

Sosa Wagner, Francisco:
Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias.
Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,
Madrid, 2008. 133 pp.

Francisco SOSA WAGNER, el autor del libro objeto de recensión, estudió en Tübingen, de ahí su interés, personal y académico, por los iuspublicistas alemanes. La obra es de carácter epistolar, por cuanto recoge los momentos y vivencias que se traslucen de las cartas enviadas entre dos de los principales juristas de la convulsa Alemania del siglo pasado, Carl SCHMITT y Ernst FORSTHOFF. Tal es el interés por la doctrina alemana del autor que tiene publicado otro libro, más extenso y con un contenido histórico y jurídico muy interesante, “Maestros alemanes del Derecho Público”¹. La obra reseñada no tiene un contenido tan prolijo desde un punto de vista jurídico, pero es conveniente señalar que está escrita con un estilo más literario y con puntualizaciones de acontecimientos históricos que influyen no sólo en la trayectoria personal de los autores, sino también en la profesional, y de qué manera, como veremos. Trayectorias distintas en ambos, debido a sus caracteres desiguales. Por un lado tenemos el carácter visceral de SCHMITT, y por otro, el más atemperado de FORSTHOFF.

SOSA WAGNER avisa que la lectura del libro es amena y ágil. Es tal el estilo literario que impregna ciertos pasajes del libro que el autor, a la hora de estructurarlo, ha escogido el modelo teatral. El primer capítulo, “*Dramatis personae*”, donde presenta a ambos, en la doble perspectiva vital y profesional. El segundo capítulo, el más extenso, comprende el contenido de las cartas, encabezadas por una breve introducción que sitúa el momento histórico en que se escriben, al modo de las descripciones con que se abren las escenas o cuadros en el teatro. El último capítulo, “El espectador, tras el mutis”, esboza una conclusión reflexiva acerca del devenir de los dos protagonistas en la emocionante Alemania de la República de Weimar, el Tercer Reich, la Segunda Guerra

★ Administrador Civil del Estado.

¹ Segunda edición. Madrid, 2005. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Mundial, las dos Alemanias de la RFA y de la RDA, la Ley Fundamental de Bonn, el proceso de nacimiento de la Unión Europea o los acontecimientos de mayo de 1968.

El **primer capítulo, “Dramatis personae”**, comienza con el gran maestro, **Carl SCHMITT**. Fue un hombre longevo, que vivió 96 años, obviando lo que se considera ley de vida al sobrevivir a su discípulo, Ernst FORSTHOFF, cuya vida no fue corta. SCHMITT, que nació en 1888 en Plettenberg, un pueblo agrícola, fue un lector precoz y ya avisaba de su ambición con estas palabras manifestadas en los primeros momentos de su juventud, en la universidad: “Yo era como un potro hambriento en el prado. No quería perder el tiempo, quería trabajar duro y oír a los catedráticos más famosos”.

Después de pasar por las universidades de Berlín, Munich y Estrasburgo y doctorarse en 1910, ocupó su primer puesto docente en una Escuela de Comercio de Munich. En esta ciudad vivió las tensiones de la caída de la monarquía, que provocaron el exilio de los Wittelsbach y la proclamación de la república.

No es hasta 1922 cuando SCHMITT ocupó la cátedra de Derecho Público en la Universidad de Bonn. En esta ciudad, comenzó una etapa muy fructífera, pues empezó a poner los cimientos de su doctrina, no alejada de la polémica, y muy en la línea de su personalidad, temperamental y rígida. Fue en Bonn donde acuñó la famosa frase que le acompañaría de por vida: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”². Los años veinte son de una importancia capital para SCHMITT, no sólo conoció a FORSTHOFF al dirigir su tesis, sino que esbozó los primeros cimientos de la doctrina schmittiana, con la aportación de ideas como:

— El Estado es el que decide, y por tanto se reserva para sí la distinción amigo-enemigo. El enemigo del que habla es el *hostis*, el público, que puede poner en peligro la unidad existencial en que descansa el Estado³.

— Expresó su idea capital sobre la Constitución⁴, al considerar que debe ser interpretada como una decisión conjunta sobre la forma de la unidad política. La Constitución es manifestación de algo ya constituido previamente y la manera de ser resultante de cualquier unidad política existente, por ello no

² *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre van der Souveranität*, donde dice que tal estado de excepción tiene el mismo significado en el derecho que el milagro en la teología, pues “todos los conceptos jurídicos son conceptos teológicos secularizados”. Libro fuertemente influido por los acontecimientos históricos de su momento y por la tradición conservadora, francesa y española, DONOSO CORTÉS y DE BONALD y DE MAISTRE.

³ *Der Begriff des Politischen*. Amigo-enemigo. SOSA WAGNER, en su libro *Maestros alemanes del Derecho Público*, opina que los conceptos deben ser tomados en su significado concreto, existencial, y no como metáforas o símbolos. Esta distinción amigo-enemigo se utilizó como descripción de la realidad política previa a la implantación del nuevo Estado franquista.

⁴ *Verfassungslehre*, publicado en 1928. Teoría de la Constitución, trad. de Francisco AYALA, 1934. El libro fue curiosamente dedicado a su amigo judío de la juventud, Fritz EISLER. SCHMITT, en contra de la mayoría de la doctrina de la época, sostuvo que los principios fundamentales sobre los que se basa la Constitución no se pueden modificar por el simple legislador, pues son fruto del poder constituyente del pueblo, y, si así lo hiciera, estaría propiciando no una reforma, sino una transformación entera del sistema constitucional mismo.

puede ser una mera norma sino la expresión del orden histórico en un espacio definido y para una singular unidad política. Para SCHMITT, a través de la Constitución la ordenación sociopolítica se convierte en ordenación sociojurídica. Resalta la importancia del acto constituyente que nace de la unidad política y que es anterior al ejercicio del poder constituyente, porque siempre hay una voluntad política que es previa a toda labor constitucional y a toda producción normativa. Según SCHMITT, el proceso fundacional tiene que seguir las siguientes fases: el pueblo se transforma en unidad política; esa unidad política adopta la decisión constituyente y aprueba una Constitución en la que se insertan también preceptos que son de mera ordenación jurídica. Para el jurista de Plettenberg, la Constitución contiene en su seno decisión y meras regulaciones normativas, cuya validez se extrae de la voluntad constituyente⁵.

En 1928 inició otra etapa en su vida, se trasladó a Berlín al conseguir una plaza de profesor en la Escuela de Comercio. SCHMITT siempre tuvo interés en estar cerca del poder, de ahí la materialización de su voluntad al trasladarse a la capital, dejando de lado una buena Facultad de Derecho como la de Bonn. En Berlín coqueteó con los intelectuales del “Ring”, integrantes de la denominada “revolución conservadora” (von HOFMANNSTAHL, VAN DEN BRUCK, JÜNGER). SCHMITT se hizo íntimo amigo de este último, defensor de un modelo de dictadura asentada sobre una personalidad fuerte que lograra dominar una sociedad jerarquizada. Este círculo de amigos, compuesto no sólