidad; izquierda *schmittiana*.

**Key Words:** Otto Kirchheimer; Carl Schmitt; Republic of Weimar; legitimacy and legality; Left – Schmittianism.

“Los conceptos son hijos del pecado”  
Niklas Luhmann<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

Otto Kirchheimer es un pensador parcialmente desconocido en España. Sus trabajos más citados –y quizás más originales- siguen perteneciendo al ámbito politológico y sociológico, en particular el referido al desencantamiento ideológico que tras la consolidación del consenso referido al Estado del bienestar se generalizara en Occidente<sup>3</sup>. Profeta –junto a, por ejemplo, Daniel Bell o Judith Shklar- de la despolitización contemporánea, acuñador del “partido atrapalotodo” y hacedor del libro hasta hoy definitivo sobre la justicia política, Kirchheimer cuenta con una biografía intelectual fascinante que alcanza su esplendor en la universidad norteamericana. Sin embargo, dicha biografía comenzó a desarrollarse con muchas dificultades en la República de Weimar, junto a su maestro Carl Schmitt.

Kirchheimer fue discípulo de Schmitt desde que fuera su alumno de doctorado en la Universidad de Bonn y asistiera a sus famosos seminarios. Aunque nunca se desvinculó del análisis materialista de la realidad (su tesis versó sobre la teoría del Estado en el pensamiento bolchevique) y del estudio de la distribución del poder en la realidad, terminó aceptando el canon del liberalismo político como mejor fórmula para organizar las sociedades complejas. Ahora bien, en sus inicios

---

<sup>1</sup> Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 13.

<sup>2</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el contexto del proyecto de investigación “La recuperación del consenso constituyente como presupuesto y garantía de eventuales reformas: perspectivas de éxito y desafíos pendientes” (RECOCONS), PID2021-123730OB-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>3</sup> Una excepción notable en Francisco Serra Giménez, “Otto Kirchheimer y la Constitución de Weimar”, en Raúl Morodo Leoncio y Pedro de Vega García (coords.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 479 – 494.

ni fue un liberal convencido ni se dedicó profesionalmente a la politología. Al margen del exigente circuito universitario, hasta el abandono de Alemania en 1933, fue un incipiente y apreciable teórico del Estado y la Constitución, a cuyo análisis aplicó una metodología original que mezclaba por igual marxismo y conceptos clásicos elaborados por su maestro desde comienzos de la década de 1920: decisión, homogeneidad democrática, neutralidad, defensor existencial de la Constitución y dictadura.

Por lo tanto, uno de los objetivos de este trabajo será, en primer lugar, dar cuenta de los principales logros personales y profesionales de Otto Kirchheimer, protagonista involuntario –como tantos otros– de una aventura vital profundamente marcada por la experiencia totalitaria de entreguerras y el conflicto bélico que desencadenó con posterioridad en toda Europa. Como discípulo de Schmitt y quizá el jurista más destacado de la Escuela de Frankfurt interesa, en segundo lugar, analizar los textos referidos al debilitamiento y posterior derrumbe de Weimar: en particular, cómo es posible cohonestar una teoría del Estado y de la Constitución de naturaleza crítica con la aproximación defensiva de la filosofía del derecho de Carl Schmitt. Esta paradoja nos servirá para llevar a cabo algunas consideraciones –traídas al presente– sobre la ascendencia que Carl Schmitt sigue teniendo sobre cierta izquierda académica tanto en el derecho constitucional como en el pensamiento político.

Es también poco conocido –y este será, al fin y a la postre, el objetivo central del presente trabajo– que la ruptura personal e intelectual entre maestro y discípulo, se produjo a partir de la publicación del libro *Legalidad y legitimidad* de Schmitt en el verano de 1932. Este texto, cuyo contenido y funcionalidad en el marco del final de la República sigue siendo discutido por los expertos en la *cábala* del jurista de Plettenberg, estuvo sin embargo precedido de un breve artículo de Kirchheimer con el mismo título publicado en el órgano teórico del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD). Dicho trabajo sirvió de plantilla temática y conceptual para la acendrada crítica de Schmitt a una Constitución cuya indecisión interna parecía abocar a una lucha a muerte entre partidos. La respuesta de Kirchheimer –junto a Nathan Leites– en 1933, en forma de dura recensión, dio lugar a un debate desconocido en torno a una de las nociones más importantes y escurridizas del lenguaje constitucional y democrático moderno: la legitimidad.

## II. BIOGRAFÍA INTELECTUAL

Otto Kirchheimer nació en Heilbronn, Alemania, el 11 de noviembre de 1905. Por su juventud y pese a su atrevimiento académico, no puede ser considerado como un jurista *de* Weimar, más bien un jurista

en Weimar<sup>4</sup>. Como veremos, alcanzó su estabilidad profesional y madurez intelectual en los Estados Unidos, tras la II Guerra Mundial. Sobre su vida y obra no existen trabajos sistemáticos, sino materiales dispersos que se han ido recopilando en la reciente publicación de sus obras completas por la editorial alemana Nomos Verlag<sup>5</sup>. Utilizaremos dichos materiales para, en primer lugar, resumir los avatares personales e intereses investigadores más importantes a lo largo de su vida –Kirchheimer murió relativamente joven, a los 60 años, en Washington- y, con posterioridad, abordar su compleja relación con su maestro y segundo protagonista del presente trabajo, Carl Schmitt.

## 2.1. Vida y obra de Otto Kirchheimer

Sus colaboradores y amigos John Herz y Erich Hula, en la presentación de uno de los libros donde se recogen sus trabajos esenciales desde la República de Weimar, dividen la vida y obra de Kirchheimer en cuatro etapas distintas<sup>6</sup>. Seguiremos por comodidad esta propuesta. Herz y Hula destacan a Kirchheimer como un pensador asistemático y dinámico, con una gran capacidad de trabajo, políglota –escribió en alemán, francés e inglés con fluidez- y comprometido políticamente con el socialismo, pese al cambio de perspectiva que sufrió cuando llegó a Estados Unidos. Se sabe poco de su vida personal, cuestión sobre la que solo se darán algunos retazos.

La primera etapa se corresponde con sus estudios universitarios y su huida de Alemania al llegar los nazis al poder en marzo de 1933, para incorporarse al Instituto de Investigación Social de la Escuela de Frankfurt en París. En esta primera etapa, tras terminar sus estudios en el *Gymnasium*, estudia derecho en las Universidades de Münster, Colonia, Berlín y Bonn. En la Universidad de Bonn coincide con Carl Schmitt, aunque la nómina de profesores con los que tuvo contacto en esta primera etapa deslumbra: Max Scheler, Rudolf Smend y Hermann Heller. Se doctora en Bonn en 1928 con una tesis sobre la teoría del Estado bolchevique, dirigida por Schmitt. La tesis se publica como artículo breve en *Zeitschrift für Politik* (Vol. XVII, 1928).

Esta primera etapa de Kirchheimer es la más predominantemente jurídico – constitucional: utiliza la perspectiva *schmittiana* para caracterizar la Constitución de Weimar como una norma sin decisión, incapaz

---

<sup>4</sup> Esta diferenciación también con respecto a Kelsen y Schmitt, en Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, “Kelsen y Schmitt: dos juristas en Weimar”, *Revista de Historia Constitucional*, nº 20, 2019, pp. 368 – 369.

<sup>5</sup> Las obras completas constan, hasta el momento de escribir estas líneas, de seis volúmenes; Otto Kirchheimer, *Gesammelte Schriften*, (6 vols.), Nomos Verlag, Baden – Baden, 2017 – 2022.

<sup>6</sup> John Herz y Erich Hula, “Otto Kirchheimer. An introduction to his life and work”, en Otto Kirchheimer, *Politics, Law, and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer*, Columbia University Press, New York, 1970, pp. ix – xxxviii.

de impulsar una democracia homogénea que atienda a los intereses de la clase obrera. El uso de las categorías de su maestro –donde también destaca la crítica al parlamentarismo– convierte a Kirchheimer en el primer y más destacado *schmittiano* de izquierdas<sup>7</sup>. Nuestro protagonista nunca tuvo la oportunidad de incorporarse como docente a la universidad alemana, extremadamente rígida y donde judíos y socialdemócratas tenían muy difícil el acceso<sup>8</sup>.

Hasta 1933 Kirchheimer milita políticamente en el SPD, trabajando como abogado en cuestiones sindicales y participando en la edición de la revista del Partido, *Die Gesellschaft*, donde publica algunos de sus trabajos más importantes sobre la crisis de la República. La actividad en los juzgados y en el SPD le dio una perspectiva precisa del papel que el poder judicial y la burocracia habían jugado en dicha crisis, así como de la importancia del partido como mecanismo de integración política de las masas. Kirchheimer fue detenido en 1933 y, tras su puesta en libertad, huyó a París a incorporarse a la nueva sede del Instituto de Investigación Social, donde se encuentra con Herbert Marcuse y Arkadij Gurland<sup>9</sup>. Como ya hemos dicho, junto a Franz Neumann y Ernst Fraenkel, se convierte en uno de los principales exponentes jurídicos de la Escuela de Frankfurt<sup>10</sup>.

Su permanencia en el Instituto –primero en París y, a partir de 1937, en Nueva York– constituye, hasta 1944, la segunda etapa vital de Otto Kirchheimer. En París tuvo que hacer frente al exilio junto a otros intelectuales que dejaron Alemania precipitadamente. En este periodo comienza un alejamiento del derecho constitucional para centrarse en cuestiones sociológicas y criminológicas. En 1940, publicó uno de sus últimos trabajos puramente constitucionales: en él analizó el devenir de la III República francesa a tenor del uso masivo del decreto –ley por parte del Gobierno, lo que situaba a Francia, según su opinión, en la senda fallida de la República de Weimar con respecto al uso del art. 48 de la Constitución por Brüning y Hindenburg<sup>11</sup>. A partir de ese momento, Kirchheimer

---

<sup>7</sup> William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, MIT Press, Massachusetts, 1997, pp. 35 y ss.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión sigue siendo importantísimo el trabajo de Fritz K. Ringer, *El ocaso de los mandarines. La comunidad académica alemana, 1890 – 1933*, Pomares, Barcelona, 1995.

<sup>9</sup> El dato de la detención de Kirchheimer está solo acreditado en la entrevista de Lisa Klingsporn y Christiane Wilke –editores de su obra completa en la editorial Nomos Verlag– en una entrevista ofrecida en el blog *Legal Form. A Forum for Marxist Analysis and Critique*, 15 de marzo de 2021. Última visita, 9 de agosto de 2022. <https://legalform.blog/2021/03/15/lisa-klingsporn-and-christiane-wilke-on-otto-kirchheimer-part-i/>

<sup>10</sup> Sobre la pertenencia de Kirchheimer, Neumann y Fraenkel a la Escuela de Frankfurt, ver Keith Tribe, “Introduction”, en Otto Kirchheimer y Franz Neumann, *Social Democracy and the Rule of Law*, Routledge, New York, 2021.

<sup>11</sup> Otto Kirchheimer, “Decree Powers and Constitutional Law under the Third Republic”, *American Political Science Review*, Vol. 34, n° 6, 1940, pp. 1104 – 23.

no podrá elegir libremente los temas de interés académico y tendrá que poner a disposición de terceros su creciente prestigio profesional.

Efectivamente, en ese momento se encuentra en el Instituto de la Escuela de Frankfurt y, a tal fin, lleva a cabo trabajos a cargo del director y fundador de este: Friedrich Pollock. Destaca, por un lado, un análisis primigenio del ordenamiento jurídico nazi que con posterioridad utilizará cuando realice tareas para el Gobierno norteamericano y, por otro, el famoso libro escrito junto a George Rusche en el que analizaban la relación entre la estructura productiva de las distintas sociedades y las categorías de castigo penal utilizadas desde el siglo XIX hasta el Estado nazi<sup>12</sup>. Este trabajo, el primero publicado en inglés por el Instituto y fruto de su asociación con la Universidad de Columbia tras abandonar París, tuvo un gran impacto metodológico en la obra posterior de Kirchheimer.

En 1943, Kirchheimer deja el Instituto de Investigación Social y se incorpora brevemente como investigador asociado a la Universidad de Wellesley. La marcha tiene varios motivos: en primer lugar, se rompe el vínculo con la Universidad de Columbia –por lo tanto, se pierde una fuente de ingresos estable- y el centro de gravedad geográfico del Instituto se desplaza a California por motivos de salud de Horkheimer. Martin Jay, en su libro sobre la historia de la Escuela de Frankfurt, apunta a un desacuerdo de fondo entre Neumann y Kirchheimer y el resto de la Escuela: a diferencia de Pollock, Marcuse o Horkheimer, ambos consideraban que la nueva fase del capitalismo monopolista no se correspondía con una politización general de la economía, sino con una transformación del Estado en el que los liderazgos institucionales servían para resolver los conflictos entre grupos e intereses financieros y productivos<sup>13</sup>.

En 1944, Kirchheimer abre una nueva etapa al trabajar para distintos estamentos del Gobierno de los Estados Unidos. Un año antes, junto a Neumann y Gurland, ya había elaborado un informe para el Senado sobre la situación política y social del empresariado alemán durante el régimen nazi<sup>14</sup>. Desde 1944 hasta 1955 trabaja como analista para el Departamento de Estado, la Oficina de Servicios Estratégicos y la Oficina de Investigación e Inteligencia, en este último caso como jefe de la sección para Europa Central. Retrospectivamente y dada su filiación política, podría verse esta colaboración con el Gobierno norteamericano como una *trahison des clerics*. Recuérdese, en cualquier caso, que en la

---

<sup>12</sup> “The Legal Order of National Socialism”, *Studies in Philosophy and Social Science*, Vol. IX, 1945, pp. 456 – 475 y George Rusche y Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1939.

<sup>13</sup> Martin Jay, *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*, Taurus, Madrid, 1988, p. 237 y ss.

<sup>14</sup> El contenido del informe fue publicado en forma de libro, *The Fate of Small Business in Nazi Germany*, University Press of the Pacific, Oregon, 2003.

colaboración tomaron parte otros miembros de la Escuela de Frankfurt –el ya aludido Neumann y el propio Marcuse- y que las actividades gubernamentales constituían un ejemplo de movilización total bélica que tenía como objetivo combatir la hegemonía fascista y diseñar la reconstrucción de Europa y Alemania tras el final de la II Guerra Mundial<sup>15</sup>.

De esos años al servicio de la inteligencia estadounidense destacan dos informes reservados importantes: el primero, referido a la realidad administrativa de la Alemania nazi, trata de establecer una serie de principios que conduzcan la ocupación y posterior desnazificación. Tomando como modelo la ocupación de Renania tras la derrota alemana en la I Guerra Mundial y teniendo en cuenta la compleja realidad ministerial alemana, propone una serie de reglas para suspender a funcionarios y dismantelar la influencia ideológica del partido en el Estado. El segundo es una teoría de la responsabilidad penal de los superiores con respecto a sus subordinados en el marco de una estructura burocrática tripartita y descentralizada como era la nazi. Escrito junto a John Herz, supuso un esfuerzo teórico importante de cara a los Juicios de Núremberg que se iban a celebrar de forma inmediata<sup>16</sup>.

El periodo que va desde 1955 a su muerte en 1965, constituye la cuarta y última etapa de la vida de Otto Kirchheimer, la más fructífera en términos académicos. Durante ese tiempo, en el que cambia el derecho constitucional por la ciencia política, es profesor en la *New School for Social Research* y en la Universidad de Columbia, obtiene una beca en la Fundación Rockefeller y lleva a cabo las tareas de *Fullbright professor* en la Universidad de Friburgo durante 1961. El giro politológico de Kirchheimer es aparente: su interés, como la de su maestro, fue siempre el fenómeno del poder en general y de la soberanía en particular. En el texto *En busca de la soberanía*, abordó la transformación del concepto a partir de la recepción de la noción de Estado pluralista (Laski y Cole) que no le era del todo ajena: el compromiso institucional de la sociedad industrial consiste en un tipo de policracia formada por grupos de intereses en el que la soberanía del elector se traslada a la soberanía del consumidor<sup>17</sup>. Cuando falla el compromiso institucional aparece el Estado de excepción,

---

<sup>15</sup> En 1969, Daniel Cohn – Bendit interrumpió una conferencia de Herbert Marcuse en el Teatro Eliseo de Roma recordándole su pasado como agente de la CIA durante la II Guerra Mundial. Sobre este incidente, ver Diego Giachetti, “Giugno 1969: I “caldi” giorni Italiani di Herbert Marcuse”, *Il Protagora*, n° 4, 2004. Para el gobierno norteamericano también trabajaron, por ejemplo, el antropólogo Gregory Bateson, el historiador Félix Gilbert, el economista Paul Sweezy o el sociólogo Talcot Parsons.

<sup>16</sup> Ambos informes pueden verse en Franz Neumann, Herbert Marcuse y Otto Kirchheimer (edición a cura di Raffaele Laudani), *Il nemico tedesco. Scritti e rapporti riservati sulla Germania nazista (1943 – 1945)*, il Mulino, Bolonia, 2012.

<sup>17</sup> Recuérdese que, por influencia de Popitz, Carl Schmitt ya había definido a Weimar en la segunda parte de *El defensor de la Constitución* (1931) como una poliarquía producto de las neutralizaciones del pluralismo disolvente provocado por los partidos, el federalismo y los grupos económicos.

con alusión directa a Carl Schmitt, un tipo de milagro constitucional que depende de la definición que haya hecho previamente el régimen jurídico de la normalidad<sup>18</sup>.

Esta concepción realista del poder convierte a Kirchheimer en un clásico de las ciencias sociales. Pasará a la historia como el acuñador del partido *atrapalotodo* o *catch - all party*, adjetivo que sirve para definir el paso del partido de masas integrador a un tipo de asociación parcialmente desideologizada que se movería en el marco del consenso entre el capital y el trabajo constitucionalizado tras la II Guerra Mundial<sup>19</sup>. Según Kirchheimer, esto tiene dos consecuencias negativas para el sistema político: por un lado, convierte a los ciudadanos en sujetos pasivos del proceso electoral, un tipo de sujeto alienado incapaz de tomar parte en los asuntos públicos o de resistir la deriva autoritaria del poder, como sería en cierta forma el caso de la llegada de la V República francesa<sup>20</sup>. Por otro, conduce al desvanecimiento de la idea de oposición y, por lo tanto, de la propia democracia entendida como alternancia entre programas ideológicos distintos<sup>21</sup>.

En cualquier caso, el libro más importante de Otto Kirchheimer, aquél por el que se le sigue recordando académicamente, es *Justicia política*. En él, a partir del camino abierto por Schmitt en la *Teoría de la Constitución*<sup>22</sup>, examina históricamente y de forma comparada los instrumentos que han servido para enjuiciar a políticos o para neutralizar a la oposición, como fue el caso del derecho de disolución parlamentaria en el caso de Hindenburg. Recuérdese que, en Weimar, en 1924, el presidente Ebert había sido procesado -y condenado- por injurias en referencia a sus presuntas actividades traidoras hacia la patria durante la huelga de los trabajadores de la munición en enero de 1918<sup>23</sup>. Se trata, en todo caso, de una aproximación general que descarta la disolución del derecho en la política, lo que conduciría a un uso descarnado de los procesos crimi-

---

<sup>18</sup> Es decir, a diferencia de Schmitt, Kirchheimer pensaba que lo excepcional debía vivir y ser definido por la norma y no a la inversa. Utilizamos la traducción al español, Otto Kirchheimer, *En busca de la soberanía*, Colegio de México, México, 1945.

<sup>19</sup> Otto Kirchheimer, "The Transformation of the Western European Party System", en Joseph LaPalombara y Miron Weiner, (Eds), *Political Parties and Political Developments*, Princeton University Press, Princeton, 1977, 177 – 200.

<sup>20</sup> Otto Kirchheimer, "Private Man and Society", *Political Science Quarterly*, LXXXI, n° 1, 1966, 1- 24.

<sup>21</sup> Otto Kirchheimer, "The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes", *Social Research*, XXIV, n° 2, 1957, 127 – 156.

<sup>22</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 145. Sin cita explícita a Schmitt, véase cuál es la primera frase del libro Otto Kirchheimer, *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Comares, Granada, 2001: "Todo régimen político tiene sus enemigos o llega a crearlos con el tiempo", p. 3.

<sup>23</sup> En el contexto de lo que se conocía como la leyenda de "la puñalada por la espalda", fenómeno conspiranoico que pretendía atribuir la derrota en la I Guerra Mundial a la izquierda alemana infiltrada en el ejército; al respecto, ver Horst Möller, *La República de Weimar. Una democracia inacabada*, Antonio Machado Libros, Madrid, 2015, p. 88.

nales contra los enemigos políticos, como fue el caso de Stalin o Hitler. Esta perspectiva no le interesaba demasiado a Kirchheimer, que detectó un mayor uso de la justicia política en las democracias de masas que durante el nacimiento y consolidación de las monarquías constitucionales decimonónicas. Su portentosa aproximación abrió el camino para otros trabajos señeros en la materia<sup>24</sup>.

## 2.2 La relación con Carl Schmitt

Hasta 1930, Kirchheimer fue quizá el discípulo más aventajado de Carl Schmitt. Además de realizar la tesis doctoral con él, participó activamente en los diversos y constantes seminarios del jurista de Plettenberg. En Bonn, momento cumbre de la potencia intelectual de Schmitt, tales seminarios estaban compuestos por nombres de la talla de Ernst Forsthoff, Werner Weber o Ernst Huber, que tras la II Guerra Mundial se convertirían en profesores prestigiosos en la República Federal. Allí se encontraban también Walter Gurian (que hizo la tesis con Max Scheler y se dedicó a desprestigiar a Schmitt desde Suiza una vez tuvo que exiliarse de Alemania en 1933) y el teólogo Hans Barion<sup>25</sup>. Cuando Schmitt abandona Bonn y recalca en la escuela universitaria berlinesa de Handels-Hochschule, Kirchheimer y Forsthoff le seguirán tomando parte de un seminario ya dedicado a la crisis y derrumbe de la República de Weimar<sup>26</sup>.

Hasta finales de 1932 la relación entre maestro y discípulo discurre con normalidad: en 1930, Schmitt avaló una propuesta de beca (fallida) de Kirchheimer para la Fundación Rockefeller. Ernst Huber recuerda haber paseado junto a ellos el día de las últimas elecciones al Reichstag -6 de noviembre de 1932- en un ambiente sombrío donde se hablaba de la posibilidad de un golpe de Estado por parte de la derecha o la izquierda. Tras el triunfo de los nazis en 1933 y la actitud celebratoria de Schmitt, Kirchheimer rompe definitivamente con su maestro<sup>27</sup>. Como explicaremos más detalladamente, esta ruptura puede deberse también a que Kirchheimer replica a Schmitt a tenor de la polémica suscitada por el texto *Legalidad y legitimidad*, publicado en el verano de 1932<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 2003 y Judith Shklar, *Legalismo. Derecho, moral y juicios políticos*, Clave Intelectual, Madrid, 2021, con citas de ambas autoras al trabajo de Kirchheimer.

<sup>25</sup> La relación intelectual con Barion y otros teólogos, en particular tras la II Guerra Mundial, es abordada por José Luis Villacañas, “Epílogo”, en Carl Schmitt, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009.

<sup>26</sup> Tomamos todos estos datos de la biografía definitiva, a nuestro parecer, de Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. A Biography*, Polity Press, Cambridge, 2014, p. 200 y ss.

<sup>27</sup> La conversión nazi de Schmitt es detallada en Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar, Madrid, 2018, p. 58 y ss.

<sup>28</sup> En una entrada de finales de 1932 del diario de Schmitt, Kirchheimer es calificado de “sucio judío”. Como es palpable en el *Glossarium*, el antisemitismo cultural de Schmitt fue una constante vital que explica en gran medida su aceptación e incorporación

La mayor parte de biógrafos señalan que desde 1933 Schmitt y Kirchheimer no tuvieron relación<sup>29</sup>. Al menos, directamente. En 1935, Kirchheimer decidió enviar desde París, bajo el pseudónimo de Dr. Hermann Seitz, un libro crítico sobre la estructura “constitucional” del Tercer Reich (*Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches*). Schmitt era, como Consejero de Estado, director de la colección “Der Deutsche Staat der Gegenwart” donde fue publicado sin aparente control editorial. Así las cosas, tuvo que responder de forma anónima al contenido altamente crítico del mismo, a través de una reseña en la revista *Deutsche Juristen – Zeitung*. Resulta curioso que Schmitt no cayera en la cuenta, directa o indirectamente, de la operación urdida por Kirchheimer desde el exilio (recuérdese que el primero comenzó a tener problemas con el nazismo en 1936, cuando un periódico interno de las SS –*Das Schwarze Korps*– publicó su pasado crítico con Hitler y su apoyo al último Gobierno de Weimar).

De lo ocurrido tras el final de la Guerra Mundial entre Schmitt y Kirchheimer se ha ocupado Hubertus Buchstein en un detallado y documentado trabajo<sup>30</sup>. El reencuentro entre Schmitt y Kirchheimer en noviembre de 1949 fue espectacular: el segundo se presentó de forma intempestiva en la casa del primero vestido con el uniforme del ejército norteamericano y con un gran coche conducido por un chofer. Schmitt, pensando que iba a ser detenido de nuevo, se topó con un discípulo que retornaba como vencedor para reprocharle el escaso espíritu autocrítico de *Ex Captivitate Salus*, cuaderno de notas escrito por Schmitt durante su cautiverio en Núremberg. Pese a que el encuentro fue cordial, Schmitt escribiría en una entrada del *Glossarium* de enero de 1950, lo siguiente: “Cuando no estuvimos unidos, los judíos se asimilaron. Mientras esto no sea comprendido, no habrá salvación [...]. Hoy, esos asimilados viven una restauración con colosales reclamaciones de indemnización y reembolso. Pero esos asimilados son, a pesar de todo, peor aún que los emigrantes que retornan disfrutando de su venganza. Debería usted avergonzarse de aceptar el dólar”<sup>31</sup>.

A partir de 1949 y hasta 1962 Schmitt y Kirchheimer retoman una relación básicamente epistolar revestida de las buenas formas académicas que caracterizaban a la antigua Universidad (hubo un segundo y

---

académica y política al régimen nazi; al respecto, Carl Schmitt, *Tagebücher 1930 bis 1934*, Akademie Verlag, Berlin, 2010, p. 231. Sobre el carácter antisemita de Schmitt y su pensamiento, ver el reciente trabajo de Oriol Casanovas, *Carl Schmitt pensador del orden internacional*, Alianza, Madrid, 2023.

<sup>29</sup> Helmut Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1995 y Joseph W. Bendersky, “Carl Schmitt’s Path to Nuremberg: A sixty – Year Reassessment”, *Telos*, n° 72, 1987, pp. 6 – 34.

<sup>30</sup> Hubertus Buchstein, “The Godfather of Left – Schmittianism? Otto Kirchheimer and Carl Schmitt after 1945”, *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminism Theory*, Vol. 24, n° 1, 2021, pp. 4 – 26.

<sup>31</sup> Carl Schmitt, *Glossarium. Anotaciones desde 1947 hasta 1958*, El Paseo Editorial, Sevilla, 2021, p. 364.

último encuentro datado en abril de 1953 en Colonia con la presencia de Anima Schmitt). Kirchheimer no dejó, mediante reseñas críticas, de oponerse al legado científico Schmitt, en particular mediante artículos cortos –tanto en revistas alemanas como norteamericanas– sobre los libros que los discípulos de este último iban publicando como profesores consolidados de la *nueva* Universidad alemana: Kirchheimer acusaba a Forsthoff, Huber y Joseph H. Kaiser de mantener la metodología trascendente que siempre caracterizó a Schmitt, en particular la pretendida observancia de un Estado liberal que había sido superado por la Constitución democrática de Weimar y que no podía ser referencia analítica de una dialéctica entre teoría y praxis.

En 1958, en uno de los intercambios epistolares y de libros, Schmitt cuenta a Kirchheimer que un alumno norteamericano, George Schwab, le había visitado en Plettenberg a través de Carl Friedrich con el objeto de realizar una tesis doctoral sobre las ideas políticas de su pensamiento constitucional. Schwab era estudiante de la Universidad de Columbia donde Kirchheimer era profesor, por lo que este fue designado para el comité académico que debía valorar y evaluar la tesis. En los sucesivos tribunales Kirchheimer hizo valer su opinión sobre el trabajo doctoral de Schwab, que consideraba apologético en lo relacionado con la participación de Schmitt en el derrumbe de Weimar. Kirchheimer percibió que Schmitt pretendía presentarse ante el público norteamericano e impidió en 1962 que Schwab pudiera doctorarse con el tema inicialmente elegido (consiguió doctorarse con un tema distinto en 1968). A partir de ese momento, Schmitt corta toda relación con Kirchheimer atribuyéndole unas intenciones vengativas<sup>32</sup>.

Para finalizar y en referencia a este episodio académico, no nos resistimos a reproducir una parte del diálogo que un Carl Schmitt ya anciano –pero plenamente lúcido– mantiene con Fulco Lanchester en su famosa entrevista de 1983 para *Quaderni Costituzionali*. En un momento determinado, Schmitt pregunta a Lanchester si sabe cuál es el motivo por el que llama a su casa de Plettenberg San Casiano. Ante la respuesta obvia –la casa de campo donde se retiraba Maquiavelo a escribir– Schmitt puntualiza lo siguiente:

- “Sí, esa es la interpretación exotérica [...]. Hay, sin embargo, una segunda interpretación. Desde el punto de vista esotérico me refiero al santo que se conmemora el 13 de agosto. San Casiano es el nombre de un santo protector de los profesores asesinados por sus alumnos. También a mí me han apuñalado mis alumnos.

---

<sup>32</sup> Schmitt conseguiría que Schwab publicara en inglés en una editorial alemana la tesis fallida; George Schwab, *The Challenge of Exception. An Introduction to Political Ideas of Carl Schmitt*, Dunker & Humblot, Berlín, 1970. La versión de Schwab sobre lo ocurrido con respecto a Kirchheimer, en “Through a Glass Darkly”, *Canadian Journal of Political and Social Theory*, Vol. 4, n° 2, 1980.

- Lanchester: Encuentro todo ello muy significativo e ingenioso. ¿Se refiere, por ejemplo, a Otto Kirchheimer?

- Schmitt: Sí, sí, también él fue malvado, ¡y de qué manera! Muy mala gente, hostil y estúpido”<sup>33</sup>.

### **III. TEORIA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCION EN OTTO KIRCHHEIMER**

El presente epígrafe lo dedicaremos a abordar dos cuestiones distintas. La primera y principal, descifrar el pensamiento constitucional de Otto Kirchheimer hasta 1933. Como ya sabemos, nuestro protagonista se doctora en 1928 con Schmitt en Bonn y, por lo tanto, debido a su juventud y a la imposibilidad de realizar una carrera académica estable, no tuvo tiempo material de llevar a cabo un trabajo sistemático. Solo disponemos de artículos breves publicados, normalmente, en el órgano teórico del SPD: la revista *Die Gesellschaft*<sup>34</sup>. Por otro lado, como ya hemos apuntado con anterioridad, Kirchheimer fue un pensador marxista que, sin embargo, utilizó las categorías de Schmitt para dotar de sentido a su análisis crítico del derecho público constitucional: por ello, puede ser interesante dedicar algunas líneas previas a explicar la proclive asociación -que llega hasta nuestros días- de las ideas del jurista de Plettenberg y lo que puede ser denominado, con todas las cautelas, como “izquierda académica”.

#### **3.1 Interludio: Schmitt y la izquierda académica**

Carl Schmitt fue un jurista fundamentalmente conservador<sup>35</sup>. Su teoría de la Constitución y la filosofía política que la impulsaba estaban enfocadas a la permanencia y conservación del derecho a través del Estado. Ante los grandes cambios propiciados en su tiempo por la democracia de masas, propuso que la soberanía se transformara en el ejercicio existencial de quien dispusiera el monopolio de la decisión, no de la violencia. La decisión es la llave maestra de la estabilidad política y así pudo señalar en *La dictadura* que la tarea y el valor de la Constitución “consisten en resolver fundamentalmente la polémica sobre cuál es el interés común, la seguridad y el orden [...] El concepto de seguridad y de orden público reviste un interés no meramente en el ámbito del derecho de policía, sino

---

<sup>33</sup> Fulco Lanchester, “Carl Schmitt, un jurista frente a sí mismo. Entrevista de Fulco Lanchester a Carl Schmitt”, *Academia Moralis*, Vol. 1, nº 1, 2017.

<sup>34</sup> Tales textos se encuentran recopilados y traducidos para el público italiano en Otto Kirchheimer, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, Mucchi, Módena, 2017. Este será el libro que utilizaremos de aquí en adelante para los principales trabajos de Kirchheimer de la época.

<sup>35</sup> Carmelo Jiménez Segado, *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888 – 1985)*, Tecnos, Madrid, 2009.

que es también una categoría del derecho constitucional”<sup>36</sup>. La Constitución tendría, por tanto, la función de impulsar políticamente el Estado para restañar la posible disociación entre norma y realidad en situaciones de desorden.

Esta formulación general estaba asentada en un tipo de pensamiento idealista: frente al positivismo científico y el racionalismo ilustrado -que habrían conducido a un romanticismo disolvente- se elevan los *conceptos* como expresión de los centros espirituales de la época<sup>37</sup>. Ello explicaría su interés por la teología política de la Iglesia Católica y por autores contrarrevolucionarios como de Maistre, de Bonald y Donoso Cortés. La pasión de Schmitt por las nociones jurídicas irregulares -la sentencia judicial no vinculante, la dictadura comisarial o el poder constituyente soberano- se enmarcaría también en un gran esfuerzo vitalista que trataría de reducir el tiempo histórico a cero: el existencialismo fue un movimiento que trató de desvincular al hombre productor del mundo de la tiranía de los valores con el objetivo de hacerle recuperar la responsabilidad de sus actos<sup>38</sup>. La lucha de Jünger y la resolución de Heidegger se encuadrarían también en una atmósfera metafísica contraria a la disolución de los lazos sociales tradicionales y deseosa de reconstruir estructuras políticas de sentido<sup>39</sup>.

Schmitt tomó distancia del liberalismo porque este habría hecho suyas las categorías del capitalismo para construir el Estado: contrato, individualismo y competencia. El *iusprivatismo* no podía servir para llevar a cabo una teoría de la Constitución ni de la democracia, como trató de demostrar por ejemplo en *Catolicismo romano y forma política*<sup>40</sup>. Por el contrario, reconoció la capacidad de Lenin y el partido bolchevique para poner en marcha una dictadura soberana que llevara transitoriamente a una sociedad comunista. Ahora bien, consideraba el *rusismo* de Bakunin y la realidad soviética posterior un engendro técnico que pretendía sustituir lo político por la mera administración de las cosas. Es posible que Marx hubiera elaborado una tesis definitiva sobre la plusvalía económica, pero él había sido capaz de detectar en el siglo XX el concepto de la plusvalía política. Así las cosas, nada impedía que en el marco del Estado *total* -que no puede ser reducido al fascismo emergente- pudiera acoger

---

<sup>36</sup> Carl Schmitt, *Ensayos sobre la dictadura. 1916 - 1932*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 331.

<sup>37</sup> La función de los conceptos en el empeño intelectual de Schmitt, en Timo Pankakoski, “Conflict, Context, Concreteness. Koselleck and Schmitt on Concepts”, *Political Theory*, vol. 38, n° 6, 2010 y Carlo Galli, *Genealogía della politica. Carl Schmitt e la crisis del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1983.

<sup>38</sup> Germán Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

<sup>39</sup> Christian G. Von Krockow, *La decisión. Un estudio sobre Ernst Jünger, Carl Schmitt y Martin Heidegger*, Tecnos, Madrid, 2017.

<sup>40</sup> Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*, Tecnos, Madrid, 2011.

con entusiasmo la idea de capitalismo monopolístico dirigido desde las distintas esferas de poder, como ocurrió en Alemania después de 1933<sup>41</sup>.

Traído aquí el recuerdo, no puede dejar de llamarse la atención sobre la aceptación y posterior colaboración de Schmitt con Hitler y su régimen nacionalsocialista, lo que Zarka llamó irónicamente *detalle nazi*<sup>42</sup>. El hecho de que el pensamiento extremo –y no tan extremo- de izquierdas reduzca el asunto a un problema moral de la típica intelectualidad descarriada (cuando no ocurrente), no puede obviar afirmaciones como la contenida en *Estado, movimiento, pueblo*, opúsculo escrito en plena fase de violencia nazi contra la oposición política en Alemania: “con el nombramiento de Hitler, el Reich alemán tuvo de nuevo una dirección política y el Estado alemán encontró la fuerza para aniquilar el marxismo enemigo del Estado”<sup>43</sup>. Lo político para Schmitt era, importante es recordarlo, no solo la posibilidad de identificar -no criminalizar- al enemigo, sino la capacidad de dicha comunidad para orientarse y resolver, siempre que sea necesario, el caso jurídico *decisivo*. Para ello, lo político debía volcarse en una dirección determinada para unificar las esferas que conforman la realidad socioeconómica<sup>44</sup>.

Precisamente, por ello, porque hasta nuestros días la política y su institucionalización han sido para el marxismo un problema no resuelto, Schmitt sigue siendo hoy en día un referente para la izquierda académica. El término “izquierda *schmittiana*” fue acuñado en la década de 1950 por Wolfgang Wieland en Alemania para identificar a aquellos discípulos socialdemócratas de Schmitt que empezaban a despuntar en la Universidad de la República Federal, como era el caso del constitucionalista Ernst - Wolfgang Böckenförde<sup>45</sup>. La feroz crítica al liberalismo -tanto en lo material como en lo propiamente organizativo- convirtió después a Schmitt en una referencia de la izquierda revolucionaria en casi todo el planeta (Mario Tronti y Antonio Negri en Italia, Johannes Agnoli en Alemania y los teóricos de la guerrilla en Latinoamérica). En la actualidad, autores como Giorgio Agamben (cuya adscripción a la izquierda podría ser matizada), Andreas Kalyvas o Chantal Mouffe habrían tomado prestado de Schmitt conceptos e ideas para dar sentido a proyectos teóricos que bien podrían encuadrarse en la izquierda.

---

<sup>41</sup> Lo que ya Heller categorizó como liberalismo autoritario. Al respecto, ver Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998.

<sup>42</sup> Yves - C. Zarka, *El detalle nazi del pensamiento de Carl Schmitt*, Anthropos, Madrid, 2007.

<sup>43</sup> Carl Schmitt, “Estado, movimiento, pueblo. La triple articulación de la unidad política”, *Eunomía. Revista en la Cultura de la Legalidad*, nº 12, 2017, p. 296.

<sup>44</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1998.

<sup>45</sup> Dirk van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Akademie Verlag, Berlin, 1993, p. 238.

Otto Kirchheimer fue, ya lo hemos dicho, el primer discípulo de Schmitt que usó su aparato metodológico para llevar a cabo una crítica de la Constitución de Weimar desde el punto de vista del marxismo. Tanto él como Franz Neumann participaron activamente en la Escuela de Frankfurt, cuyo Instituto abandonaron a mitad de la década de 1940. Además de las circunstancias personales y materiales de los distintos miembros del Instituto, ya señaladas, hay que apuntar otro factor de especial importancia para explicar la separación: la Escuela de Frankfurt no prestó excesiva atención al fenómeno político. Como ya hemos señalado, Neumann y el propio Kirchheimer estaban en desacuerdo con Pollock, Marcuse y Horkheimer con respecto a la aceptación acrítica del momento de dominación política sobre la economía -capitalismo de Estado- presente en las democracias y en los sistemas autoritarios en la década de 1930. Es por esto por lo que la Escuela y el Instituto decidieron centrarse no en la organización concreta del poder -mero reflejo de las relaciones de producción- sino en la cultura de masas capitalista y sus efectos alienadores en la sociedad.

En 1987 la revista norteamericana *Telos* dedicó un número a presentar a Carl Schmitt al público norteamericano. En él, Ellen Kennedy trazaba convergencias entre el pensamiento de entreguerras de Schmitt y los trabajos de algunos miembros de la Escuela de Frankfurt<sup>46</sup>. En particular, detectó una influencia teórica en obras tempranas de Walter Benjamin a partir de la idea de excepción como esencia de la política y estructura última de la soberanía moderna<sup>47</sup>. Neumann, también habría usado a comienzos de la década de 1930 -cuando frecuentaba el seminario de Schmitt en Berlín junto a Kirchheimer- la definición de la política en términos de amistad y enemistad para caracterizar la relación entre el capital y el trabajo en el marco de la Constitución de Weimar. Por último, Karl Korsch, Horkheimer y Marcuse habrían dado por buena la idea de que la neutralidad liberal conducía tanto en el plano de lo social como de lo político a un tipo de irracionalismo que desembocaba en el fascismo<sup>48</sup>.

En muchos casos, las acusaciones de Kennedy parecen quedar en aspectos circunstanciales y coincidencias argumentales. El caso de Jürgen Habermas resulta el más paradigmático: su opción por las libertades positivas -y negativas- del Estado social y democrático de Derecho, la exploración de la opinión pública como espacio de conexión entre representantes y representados o la crítica de la invasión de la técnica en la política

---

<sup>46</sup> Más ampliamente, en Ellen Kennedy, *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*, Tecnos, Madrid, 2019.

<sup>47</sup> Walter Benjamin, *El origen del drama barroco alemán*, Taurus, Madrid, 1980. Las alusiones directas a Schmitt en dicho libro fueron eliminadas por Adorno en las primeras obras completas de Benjamin.

<sup>48</sup> Ellen Kennedy, "Carl Schmitt and the Frankfurt School", *Telos. Critical Theory and Contemporary*, n° 71, 1987, pp. 37 - 66.

forman parte de una teoría de la democracia sustancial a la que se llega a través de un procedimiento participativo debidamente institucionalizado<sup>49</sup>. Sin embargo, al contrario que Schmitt, Habermas nunca defendió la homogeneidad como presupuesto de la democracia ni la incompatibilidad entre la propia democracia y parlamentarismo<sup>50</sup>. Matthew Specter ha mostrado que la recuperación de Schmitt para la izquierda y el populismo académico coincide con la caída del Muro de Berlín y la necesidad de afirmar lo político frente a un Estado de Derecho que estaría sosteniendo los excesos del capitalismo y el neoliberalismo. Paradójicamente, se estaría disparando contra las construcciones *materialistas* y *valorativas* que, después de la II Guerra Mundial, habrían tratado de racionalizar el contrato social habiendo aceptado previamente las premisas del liberalismo político, como es el caso de John Rawls y del propio Jürgen Habermas<sup>51</sup>.

### 3.2 Estado y Constitución en el joven Otto Kirchheimer

Como ya hemos dicho, Otto Kirchheimer se doctoró en Bonn en 1928 con una tesis dirigida por Carl Schmitt sobre el problema de la teoría del Estado en el pensamiento bolchevique. En dicho trabajo analiza el Estado surgido de la Revolución Rusa de 1917 como una superación de ya un desfasado Estado liberal -que obviamente no se había desarrollado en la Rusia zarista- incapaz de satisfacer las demandas de la clase obrera<sup>52</sup>. El acercamiento supone una impugnación total de la tesis del “doble progreso” adoptada por la II Internacional y el Partido Socialdemócrata alemán y austriaco: la incorporación de las masas obreras a las instituciones liberales supondría la apertura de un proceso de reformas que podría conducir a lo que Max Adler denominaba democracia social<sup>53</sup>. Es decir, la fase de la dictadura del proletariado podría ser sustituida por un equilibrio entre clases labrado a través de un compromiso primero constitucional y después parlamentario tal y como por ejemplo reivindicaban Hans Kelsen y el austromarxista Otto Bauer<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. El derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2013.

<sup>50</sup> Como señala Ulrich K. Preuß, “Carl Schmitt und die Frankfurter Schule: Deutsche Liberalismuskritik im 20. Jahrhundert”, *Geschichte und Gesellschaft*, n° 13, 1987, pp. 400-418, en su contundente y temprana respuesta a Ellen Kennedy. Sobre la polémica puede consultarse Stefan Müller-Dohm, *Jürgen Habermas: una biografía*, Madrid, Trotta, 2020, p. 333 y ss.

<sup>51</sup> Matthew Specter, “¿Whats “Left” in Schmitt? From Aversion to Appropriation in Contemporary Political Theory”, en Jens Meierhenrich y Oliver Simons (Eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 426 – 455.

<sup>52</sup> Las condiciones en las que se encontraba el Estado zarista entre la Revolución de 1905 y el estallido de la I Guerra Mundial, en Richard Pipes, *La Revolución Rusa*, Debate, Madrid, 2016, en especial la primera parte, pp. 3 - 296.

<sup>53</sup> Max Adler, *Democracia política y democracia social*, Ediciones Roca, México, 1975.

<sup>54</sup> Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006 y Gian Enrico Rusconi, “Austromarxismo y socialismo de izquierda”, *Estudios históricos*, n° 2, 1978, pp. 423 - 428.

Kirchheimer, a la hora de caracterizar el Estado liberal no acude a las categorías marxistas clásicas, es decir, aquellas en las que el derecho burgués y sus instituciones eran un mero reflejo de las relaciones de producción que se producían en la infraestructura. Este era un enfoque anticuado teniendo en cuenta los propios cambios de la sociedad y la tecnología a partir de la I Guerra Mundial. Por ello, usa a Schmitt y su caracterización del Estado liberal como una forma política neutral y despolitizada, vacía de contenido y por lo tanto incapaz de hacer frente a las exigencias del pluralismo ideológico que se generaliza<sup>55</sup>. La idea de compromiso, del principio de *pacta sunt servanda* aplicado al consenso constituyente o parlamentario, resulta altamente peligroso no solo porque no permite decidir en el momento decisivo, sino porque propicia una lucha por el poder que puede conducir a la aniquilación del adversario o enemigo político<sup>56</sup>.

Pero a diferencia de Schmitt, Kirchheimer considerará la Revolución soviética como un experimento propiamente político que, aunque no ha llegado a la fase de la administración de las cosas -o precisamente por ello- se diferencia del Estado liberal en que es capaz de decidir para imponer un poder constituyente puro desde el punto de vista ontológico. Lenin no siguió a Marx en las fases para la llegada a una sociedad comunista, sino que usó la violencia a partir de la huelga y destrucción *soberiana* para levantar desde cero una forma de Estado completamente distinta al Estado liberal burgués. La Revolución de Octubre de 1917 fue una estricta dictadura soberana en los términos expresados por Schmitt. Las características del Estado soviético delineado en la Constitución rusa de 1918 serían las siguientes: un tipo de democracia donde lo importante no es tanto participar en la toma de decisiones como cuanto estar *presente* mediante el voto público y aclamativo en los consejos de obreros y un modelo de justicia que no atendería a la independencia que proporciona el sometimiento a la ley, sino a la sensibilidad revolucionaria<sup>57</sup>.

Para Kirchheimer, el gran mérito de la Revolución bolchevique fue separar la soberanía -que se atribuía a la clase trabajadora- del Estado, lo que suponía ponerse en un plano totalmente distinto al expresado en Hegel y el positivismo clásico. Esta dualidad permitía al derecho público adaptarse a la cláusula permanente *rebus sic stantibus*: ello explica la difícil relación del derecho en general con las teorías clásicas y más contemporáneas socialistas, donde la conexión entre la infraestructura y la

---

<sup>55</sup> Otto Kirchheimer, "La dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo" (1928), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, op. cit., p. 27.

<sup>56</sup> Véase la segunda parte de Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2009.

<sup>57</sup> Otto Kirchheimer, "La dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo", op. cit., p. 34.

superestructura está determinada por el movimiento dialéctico<sup>58</sup>. Tras la Revolución de Octubre, la Unión Soviética recuperó la soberanía plena en la esfera exterior y negó la aplicación del principio mayoritario en la producción del derecho internacional y en el marco de la Sociedad de Naciones, dado que en la sociedad internacional la única homogeneidad que se podía reconocer era la de la clase obrera<sup>59</sup>.

Como ya hemos señalado, Kirchheimer no consideraba el derecho constitucional una mera continuación de los medios de producción capitalistas, aunque adoptó del marxismo clásico la metodología crítica. El Marx más constitucional sobresale en *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte* y en *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850*: en ambos trabajos, desarrolla una fórmula inmanente en la que, enfrentando teoría constitucional y realidad institucional, llega a la conclusión de que la Constitución burguesa contiene en su interior su tesis y su antítesis para limitar sus posibles efectos transformadores. Esto sería particularmente relevante en el ámbito de los derechos, cuyo desarrollo y garantía quedan en manos del legislador: “Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja”<sup>60</sup>. El ejemplo más extremo lo constituye el derecho universal de sufragio: como se pudo comprobar en la Revolución de 1848, sus consecuencias inesperadas se superan a través de la dictadura, donde el presidente deja de ser el “hombre *neutral* del 10 de diciembre”<sup>61</sup> (cursivas nuestras).

Por lo tanto, para Kirchheimer la Constitución es una norma jurídica con posibilidades para cambiar las relaciones entre clases y no una mera hoja de papel, como advirtió Ferdinand Lassalle al inaugurar la teoría de la Constitución material<sup>62</sup>. En clara alusión al Heidegger más fenomenológico, afirmará que la Constitución es un artefacto para dominar la realidad que expresa la autoconciencia del Ser en el contexto del Tiempo<sup>63</sup>. La *autoconciencia* indica, sin embargo, maduración de la

---

<sup>58</sup> Así como la cercanía de postulados entre Kirchheimer y Schmitt en cuanto a la filosofía jurídica de fondo que se mantiene. Recordemos que Schmitt había señalado en *La dictadura* que “la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser la característica del derecho público”. Al respecto, ver Carl Schmitt, *La dictadura, op. cit.*, p. 88.

<sup>59</sup> Kirchheimer no pudo ver que lo que en realidad había ocurrido tras la Revolución bolchevique es que la soberanía no se atribuyó a la clase obrera, sino al Partido Comunista, creando así el primer Estado *dual* que con posterioridad tanto influyó en la Italia fascista o en la Alemania nazi. Sobre el concepto, sigue siendo de interés el trabajo de Ernst Fraenkel, *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Trotta, Madrid, 2022.

<sup>60</sup> Karl Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Austral, Madrid, 1995, p. 227.

<sup>61</sup> La alusión a Constant, parece clara; Karl Marx, *Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850*, Austral, Madrid, 1995, p. 165.

<sup>62</sup> Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 2004.

<sup>63</sup> Recordemos la definición de Constitución absoluta de Schmitt: “Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de una *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser”, en Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 94.

conciencia de clase en relación con la estructura objetiva de la realidad. Como “comunidad de emergencia” entre el final de la I Guerra Mundial y el Pacto de Versalles, Alemania tenía que elegir entre el voluntarismo soviético - oriental y el compromiso conservador del modelo francés - occidental. Para Kirchheimer, la Constitución de Weimar no obedeció a un verdadero compromiso entre clases ni a un justo medio cultural, sino a una mera yuxtaposición de intereses que condicionó de forma determinante el propio desarrollo normativo de los derechos fundamentales y la forma de Gobierno<sup>64</sup>.

La idea de compromiso -presente en el siglo XIX en libros tan lejanos como *Del Gobierno representativo* de John Stuart Mill o el *Anti - Dühring* de Friedrich Engels- fue desarrollada, ya lo hemos dicho, por el austro-marxismo con el objetivo de adecuar la táctica de la socialdemocracia a las conclusiones del “doble progreso” durante la fase de transición del capitalismo al socialismo. Como consecuencia de la necesaria tolerancia entre mayoría y minoría, ese compromiso táctico podía convertirse en un acuerdo duradero mediante coaliciones de partidos que representaran al capitalismo y a los obreros. Kirchheimer cree que la Constitución de Weimar se articuló bajo la sombra de un compromiso débil -el Acuerdo Stinnes - Legies, de noviembre de 1918- porque el marco mental de los sindicatos alemanes se situaba en forma y fondo en el contexto creado por Bismarck. Como consecuencia de ello, en Weimar no hubo compromiso -donde las partes renuncian a sus reivindicaciones- sino una mera yuxtaposición de intereses que permitió a la burguesía accionar las palancas del viejo Estado guillermino para tratar de consolidar una toma de poder que llegaba con un siglo de retraso<sup>65</sup>.

Para Kirchheimer esta yuxtaposición es la expresión más clara de lo que Carl Schmitt llamaba “Estado neutralizado”. La neutralización liberal del Estado lo convierte en una máquina vacía, en una especie de tren en una sola dirección donde los mandos son dirigidos por los poderes ocultos que defienden las políticas burguesas de derechos fundamentales. La caracterización de Estado como “máquina” es una alusión indirecta a la imagen creada por la legitimidad burocrático - judicial *weberiana*: en los Estados con leyes racionales “el juez es prácticamente una máquina automática de artículos jurídicos, en la que se introducen por arriba los expedientes, los costes y demás tasas, y sale luego por abajo la sentencia con los argumentos más o menos convincentes en los que se basa”<sup>66</sup>. La

<sup>64</sup> Otto Kirchheimer, “Il problema della Costituzione” (1929), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar, op. cit.*, p. 47.

<sup>65</sup> Otto Kirchheimer, “Il mutamento di significato del parlamentarismo” (1928), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar, op. cit.*, pp. 41 - 45.

<sup>66</sup> Weber advirtió sobre los problemas de despolitización del Estado burocrático alemán, donde la máquina terminaba “coagulada” como consecuencia de la falta de parlamentarización del sistema; ver “Parlamento y Gobierno en una Alemania reorganizada

idea y praxis del Estado neutral conducen en el imaginario *schmittiano* a una crisis de legitimidad en la que ante la aparición de las crisis por ausencia de lo político se producen dictaduras o luchas fratricidas entre los partidos que han realizado el compromiso constituyente.

Antes de aparecer la crisis final de Weimar, Kirchheimer realiza una radiografía de las dificultades de afirmación y despliegue de la Constitución de 1919<sup>67</sup>. En el plano de los derechos fundamentales adoptará el esquema de Schmitt de incompatibilidad entre la segunda parte material de la Norma Fundamental -los derechos- y la primera parte organizativa, típicamente liberal. Frente a la interpretación del art. 143 de la Constitución de su maestro, que veía en el derecho de propiedad allí reconocido una garantía institucional frente al legislador, Kirchheimer analizará de forma crítica el papel que la jurisdicción y la burocracia habían jugado para contener los posibles excesos expropiatorios. En particular, acusó al Tribunal Supremo del Reich de orientar su jurisprudencia hacia los intereses capitalistas y trató de demostrar que la introducción del Estado de Derecho en la resolución de conflictos entre el capital y el trabajo -cámaras de conciliación, tribunales laborales y arbitraje- había conducido a una excesiva formalización de las relaciones laborales<sup>68</sup>.

En cuanto a la forma de gobierno, los escritos iniciales de Kirchheimer muestran una patente preocupación por el problema de la inestabilidad. Como veremos a continuación, el ataque contra el parlamentarismo no le impide observar la disolución de Weimar como consecuencia de la disminución del apoyo electoral a la coalición que sustentaba la República (socialdemócratas, católicos y liberales). Ello le pone en la pista, especialmente, de la cuestión de los Gobiernos en funciones (denominados “de los negocios”), sobre todo en los Länder, donde la ausencia de un Presidente para designar cancilleres abocaba a largos gobiernos en funciones sin potestades constitucionales claras. Como consecuencia de ello, el Presidente Ebert aplicó acciones ejecutivas al amparo del art. 48 de la Constitución a Turingia (marzo de 1920), Gotha (abril de 1920) y Sajonia (octubre de 1923). Kirchheimer creía que, como ya advertía Radbruch, ello comprometía la neutralidad del Presidente del Reich, pues solo aplicó la coerción federal a gobiernos socialdemócratas (Ebert había mediado políticamente en el caso de Baviera y su inobservancia del derecho federal). El *Preußenschlag* de julio de 1932 en Prusia, que no estuvo solo justificado en la violencia generalizada, sino en la imposibilidad de formar un Gobierno estable como consecuencia de la modificación

---

(1917 - 1918)”, en Max Weber, *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 100 y 115.

<sup>67</sup> Otto Kirchheimer, “Weimar – e che cosa dopo? Analisi di una Costituzione” (1930), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar, op. cit.*, pp. 51 – 89.

<sup>68</sup> Otto Kirchheimer, “Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtsprechung”, *Die Gesellschaft*, VII, 1930.

del Reglamento parlamentario para introducir el modelo de Gobierno de canciller antes de las elecciones del 12 de abril (art. 20), no hizo más que darle la razón<sup>69</sup>.

Con respecto a la teoría de la democracia, la perspectiva crítica de Kirchheimer es en sus inicios deudora de la visión de Schmitt, esbozada en el influyente *Sobre el parlamentarismo*<sup>70</sup>. Como se sabe, Schmitt acusó a los hacedores de la Constitución de Weimar de haber introducido una forma de democracia parlamentaria ajena a la cultura política alemana y más propia del siglo XIX. Mientras Hans Kelsen y Richard Thoma no veían ninguna incompatibilidad entre democracia y parlamentarismo -solo entre autocracia y democracia- Schmitt consideraba, como Marx, que los Parlamentos modernos eran meras cajas de resonancia de acuerdos que se tomaban secretamente por los partidos, representantes igualmente de intereses ocultos vinculados con el capitalismo y el sindicalismo de clase. La falta de publicidad, la inestabilidad producida por un proceso político meramente discursivo y el advenimiento del pluralismo hacían imposible una democracia representativa donde había desaparecido la prohibición del mandato imperativo<sup>71</sup>.

Kirchheimer aplica la misma plantilla *trascendente* que Schmitt: no percibe que la Constitución de Weimar es democrática en un sentido pluralista y que ello implica un tipo de parlamentarismo menos estático y más tendente al compromiso político<sup>72</sup>. Imposible, por tanto, compararlo con el parlamentarismo del Estado liberal monoclasa. Es por ello por lo que recurre a imágenes típicamente distorsionadas del marxismo clásico: por ejemplo, ante la superación del sufragio de tres grados de la Constitución del Imperio, en un sentido universal, y que en principio debería otorgar mayorías holgadas a la clase obrera, contraponen el poder del dinero y los grandes empresarios para manipular la opinión pública a través de una prensa comprometida con la revolución conservadora. Es posible que la burguesía alemana no recurra a situaciones de bonapartismo constitucional, como en 1848 y 1871 en Francia, pero no le resulta necesario en tanto en cuanto hace uso de un principio mayoritario y unos medios de comunicación que sirven como dique de contención de una verdadera democracia social.

Nuestro protagonista no hará suyo el enfoque de la representación de identidad de Schmitt, pero como él negará la aplicación mecánica de

---

<sup>69</sup> Sobre todas estas cuestiones, ver Leticia Vita, *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

<sup>70</sup> Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>71</sup> Recuérdese que, al fin y a la postre, esta era la principal objeción de Triepel a los partidos políticos modernos; al respecto, ver Heinrich Triepel, *La Constitución y los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 2015.

<sup>72</sup> La perspectiva metodológica *trascendente* de Schmitt está explicada en Jürgen Fijalkowski, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos de la Filosofía Política de Carl Schmitt*, Tecnos, Madrid, 2023.

la lógica mayoritaria ante la falta de homogeneidad<sup>73</sup>. Es decir, para Kirchheimer resulta imposible -en ese tiempo, como veremos- la democracia en una sociedad pluralista. Mayoría y poder no siempre coinciden en un sistema constitucional porque en la base de producción normativa del Estado no estaría el principio de libertad, sino el de igualdad. Por lo tanto, la democracia solo podría producirse en Estados monoclasa, lo que resultaba ya extravagante a finales de la década de 1930 (otra cosa es que ni la teoría ni la praxis dieran con la fórmula racionalizada que encauzara el pluralismo ideológico). Es importante recordar que, frente a este enfoque, Hermann Heller demostrará que en el Estado democrático solo puede existir “conciencia de homogeneidad” y no homogeneidad material (que puede ser nacional, social e incluso referida a las costumbres), es decir, una actitud ante aquellos mecanismos que permiten relacionar normatividad con normalidad y aceptar la alternancia política más allá del uso de la violencia<sup>74</sup>.

A los diez años de aprobarse la Constitución, Kirchheimer realizó un breve artículo en el que tras la corta e inestable experiencia democrática alemana da por amortizada la República<sup>75</sup>. El motivo habría que buscarlo, ya lo hemos dicho, en la idea de que la Constitución de 1919 es una norma sin decisión<sup>76</sup>. La ausencia de lo político en el proceso constituyente consolidó un tipo de democracia sin valores en la que no era posible cumplir las aspiraciones de la clase obrera porque la burocracia y el poder judicial conservador habían contrapuesto un tipo de legitimidad distinta. El trabajo recibió severas críticas por el ala izquierda: Gurland, Neumann y el propio Heller señalaron que tanto Kirchheimer como Schmitt partían de un supuesto metodológico erróneo. La Constitución de Weimar ya no podía interpretarse con la plantilla puramente liberal, sino que fue una Constitución democrática y pluralista que se abría al futuro: la no - decisión era precisamente la “modernidad” de una Norma que reconocía el conflicto entre clases y que entregaba al proceso político la posibilidad de reconducirlo en el contexto de una heterogeneidad de contenidos e intereses<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Otto Kirchheimer, “Weimar – e che cosa dopo? Analisi di una Costituzione”, *op. cit.*, p. 58.

<sup>74</sup> Hermann Heller, “Democracia política y homogeneidad social”, en el Vol. *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 257 - 269.

<sup>75</sup> Otto Kirchheimer, “Weimar – e che cosa dopo? Analisi di una Costituzione”, *op. cit.*, pp. 51 – 89

<sup>76</sup> Otto Kirchheimer, “Weimar – e che cosa dopo? Analisi di una Costituzione”, *op. cit.*, pp. 86 – 89. Ni siquiera era este el punto de vista de su maestro Schmitt, que veía en la Constitución de Weimar núcleos intangibles frente a la acción de la sociedad: la opción por la democracia parlamentaria, la república y el federalismo eran decisiones irreformables. Al respecto, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>77</sup> El debate posterior a la publicación del trabajo de Kirchheimer, en Antonio Bolaffi, “Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer”, en Otto Kirchheimer, *Costituzione senza decisione. Saggi di teoria politica e costi-*

#### IV. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD EN EL PERIODO DE ENTREGUERRAS (Y MÁS ALLÁ)

Como ya se señaló al comienzo del trabajo, la controvertida cuestión de la legalidad y legitimidad fue el punto de inflexión del pensamiento de Otto Kirchheimer y el momento de su ruptura personal y académica con Carl Schmitt. Antes de enfrentarnos a la polémica, conviene acercarnos brevemente a la problemática conceptual de la legitimidad, término discutido y con una gran variedad de significados que sigue utilizándose hoy en día para intentar facturar teóricamente las crisis de los sistemas constitucionales (véase el Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá con respecto a la posible secesión de Canadá<sup>78</sup>). Para entender la cuestión abriremos un espacio temporal de análisis que abarcará no solo el periodo de entreguerras, sino también el que ocupa la II Guerra Mundial, para no dejarnos autores clave como Guglielmo Ferrero o Alexandre Kojève, que escribieron sobre el tema durante la década de 1940.

Antes de entrar a analizar el concepto de legitimidad, conviene llamar la atención su constante contraposición con otra noción clave: la de legalidad. Weimar fue un gran seminario en el que diversas concepciones sobre la teoría de la norma se enfrentaron a la hora de aplicar a la realidad una Constitución que proyectaba un nuevo lenguaje en lo referido a la comprensión de los partidos y la representación, el parlamentarismo, el concepto de ley y la relación entre Estado de Derecho y democracia. En el ámbito del derecho público se formaron tres grupos diferenciados para abordar todas estas cuestiones: uno positivista al que pertenecían Thoma, Anschütz y Nawiasky, otro que se aglutinaba bajo el rótulo *neohegeliano* de las ciencias del espíritu, en el que se encontraban personajes tan dispares como el propio Schmitt, Heller o Rudolf Smend y, finalmente, un tercero encabezado por Kelsen y su Escuela, que operaba desde Austria<sup>79</sup>. En el ámbito *iusprivatista*, no puede olvidarse la polémica que suscitó el famoso artículo que Hermann Kantorowicz publicaría en 1906 bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, titulado *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, en el que defendía la necesaria existencia de cierta libertad creativa del juez para determinar el contenido de la norma que pudiera ser capaz de modular el rígido positivismo legalista imperante en la Alemania de la época<sup>80</sup>.

---

*tuzionale*, De Donato, Bari, 1982, p. LXIII y ss. Los diversos avatares constitucionales y políticos de la naciente República, en Leonardo Álvarez Álvarez (coord.), *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

<sup>78</sup> Una crítica al uso del término legitimidad por el Tribunal Supremo canadiense en dicho Dictamen, en Josu de Miguel Bárcena, *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Reus, Madrid, 2019, p. 63.

<sup>79</sup> Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI - XXI)*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

<sup>80</sup> Esta polémica tendría gran importancia en el transcurso de la crisis inflacionaria de Weimar, pues suponía la posibilidad de ir reinterpretando y adaptando jurisprudencialmente el derecho de obligaciones relacionado con la deuda pública y privada, teniendo en

El asunto de la legitimidad fue quizá, en Weimar, tan importante como el de la legalidad, aunque ha sido habitualmente olvidado por los análisis constitucionales. La razón es que estamos ante una cuestión que se resiste a ser reducida a las categorías jurídicas estáticas que ayudan a simplificar el mundo de los hechos políticos. Sin embargo, la legitimidad es un concepto clave que alude a los principios que, en última instancia, permiten y explican la obediencia de la sociedad y los individuos al derecho. Para comenzar nuestro somero recorrido quizá convenga recordar la primera entrada del diccionario de la Real Academia Española (RAE) en relación con lo *legítimo*: “conforme a las leyes”.

La sublimación de lo legal en lo legítimo -que a veces también es lingüísticamente utilizada por los Tribunales Constitucionales para abordar el sometimiento de la ley ordinaria a la Norma Fundamental- tiene su origen en la aproximación realizada por Max Weber en *Economía y sociedad*<sup>81</sup>. Durante el siglo XIX, bien es cierto, el choque entre la legitimidad racional que representaba el Código Civil en Francia y la legitimidad histórica que enarbolaba el *legitimismo* de la Restauración borbónica de 1814, había llevado a Constant y Talleyrand (en sus conocidas *Memorias*) a identificar el término como un principio o instrumento para garantizar la autoridad de los reyes y la seguridad de sus personas: un elemento, en definitiva, imprescindible para el sosiego y el bienestar de los pueblos<sup>82</sup>. Como se sabe, Weber se acercó a la legitimidad como una expresión fenomenológica del poder, es decir, como una descripción científica de aquellas manifestaciones que servían para explicar la obediencia a la autoridad jurídica.

Para Weber, en el curso de la historia habían existido tres tipos de legitimación que de forma instrumental habrían servido para estabilizar el poder tras la expropiación realizada por el absolutismo a las instituciones privadas del medievo: dos de tipo residual (la legitimidad histórica y carismática) y el principio de legitimidad legal - racional, que sería el predominante desde que se fuera afirmando el Estado de Derecho y desarrollando la lógica de la burocracia al servicio del capitalismo. El ascenso de la legitimidad racional es la consecuencia de la declinación de la legiti-

---

cuenta la revalorización o depreciación del marco. Sobre esta cuestión, ver Eloy García, “La presencia de la trama intelectual de la República de Weimar en la Democracia Constitucional de los Postmodernos: tres ejemplos discursivos al respecto”, en Eloy García (Ed.), *Weimar, el Momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 noviembre 1989*, CEPC, Madrid, 2021, p. 30 y ss., que además sitúa la controversia en el contexto del problema del defensor de la Constitución y la relación -difícil- entre el legislador y el Tribunal Supremo del Reich durante la República de Weimar.

<sup>81</sup> Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

<sup>82</sup> Benjamin Constant, *Del espíritu de conquista y de la usurpación*, Tecnos, Madrid, 2008. La idea de legitimidad racional contenida en la labor codificadora que se abre con la aparición del Estado moderno y la ilustración jurídica, en Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976.

mación monárquica, productora en gran medida del desastre de la I Guerra Mundial<sup>83</sup>. Frente al reduccionismo de la identificación entre medios y fines que suele destacarse críticamente desde el plano sociológico, en nuestra opinión Weber vino a señalar que la legitimación legal presupone normas realizadas por un parlamento democrático y posteriormente ejecutadas por una administración racionalmente articulada. Es decir, la jaula de hierro administrativa era equilibrada por un parlamentarismo que serviría para controlar un Estado funcional desbocado -el del Imperio guillermino- y como escuela (adjetivada como plebiscitaria) de cuadros políticos profesionales. La opción por un presidencialismo fuerte en la Constitución de Weimar tenía el objetivo en Weber de contrapesar carismáticamente la peligrosa antipolítica contra los partidos que predominaba en el ambiente alemán de la primera posguerra mundial<sup>84</sup>.

Como acabamos de señalar, Weber se posiciona *políticamente* ante el vacío de legitimidad que deja tras la I Guerra Mundial la desaparición de las monarquías constitucionales en Rusia, Alemania, Portugal o más tardíamente España. Ante ese vacío y lejos del transformismo del parlamentarismo decimonónico quien va a ocupar el lugar va a ser el principio democrático - pluralista. Ese principio es combatido, no lo olvidemos, por los procesos revolucionarios, el fascismo y el militarismo, que tratan de afianzar el poder mediante técnicas de fuerza que produzcan miedo en la sociedad que intentar dominar. En dicho contexto de fuerza, la identificación entre legalidad y legitimidad *weberiana* tiene una primera e importante refutación en el importante trabajo del Lukács paradójicamente menos soviético (*Historia y conciencia de clase*). Lukács, que había tratado directamente con Weber, es el primer autor que, frente a la legalidad burguesa, urge contraponer un tipo de legitimidad completamente distinta para levantar proyectos políticos ontológicos, es decir, que sirvan para construir nuevas sociedades desde los cimientos, como se estaba llevando a cabo en la Unión Soviética.

En tal sentido, como Schmitt<sup>85</sup>, identificará el Estado de Derecho liberal con el romanticismo que quieren hacer suyo los teóricos del doble progreso socialdemócrata: es decir, utilizar transitoria y estratégicamente las instituciones del Estado burgués para ir hacia un mundo sin medios de producción privados. La prudencia de los opresores conduce a “peligrosas ilusiones acerca de la democracia, acerca de la transición pacífica al

---

<sup>83</sup> El papel personal de los monarcas en la puesta en marcha de la I Guerra Mundial, analizado desde un punto de vista psicológico, en Margaret McMillan, *1914. De la paz a la guerra*, Turner, Madrid, 2013.

<sup>84</sup> La idea de que la legitimidad legal - racional de Weber está incrustada en la lógica de la soberanía popular, la tomamos de Pedro de Vega, “La democracia como proceso (Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 120, 2003, p. 9.

<sup>85</sup> Carl Schmitt, *Romanticismo político*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2005.

socialismo. Si se alcanza la completa y clara falta comunista de prejuicios respecto del Estado y el derecho, ni la ley ni sus consecuencias previsibles tienen más (ni menos) significación que cualquier otro hecho de la vida externa de los que hay que tener en cuenta para estimar la viabilidad de una acción determinada”<sup>86</sup>. Así las cosas, frente a la legalidad que sostiene la legitimidad burguesa, es necesario implantar -como hacía, por ejemplo, el art. 3 de la Constitución Soviética de 1918, donde se abolía por completo la propiedad privada- una nueva legalidad que sirviera para poner en pie una moralidad que expresara los intereses del partido revolucionario. Enzo Traverso ha mostrado la gran influencia que el breve trabajo de Lukács tuvo no solo en la izquierda, sino en pensadores conservadores como Schmitt. El clima turbulento de posguerra polariza el campo intelectual creando figuras chocantes de revolucionarios y conservadores, y diálogos insólitos en torno a la *coincidentia oppositorum* de la izquierda y la derecha más radical: la lucha contra la democracia liberal<sup>87</sup>.

Ferrero escribe en Suiza *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, en plena II Guerra Mundial<sup>88</sup>. El pensador italiano sitúa el problema de la legitimidad desde una perspectiva histórica, denunciando el uso de la fuerza y de la impostura como sustitutas de un consenso necesario para trabar las relaciones de obediencia entre todo gobierno y la ciudadanía. Al enfrentarse al problema de la praxis -el momento de la verdad de todo sistema constitucional- trasciende la metodología descriptiva que había utilizado Max Weber para acercarse a la democracia sustantiva y el método ontológico (recuérdese que Ferrero hablaba de sociedades cuantitativas y cualitativas). A partir de este cuadro general, establece una triple categorización en cuanto a la efectividad del principio analizado. La ilegitimidad aludiría a una situación donde se gobierna de manera completamente distinta a los principios públicamente proclamados (dictadura). La cuasilegitimidad haría referencia a regímenes donde el gobierno se ajusta a unos principios que aún no son aceptados por la sociedad (por ejemplo, la II República española). Por último, la legitimidad implicaría una plena coincidencia entre principios y ejercicio del poder institucional. Karl Loewenstein, que trató con Ferrero en Suiza ambos en situación de exiliados, se valió de esta triple categoría sobre legitimidad para establecer la conocida tipología de Constitución semántica, nominal y propiamente normativa<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> György Lukács, “Legalidad e ilegalidad”, en el Vol. *Historia y conciencia de clase. Estudios sobre dialéctica marxista*, Siglo XXI, Madrid, 2021, pp. 351 - 353.

<sup>87</sup> Otra prueba más de los lazos entre cierta izquierda y Carl Schmitt. Enzo Traverso, *A sangre y fuego. De la guerra civil europea, 1917 - 1945*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2009, p. 223 y ss.

<sup>88</sup> El texto fue inicialmente publicado en francés en Estados Unidos, ante la imposibilidad de hacerlo en la neutral Suiza por las presiones nazis. Véase la reciente reedición en España, a cargo de Eloy García, que realiza el estudio preliminar; Guglielmo Ferrero, *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Tecnos, Madrid, 2022.

<sup>89</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018.

Para finalizar, resulta de interés aludir a la tesis de Alexandre Kojève, que, partiendo de la propuesta de Weber, asocia los conceptos de autoridad y legitimidad<sup>90</sup>. El filósofo de origen ruso realizó el polémico trabajo en la Francia de Vichy, mientras mantenía contactos con la Resistencia y Henri Moysset, ministro e intelectual de cabecera del Mariscal Petain<sup>91</sup>. Para Kojève, la autoridad se sitúa también en la órbita de la obediencia al derecho: supondría la capacidad de realizar acciones públicas (decisiones) sin resistencia individual y colectiva. Por tanto, el cuestionamiento de la legalidad es el cuestionamiento de la propia legitimidad. A partir de estas consideraciones, se establece una cuádruple fenomenología de la autoridad basada en la idea de padre (tomismo), de la lucha entre el amo y el esclavo (Hegel), de jefe (Aristóteles) y de juez (Platón). La teoría de Kojève parece pensada para articular una teoría del Estado con un cuarto poder moderador (el Senado, cumpliendo una especie de legitimidad histórica), aunque tiene la particularidad de asociar cada una de las legitimidades a un tiempo concreto: el futuro con el legislador (jefe), el presente con el ejecutivo (amo) y el pasado con la *auctoritas* senatorial (padre)<sup>92</sup>. Para que la legitimidad pueda realizarse en el tiempo necesita que los poderes del Estado no se aglutinen en uno solo ni que se separen estrictamente, sino que encuentren la forma de colaborar entre sí, lo que supone distanciarse de la lectura orgánica realizada por Montesquieu<sup>93</sup>.

Tras el final de la II Guerra Mundial la legitimidad desaparece parcialmente de los debates constitucionales. La democracia constitucional europea -con el paréntesis autoritario del socialismo *real* de los países del Este- se consolida atribuyendo especiales competencias a los Tribunales Constitucionales y sometiendo rígidamente el poder y la soberanía al derecho (en nuestra opinión, el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial es una ideología que muestra un evidente temor a lo político y a la soberanía)<sup>94</sup>. Al incorporarse derecho material a las Constituciones -principios y valores- se acaba con la presunta disociación de medios y fines *weberiana* y se abre el camino para una nueva terminología en la que la legitimidad es sustituida por otras nociones menos graves en el contexto de una democracia parcialmente militante: por ejemplo, la fidelidad

---

<sup>90</sup> Alexandre Kojève, *La noción de autoridad*, Página indómita, Barcelona, 2020.

<sup>91</sup> Las circunstancias de la elaboración de libro son descritas en la interesante biografía intelectual de Marco Filoni, *L'azione politica del filosofo. La vita e pensiero di Alexandre Kojève*, Bollati Boringhieri, 2021, Turín, p. 206

<sup>92</sup> Para Kojève, la autoridad del juez es una legitimidad sin tiempo, es decir, es eterna.

<sup>93</sup> No puede dejarse de llamar la atención sobre la similitud metodológica de asociar el tiempo a los poderes del Estado, en el trabajo posterior de Gerhard Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1998.

<sup>94</sup> Nada expresa mejor esta idea que el segundo párrafo del art. 1 de la Constitución de Italia de 1947: "La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución" (cursivas nuestras).

a la Constitución y la vinculación positiva y negativa al ordenamiento jurídico. Aparece entonces un nuevo concepto, la *lealtad* constitucional, que pretende construirse como una norma jurídica que aborde no solo las relaciones de poder en el contexto federal, sino aquellas lesiones graves del sistema constitucional que atenten contra el necesario equilibrio entre derecho y política<sup>95</sup>.

## V. LA POLÉMICA SOBRE LO LEGAL Y LEGÍTIMO ENTRE OTTO KIRCHHEIMER Y CARL SCHMITT

*Legalidad y legitimidad* fue un opúsculo corto -pero intenso- que Schmitt publicó en el verano de 1932, después de la intervención del Reich en Prusia y tras la total disolución electoral y política de la coalición que sostuvo la República hasta 1930. En ese momento, el centrista católico Heinrich Brüning sustituyó en la Cancillería al socialdemócrata Hermann Müller y el Parlamento del Reich dejó de ser operativo, trasladándose en gran medida el poder legislativo a las medidas comisariales del Presidente Hindenburg tomadas al amparo del art. 48 de la Constitución. El trabajo de Schmitt ha tenido dos interpretaciones postreras: una operación política para salvar la República o una oportunidad histórica para transformarla en un régimen ejecutivo con el objetivo de mantener alejado al Estado de los diversos pluralismos que lo amenazaban (federalismo, partidos y poderes económicos).

Es poco conocido, ya lo hemos señalado, que el libro de Schmitt tuvo como precedente un breve trabajo de Otto Kirchheimer, con el mismo título, publicado en la primavera de 1932 en el órgano teórico del Partido Socialdemócrata (*Die Gesellschaft*)<sup>96</sup>. Como veremos, en este artículo Kirchheimer ofrece una guía conceptual y temática para la posterior ampliación y reconstrucción del propio Schmitt, lo que condujo a que su antiguo discípulo le contestara junto a Nathan Leites a comienzos de 1933: esta contestación será la antesala de su huída precipitada tras su detención, su reconversión parcial en un teórico liberal y, por supuesto, el alejamiento del propio Schmitt. Merece la pena centrarse, por tanto, para acabar el presente trabajo, en el contenido del diálogo entre ambos autores, no solo por el interés dogmático, sino también por lo oculto que ha permanecido en los diversos estudios *schmittianos*<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Véase, a este respecto, el trabajo fundamental de Leonardo Álvarez Álvarez, *La lealtad constitucional en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2008.

<sup>96</sup> Otto Kirchheimer, "Legalità e legittimità" (1932), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, op. cit., pp. 91 - 108.

<sup>97</sup> Por ejemplo, el episodio no es aludido en la que hemos considerado anteriormente como la biografía definitiva de Carl Schmitt; al respecto, ver Reinhard Mehring, op. cit., pp. 252 - 258.

### 5.1 Kirchheimer en la hora final de Weimar

En la primavera de 1932, Kirchheimer parece ya convencido de que la Constitución de Weimar está desbordada por la realidad política y unas masas que se dirigen al abismo nazi: la posibilidad de una sociedad socialista era ya algo impensable. Como ya sabemos, en el décimo aniversario de la Norma Fundamental nuestro autor daba por finiquitada la República. En su réplica, su amigo Franz Neumann le recordaba que la cuestión central no era tanto “*después* de Weimar, como cuanto *mientras tanto*, Weimar”: la Constitución de la que se dispone es el material con el que hay que tratar de superar los graves problemas económicos, financieros y sociales a los que se enfrentaban Alemania y Europa al comienzo de la década de 1930<sup>98</sup>. Esta es la metodología que emplea Kirchheimer, escorándose, de forma incipiente, hacia postulados de carácter liberal y democrático.

De esta forma, en su “Legalidad y legitimidad”, Kirchheimer aborda la crisis de Weimar desde un planteamiento en el que la Constitución aparece ya no como una mera mistificación legal al estilo marxista, sino como un aparato normativo que permite transformar las relaciones de fuerza en una cosmología democrática en la que la ciudadanía trata de hacer valer sus derechos fundamentales frente al poder público<sup>99</sup>. En la sociedad moderna, el derecho ahora es el soporte neutral y necesario que da igual de oportunidades a todas las visiones del mundo: esta *chance* política solo es posible si existe una separación efectiva de poderes. Si esta separación desaparece, la igualdad de armas partidista puede servir para construir primas de legalidad y situar a la oposición fuera de la misma. Seguramente, por influencia del famoso trabajo de Kurt Wolzendorff (1915), Kirchheimer señala que con la afirmación del Estado de Derecho ya no tiene sentido reivindicar el derecho de resistencia, pues se somete a la administración al debido control judicial<sup>100</sup>. Sin embargo, pese a ello, la legalidad de Weimar no ha sido capaz de limitar las tensiones derivadas del choque entre clases sociales: el problema de la *legitimidad* reaparece, ya sin los contornos del derecho de resistencia, porque el ordenamiento fundado en 1919 no ha logrado revestir de una validez perenne el *status* social y político creado durante el proceso constituyente. Por lo tanto,

---

<sup>98</sup> Franz Neumann, “Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Republik (1930)”, en el Vol, *Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930-1954*, Suhrkamp, Frankfurt, 1978, p. 72.

<sup>99</sup> Antonino Scalone, “Introduzione. Dalla decisione politica al compromesso istituzionale. Otto Kirchheimer e la Repubblica di Weimar”, en Otto Kirchheimer, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>100</sup> Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, p. 92 y ss. Sobre el significado “moderno” del derecho de resistencia, sigue siendo fundamental el trabajo de Francisco Rubio Llorente, “La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución”, en VV.AA., *Libro homenaje a Joaquín Sánchez - Covisa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, págs. 905-924.

para Kirchheimer, la legitimidad es también una cuestión relacionada con la obediencia perdida, con el desplazamiento hacia la Constitución nominal o semántica teorizadas posteriormente por Karl Loewenstein<sup>101</sup>.

Ahora bien, como veremos, a diferencia de Schmitt, Kirchheimer no sitúa el problema de la deslegitimación en la morfología de la Constitución, en sus contradicciones internas, sino en el devenir del proceso institucional. El problema de este devenir, que ya había sido aludido con anterioridad, se atribuye ahora a la caracterización de la supralegalidad en Weimar: a diferencia de la situación de la III República Francesa, en Alemania se habría construido sobre la marcha un control de constitucionalidad meramente procedimental, no sustantivo, de las leyes<sup>102</sup>. Ello permitía que, a la hora de aplicarlas a los casos concretos, tanto la burocracia como el poder judicial tuvieran un amplio margen de discrecionalidad interpretativa: en ausencia de un doble -y claro- concepto de legalidad ordinaria y constitucional se habría producido una transferencia de poder legislativo desde el Parlamento hacia una administración y unos tribunales que podían justificar su alejamiento de la ley en los contenidos constitucionales. El caso palmario de las masivas delegaciones normativas en el Presidente del Reich a través del art. 48 de la Constitución, estaría permitiendo una sustitución de la legalidad por la legitimidad *plebiscitaria*<sup>103</sup>.

Kirchheimer alude a la conocida frase del canciller Brüning, ante la inminente amenaza comunista y nazi: “Si se declara que, una vez que llegas al poder legalmente, las barreras legales serán destruidas, entonces la vía seguida no será propiamente la legalidad”<sup>104</sup>. Con ello no solo se verbaliza lo que ocurrirá en marzo de 1933, sino que se pone sobre la mesa el problema de la posible ilegalidad de los partidos extremos. Nuestro autor recuerda que desde que en la Convención Francesa se intentara ilegalizar a toda la oposición, el ostracismo de los enemigos políticos se llevó a cabo desde el punto de vista jurídico - penal individual y no propiamente colectivo. En 1932, tanto en Prusia como en el Reich -a través del art. 48- se habían prohibido ciertas actividades de los partidos extremistas: disolución de las secciones de asalto (SA) y los escuadrones

---

<sup>101</sup> En *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, *op. cit.*, pp. 13 y 14, Kirchheimer elabora, por influencia *weberiana*, una tipología de legitimidades políticas asociando el término, como Kojève, a la autoridad: la carismática (jefe de tribu, sacerdote, rey medieval o monarca absolutista), la democrática (asamblea política) y la profesional (experto o juez). La tipología se elabora para describir los distintos modelos de justicia política que se han dado en la historia.

<sup>102</sup> Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

<sup>103</sup> En los primeros cinco años del mandato de Hindenburg (1925 - 1930), el presidente no adoptó ninguna medida a través del art. 48 de la Constitución, sino que derogó ocho decretos que estaban en vigor. Entre 1931 y 1932, Hindenburg realizó un total de 104 decretos a través del art. 48, mientras que el Reichstag aprobó únicamente 39 leyes.

<sup>104</sup> Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, p. 96.

de seguridad (SS) del Partido Nazi y suspensión de todas aquellas asociaciones políticas organizadas de forma paramilitar. Ese mismo año Otto Koellreutter había propuesto introducir en el ordenamiento la noción de “partido revolucionario”: es decir, todas aquellas formaciones que no defendieran la unidad nacional, la propiedad privada, el matrimonio y la religión cristiana. Al igual que Schmitt, Kirchheimer señalará que la posibilidad de ilegalizar partidos desde el punto de vista de los fines solo es posible en el caso de que en Weimar existiera -no era el caso- un principio de supralegalidad constitucional de carácter material<sup>105</sup>.

Kirchheimer recuerda, en todo caso, que la translación hacia el cesarismo que encarnaba la Presidencia del Reich, al margen de destruir la *chance* pluralista inherente a todo sistema liberal, no podía dar sus frutos estabilizadores por un motivo claro: no era un órgano neutral porque tenía un origen electoral donde se habían posicionado previamente los partidos. Por lo tanto, sus actos no eran en defensa de la Constitución de Weimar, más bien en defensa de un nuevo orden de tipo autoritario que se trataba de imponer por la fuerza normativa de los hechos<sup>106</sup>. Trayendo a colación a Lukács, termina apuntando que la revolución es indiferente al romanticismo de la legalidad, por lo que resultaba erróneo tratar de frenar los ataques a la Norma Fundamental volviendo a las reglas simples del siglo XIX e intentando reconstruir la legitimidad del poder a partir de la mera eficacia de los propios actos. La democracia y legalidad parlamentaria son dos nociones inseparables: “El Estado legislativo, la democracia parlamentaria, no conoce otra forma de legitimidad fuera de su propio origen. Cada deliberación de la mayoría en cada momento tiene valor de ley para la propia mayoría y para todo el pueblo, la legitimidad de tal forma de Estado coincide con su legalidad”<sup>107</sup>.

## **5.2. El concepto de legitimidad en Carl Schmitt y el problema de la doble Constitución.**

Antes de publicar *Legalidad y legitimidad*, Schmitt ya había abordado el asunto de la legitimidad en su *Teoría de la Constitución*: en ella hablaba de Constitución *legítima* cuando estábamos ante una situación de hecho y jurídica producida por una decisión constituyente reconocida. El poder constituyente no necesita justificarse ni en una norma previa ni en una ética determinada: es válido porque hay una unidad política homogénea que le da sentido y soporte en el tiempo. En cuanto a los modelos

<sup>105</sup> Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, p. 102 y ss.

<sup>106</sup> Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, p. 108.

<sup>107</sup> “En cambio” -continúa- “el régimen de ordenanzas de necesidad centrado en la figura plebiscitaria del Presidente del Reich y ejercida por la burocracia de funcionarios no está caracterizado por la legalidad, sino por su legitimidad, que reclama la justicia a partir de sus propios actos y objetivos”. Otto Kirchheimer, “Legalità e legittimità”, *op. cit.*, p. 96.

de legitimidad constitucional, Schmitt solo identifica dos en ese momento: la dinástica y la democrática (trionfante en Weimar), que tienen como protagonistas a los sujetos del príncipe y el pueblo<sup>108</sup>. Con posterioridad y como consecuencia de la llegada de los nazis al poder, Schmitt acudirá a la tipología de Weber para identificar los tres modos de pensar el derecho que se ponen en marcha durante el nacionalsocialismo: el Estado (legitimidad racional), el movimiento (legitimidad carismática del Führer) y el pueblo (legitimidad histórica)<sup>109</sup>.

En *Legalidad y legitimidad*, Schmitt utiliza el esquema de Kirchheimer -al que cita, diríamos que irónicamente- para explicar el porqué de la destrucción de Weimar y las posibles soluciones que podrían decantarse para salvar el sistema constitucional. En la reedición de 1968, el jurista de Plettenberg incluye una introducción donde apoyándose en un texto de Hans P. Schneider, explica que *Legalidad y legitimidad* era “una llamada de socorro, una protesta y un juramento que finalmente serán escuchados con la incorporación del art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn”<sup>110</sup>. La aparente propuesta de reforma de la Constitución de Weimar en 1932 para incorporar los límites materiales a la reforma que avalaran la prohibición legal de los Partidos Nazi y Comunista, contrasta con el asesoramiento a Hindenburg y a los cancilleres von Papen y von Schleicher hasta enero de 1933 en lo relativo a la elaboración de una nueva Constitución para Alemania y a la propuesta de utilización del art. 48 para suspender la actividad parlamentaria hasta que los partidos alcanzaran un nuevo consenso en torno a un poder ejecutivo fuerte<sup>111</sup>.

Schmitt sigue la forma y el fondo de su discípulo para construir su propia versión de la crisis de legalidad que estaría conduciendo a una crisis de legitimidad en Weimar. Pero no se trata de una contraposición entre teoría y praxis, sino que el problema central reside en que la Constitución contiene núcleos -una especie de doble Constitución- incompatibles entre sí, que generan versiones propias de la legalidad conducentes a diferentes tipos de la legitimidad. Schmitt parte de una idea ya discutible para la época: el art. 68 de la Constitución de Weimar -poder legislativo del Reichstag- diseñaría un Estado legislativo liberal que haría superflua cualquier noción de legitimidad, autoridad o soberanía. En este tipo de Estado, el abuso del poder legislativo con respecto a la Constitución tiene que quedar prácticamente descartado: “la congruencia y la armonía

---

<sup>108</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 104 y ss.

<sup>109</sup> Carl Schmitt, “Estado, movimiento, pueblo. La triple articulación de la unidad política” (1933), op. cit.

<sup>110</sup> Vamos a utilizar la traducción de José Díaz Zaragoza de Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. X - XII.

<sup>111</sup> Todas estas cuestiones, en Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, op. cit., p. 56 y ss.

preestablecidas y presumidas entre Derecho y ley, justicia y legalidad, objeto del Derecho y procedimiento legislativo, dominan, hasta el último detalle, la idea del Derecho propia del Estado legislativo”<sup>112</sup>. Ello contrasta, por ejemplo, con el grave conflicto presupuestario prusiano producido entre 1859 y 1866 -que Schmitt conocía a la perfección- y que dio lugar a la distinción de Paul Laband entre ley formal y material<sup>113</sup>.

En este Estado legislativo, el control de constitucionalidad de la ley sería un elemento extraño más propio del Estado jurisdiccional anglosajón, mientras que la Constitución debería limitarse a regular las cuestiones orgánicas y de procedimiento<sup>114</sup>. El problema se suscita a comienzos del siglo XX cuando se destruye la división entre lo público y privado de la era burguesa y, en atención a las reivindicaciones de una sociedad pluralista, se expresa cada vez más claramente la decadencia del principio de homogeneidad (nacional): dicho principio permitía una identidad indiscutible entre gobernantes y gobernados y una relación suave y pacífica entre mayoría y minoría, haciendo innecesario el derecho de resistencia. Así las cosas, la *chance* entre participantes en la competición electoral -basada en el 51% de los votos- era posible porque existía un espíritu de lealtad entre los partidos basado en la premisa de que ninguno de ellos rompería las reglas del juego de fondo que caracterizaban al Estado legislativo. La accidentada historia constitucional española durante el siglo XIX, por ejemplo, desmintiría esta imagen pacífica de lealtad política del parlamentarismo clásico.

Para Schmitt, el momento pluralista diluye los fundamentos del Estado legislativo liberal y posibilita que los ganadores de las elecciones utilicen las primas de legalidad -recuérdese que el término había sido utilizado por Kirchheimer- para eliminar a sus enemigos: tales primas serían inherentes a todo poder ejecutivo y harían referencia a la ventaja de interpretación arbitraria de conceptos jurídicos indeterminados, la presunción de legalidad en cuestiones dudosas y la ejecutividad directa de las ordenanzas de necesidad. Una solución a la lucha política existencial producida por la *chance* democrática sería imponer un tercero neutral supraparlamentario como reivindicaba en *El defensor de la Constitución*: sin embargo, ello parecía ir en contra del espíritu de igualdad de oportunidades del Estado legislativo. Cuando se llega a los extremos a los que ha llegado Weimar, “lo único que cuenta es quién tendrá en sus manos el poder legal, en el momento en que se lance por la borda todo el sistema de legalidad, para establecer después su poder sobre nuevas bases”<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 29.

<sup>113</sup> Paul Laband, *Derecho presupuestario*, Tecnos, Madrid, 2012.

<sup>114</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 39.

<sup>115</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, op. cit., p. 58.

En el Schmitt de 1932 la exploración de los confines de la legalidad constitucional conduce necesariamente a nuevas formas de legitimidad que ponen en cuestión la obediencia al ordenamiento jurídico. Esa legitimidad brota de la existencia de una segunda parte de la Constitución -frente a la primera, que expresaría pureza organizativa- de la que derivan tres legisladores más o menos extraordinarios: el poder de reforma constitucional, el legislador del referéndum y la posibilidad de que el Presidente del Reich dicte medidas extraordinarias. Schmitt no extrae de esta *realidad* constitucional la conclusión más evidente -que la propia Constitución de Weimar ha previsto una concurrencia de fuentes del derecho derivada de una situación histórico determinada- sino que achaca al poder constituyente haber construido una Norma Fundamental contradictoria que produce una “carrera entre soberanos” que conducirá al final de Weimar<sup>116</sup>.

No resulta necesario volver a comentar y abundar en argumentos de sobra conocidos en torno a esta “carrera de soberanos”: con respecto a la democracia directa, Schmitt considera que el referéndum derivado de la iniciativa legislativa popular (art. 73) establece un legislador extraordinario *ratione supremitatis* que expresa una legitimidad plebiscitaria incompatible con el legislador parlamentario pleno del art. 68. La lógica funcionalista, basada en la representación, la discusión pública y la reflexión política, sería incongruente con la decisión o manifestación de la *volutas* de un soberano inmediatamente presente: el pueblo<sup>117</sup>. Por otro lado, el art. 48 de la Constitución incorporaba un legislador *ratione necessitatis* que no había sido establecido por la Norma Fundamental en su diseño original, sino por la práctica adoptada por los presidentes del Reich y el Gobierno. La distinción entre ley parlamentaria y medida habría consolidado una nueva fuente de producción de normas indefinidas en el tiempo

---

<sup>116</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>117</sup> Esta afirmación choca también con la realidad constitucional de Weimar. Aunque habitualmente se suele achacar a la República un uso abusivo del referéndum, la desconfianza posterior de la Ley Fundamental de 1949 frente a la democracia directa proviene en realidad del uso que hizo Hitler de dicha figura. Efectivamente, entre 1919 y 1932 se hicieron dos consultas directas como consecuencia de la puesta en marcha de la iniciativa legislativa popular del art. 73 -que exigía que la proposición de ley hubiera sido objeto de enmiendas en el Reichstag-: por un lado, la expropiación sin justiprecio de las propiedades dinásticas de las antiguas casas gobernantes, a iniciativa del Partido Comunista y secundada por el Partido Socialdemócrata. Dicha consulta se celebró en 1926 con amplia mayoría favorable, pero sin alcanzar el quórum necesario -50%- de participación para que la ley entrara en vigor. Por otro, la *Freiheitsgesetz* o “Ley de la libertad”, iniciativa legislativa popular del Partido Nacionalsocialista -a la que se sumaron los partidos de la derecha- que pretendía que el Estado alemán ignorara el pago de cualquier tipo de reparación derivada del Tratado de Versalles -en particular, el conocido como Plan Young-. Tras ser rechazada la iniciativa legislativa por el Reichstag, el pueblo también rechazó ampliamente la aprobación de la “Ley de la libertad” -solo un 13% de apoyo- lo que supuso, sin embargo, una gran campaña publicitaria para Hitler y el Partido Nazi.

que, dado su carácter inmediatamente ejecutivo, se sitúa por encima de un legislador ordinario que no hizo uso, prácticamente, de la facultad constitucional que le permitía derogar los decretos de la Presidencia del Reich. En cualquier caso, el punto clave del problema constitucional de la “carrera de soberanos” derivaba de la innovación de un legislador *ratione materiae* en el contexto de un procedimiento de reforma que parece eludir las decisiones fundamentales adoptadas en Weimar (y señaladas por Schmitt en su *Teoría de la Constitución*).

La reforma constitucional en Weimar partía de un diseño ilimitado en el que lo fundamental era la categoría de ley constitucional condicionada por la mayoría cualificada que el legislador debía alcanzar en el Reichstag (2/3). La ausencia de un legislador específico permitió, por ejemplo, considerar las “leyes de habilitación” también como reformas de la Constitución al alcanzar dicho umbral<sup>118</sup>. Schmitt consideraba que la mayoría cualificada era un mero dato estadístico que no se levantaba sobre ningún principio de justicia, trasladando la lógica de la *ocassio* liberal y romántica a los cimientos del sistema que daba sentido a la alternancia o *chance* política. Al margen de incongruencias teóricas, el problema es que Weimar se encontraba en una situación crítica donde el mero compromiso de las partes constituyentes abocaba a un uso del art. 76 en el vacío axiológico. En 1932, numerosos autores se habían decantado por imponer límites implícitos o explícitos a la reforma de la Constitución -Triepel, Bilfinger, Jacobi, Walter Jellinek o el propio Richard Thoma- pero en opinión de Schmitt, seguía predominando la opción por la neutralidad material impuesta por la interpretación original de Gerhard Anschütz<sup>119</sup>.

En las conclusiones de *Legalidad y legitimidad* Schmitt advierte que en Weimar se está haciendo un uso táctico de los términos en el contexto de un Estado *totalitario* que ha sido invadido y debilitado por la sociedad y los partidos. Entre la Constitución funcional y sustancial hay que decidirse por esta última, liberando a la nación alemana de contradicciones y vicios internos: si se opta por seguir en el marco del funcionalismo mayoritario, neutral ante los valores, entonces “la verdad se terminará vengando”<sup>120</sup>. En el verano de 1932, dada la polarización y fragmentación parecía muy difícil pensar en una reforma constitucional para incorporar cláusulas de intangibilidad que dieran pie a la ilegalización de partidos políticos extremos con sólido apoyo electoral y social. Las alusiones a Sieyès -“autoridad desde arriba, confianza desde abajo”- hacen pensar más

<sup>118</sup> Esta cuestión en Leonardo Álvarez Álvarez, “Los poderes excepcionales del Presidente del Reich. El art. 48.2 de la Constitución de Weimar en el debate académico”, en Jesús Casquete y Javier Tajadura (coords.), *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 219 – 249.

<sup>119</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>120</sup> Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, p. 154.

en un reforzamiento de la República desde el poder presidencial que en un combate legislativo contra los enemigos de una democracia moribunda. Se trataría, en definitiva, de salvar al Estado como necesario precipitador del derecho a través de mutaciones constitucionales de carácter autoritario<sup>121</sup>.

### 5.3. La contestación de Otto Kirchheimer (y Nathan Leites).

En 1933 Kirchheimer publicó una larga y detallada contestación - recensión al libro de Carl Schmitt, junto al sociólogo de origen ruso Natham Leites, doctor por la Universidad de Friburgo que también tuvo que exiliarse de Alemania e instalarse como *soviólogo* en Estados Unidos a partir de la década de 1940<sup>122</sup>. Lo hicieron en la revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. La contestación constituyó un giro programático y metodológico en el pensamiento de Kirchheimer, que abraza explícitamente *Esencia y valor de la democracia* de Kelsen como guía para enfrentarse a su propio maestro: el impacto en Schmitt debió de ser grande porque suponía que su discípulo más sobresaliente adoptaba la cosmología liberal y constitucional con la que estaba enfrentado desde que publicó su primera obra importante, *El valor del Estado y el significado del individuo* (1914).

Kirchheimer y Leites parten de varias premisas *kelsenianas* para puntualizar temáticamente *Legalidad y legitimidad* de Schmitt: la primera, que la democracia constitucional no se basa solo en la igualdad, sino en la libertad. El Preámbulo de la Constitución de Weimar alude a la *libertad* y la justicia como principales objetivos que el pueblo alemán tiene que lograr para afianzar el Imperio que se pone en marcha en 1919. Toda democracia tiene que fundarse en la igualdad, es verdad, pero cuando se habla de participación y competición electoral la libertad y los derechos fundamentales constituyen el presupuesto necesario para poner en conexión al ciudadano con la voluntad del Estado: no se trata solo de el derecho al voto, sino de una serie de derechos individuales -propiedad, libertad de expresión, derecho de asociación- que resultan necesarios para configurar una especie de libertad *pública* más amplia que, con alusión directa a Jiménez de Asúa, den sentido a la *dignidad* democrática del ser humano<sup>123</sup>.

La segunda premisa rompe no sólo con Schmitt sino con las propias ideas marxistas que Kirchheimer había mantenido en su aún cercana ju-

---

<sup>121</sup> Oliver Beaud, *Los últimos días de Weimar. Carl Schmitt ante la caída de Weimar*, Escolar y Mayo, Madrid, 2017.

<sup>122</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, "Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt" (1933), en Otto Kirchheimer, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, *op. cit.*, pp. 109 – 141.

<sup>123</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, "Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt", *op. cit.*, p. 111.

ventud: la homogeneidad absoluta no es compatible con la democracia<sup>124</sup>. Aludiendo a Mannheim se afirmará que la pretensión de homogeneidad social es puramente ideológica, no real. Weimar es un intento de articular una sociedad pluriclase con intereses diversos que deben de ser encarrilados a través del proceso político parlamentario. El disparo contra la línea de flotación *schmittiana* es clara: en una sociedad conflictiva es comprensible que la Constitución reconozca diversas fuentes del derecho que traten de expresar ese conflicto y la relación entre la mayoría y la minoría. Para Kirchheimer y Leites la imagen de una sociedad homogénea alude a una “realidad preconstituida” que corre el riesgo de autodestruirse si no encuentra un diseño institucional que tenga en cuenta que el derecho no puede atender a una realidad estática sino dinámica.

En torno a las fuentes del derecho y de producción normativa, Kirchheimer y Leites niegan que la Constitución de Weimar contenga una antinomia insalvable entre la parte organizativa y material. Con respecto a esta última, señalan que la Norma Fundamental alemana reconoce una serie de garantías institucionales, pero niegan que tales garantías supongan un límite absoluto al legislador democrático: las normas programáticas no aparecen como normas *non liquet* que se opongán definitivamente al funcionalismo parlamentario, sino que permiten la “distribución permanente de poder” fijada en una planificación constitucional abierta a un inevitable desencantamiento ideológico<sup>125</sup>. En alusión a Charles Beard y su conocido análisis económico de la Constitución de Estados Unidos, Kirchheimer y Leites defienden que en el contexto de la necesaria *chance* democrática, los partidos hagan una interpretación plural e incluso instrumental de la Constitución material (se vuelve a recordar, ahora en tono positivo, el pacto Legien - Stinnes).

Por otro lado, Kirchheimer y Leites rechazan que el parlamentarismo y la representación política sean incompatibles con la democracia. Recordemos que Schmitt ve en el legislador material del referéndum una contradicción insalvable frente a la lógica del Estado legislativo: en contra de las tesis de Jacobi, nuestros autores consideran que el legislador parlamentario puede modificar las normas aprobadas mediante los distintos institutos de democracia directa previstos en la Constitución de Weimar. Por un lado, no entienden que el referéndum, en sus modalidades decisorias o de control, tuviera un fundamento de legitimidad democrática distinta –de identidad– a la ley aprobada en el Parlamento del Reich (así lo consideraba Kelsen también)<sup>126</sup>. Por otro, ven en el parlamentarismo una

<sup>124</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, “Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 112 y 116.

<sup>125</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, “Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 120.

<sup>126</sup> El debate entre Carl Schmitt y Richard Thoma a tenor del modelo de democracia instaurada en la Constitución de Weimar –identidad *versus* representativa–, en la re-

conexión más estable entre representantes y representados, que la que se pueda dar en el marco plebiscitario y autoritario del referéndum y el legislador presidencial del art. 48<sup>127</sup>. Un parlamento compuesto por centenares de diputados contribuye a la división y simplificación del trabajo, pero expresa mucho mejor -también numéricamente- que el referéndum o las ordenanzas de necesidad del Presidente los distintos intereses presentes en la sociedad, contribuyendo con el acuerdo legislativo a reforzar el principio de *chance* o alternancia política entre los distintos partidos.

En cuanto a la posibilidad de que dicha paridad sea utilizada por tales partidos para, aprovechando las primas de legalidad, romper las reglas del juego, Kirchheimer y Leites, pese a la sombra del nazismo, apuntan que Schmitt ha traicionado su propia tesis sobre el concepto de Constitución, para hacer un retrato tendencioso de la situación de Weimar en 1932. Schmitt fue el autor de la distinción entre Constitución y leyes constitucionales e identificó en la primera las decisiones fundamentales que se habían adoptado en Alemania en 1919: República, democracia parlamentaria y federalismo. Siendo esto así, Kirchheimer y Leites consideran que no es incompatible con la noción de pluralismo que existan límites explícitos o implícitos a la reforma, lo que impediría, al menos en teoría, que una modificación de la Constitución operada según la mayoría y el procedimiento dispuesto, destruyera la cláusula de intangibilidad de todo sistema democrático: las normas que garantizan la conexión del 51% de los votos parlamentarios con la formación de la voluntad del Estado, el sufragio universal, secreto y proporcional o la duración determinada de las legislaturas<sup>128</sup>. Por otro lado, también serían intangibles aquellos derechos individuales liberales que contribuyen a ejercer la participación. En definitiva, nuestros autores toman las propias premisas del pensamiento clásico de Schmitt, para afirmar que no existe ninguna tensión entre la parte organizativa y liberal y el poder de reforma (art. 76), definido ahora como una forma de “neutralidad reforzada” que busca el *compromiso* entre la dimensión dogmática y orgánica de la Constitución<sup>129</sup>.

El compromiso pierde su connotación negativa marxista y aparece a partir de ahora, en la nueva visión demoliberal de Kirchheimer, como el vértice constitucional necesario de la sociedad industrial de posgue-

---

ciente edición de Carl Schmitt, *Los fundamentos histórico – espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*, Tecnos, Madrid, 2018.

<sup>127</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, “Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 127.

<sup>128</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, “Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>129</sup> Otto Kirchheimer y Nathan Leites, “Osservazioni su *Legalità e legittimità* di Carl Schmitt”, *op. cit.*, p. 123.

rra<sup>130</sup>. En tal sentido, inspirado por la aproximación *kelseniana*, el breve texto de Kirchheimer y Leites tiene una dimensión profética con respecto a la reconstrucción democrática que debería producirse después de la instalación de regímenes autoritarios y plebiscitarios que negaban el pluralismo y el conflicto social y que se levantaban sobre falsos supuestos de homogeneidad. Bien es cierto que el momento de su publicación -comienzos de 1933- suponía un gran desmentido histórico a dichas tesis y una derrota personal casi definitiva en quien había mantenido, hasta entonces, una interpretación ambigua sobre la dialéctica entre lo que debía considerarse legal y legítimo en los sistemas constitucionales nacidos tras el final de la I Guerra Mundial.

## VI. A MODO DE EPÍLOGO.

El final de esta historia ya está desvelado: Kirchheimer, tras criticar y romper con su maestro, abandonó Alemania en condición de judío y socialdemócrata. Como tantos otros, pagó con su exilio –un mal menor, teniendo en cuenta la suerte corrida por millones de personas- su independencia de criterio científico y su adscripción partidista personal. Por el contrario, Schmitt aceptó el nazismo y se aprovechó de su triunfo total para encumbrarse como catedrático en la Universidad de Berlín y miembro del Consejo de Estado en Prusia, condiciones ambas que mantuvo hasta el final de la II Guerra Mundial. Ese encumbramiento tuvo apoyos tan tenebrosos como los de Hans Frank y Hermann Göring, quienes le protegieron cuando las SS escudriñaron su pasado en 1936 para poner en cuestión su verdadera filiación política (que no fue otra, hasta que fue obligado a jubilarse tras el fin de la II Guerra Mundial, que la construcción de una figura de prestigio y a la vez polémica que le permitiera escalar en el sistema universitario y en el mandarinato intelectual alemán y europeo).

En Weimar tuvo lugar un gran debate *fundacional* sobre conceptos que han perdurado hasta nuestros días, a través de teorías generales imposibles de repetir o renovar en el contexto de la posmodernidad y el final del consenso que esta decreta. La poliédrica relación entre Kirchheimer y Schmitt muestra hasta qué punto una comunidad de emergencia –la Alemania salida de la I Guerra Mundial- estaba en condiciones de llevar a cabo una confrontación de ideas serena para poner las bases de un Estado constitucional cuyas categorías siguen siendo ineludibles para organizar nuestras sociedades. Precisamente por ello, la renovación del lenguaje jurídico que debe guiar las distintas facetas de la integración

---

<sup>130</sup> Ver el texto de 1941, Otto Kirchhemier, “Mutamento di struttura del compromesso politico”, en Arkadij Gurland, Otto Kirchhemier, Herbert Marcuse y Friedrich Pollock, *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, Liguori, Nápoles, 1981, p. 103.

constitucional, es una cuestión perentoria para las generaciones más jóvenes que desean alumbrar un nuevo aparato semántico que parece bascular entre el activismo, el narcisismo y la simulación inducida por la nueva galaxia tecnológica. La recta final de entreguerras, como demuestra la postura de Kirchheimer, Franz Neumann o Hans Kelsen, también fue un *momento* de resistencia intelectual que hoy sigue siendo interesante como manifestación de la toma de conciencia en torno al devenir histórico y la necesidad de estabilizar la política para equilibrarlo.

Sea la crisis o la decadencia la característica fundamental de nuestro mundo constitucional, conviene adoptar algunas reglas básicas que, tomadas con distancia crítica del *tempus* moral que se inicia con la realización de la Constitución de 1919 o de nuestra II República, sirvan para evitar, como señala Luhmann en la cita que abre el presente trabajo, que los conceptos se conviertan en hijos del pecado: las discusiones no pueden articularse como ejercicios vacíos de teoría política o jurídica, sino a modo de exposición de argumentos específicos que se confronten en los escenarios concretos para responder, tanto a las afirmaciones que procedan de los contendientes, como a las necesidades que vayan surgiendo a la luz de los imperativos propios de las circunstancias en las que nos encontremos inmersos. En gran medida, el análisis de la discusión sobre la tensión entre lo legal y lo legítimo, entre un Kirchheimer que termina adoptando las premisas liberales y un Schmitt que se hunde temporalmente en la ciénaga totalitaria, ha pretendido contribuir modestamente a la titánica tarea que hoy se abre ante nosotros.

Fecha de envío / Submission Date: 22/10/2022

Fecha de aceptación / Acceptance Date: 12/12/2022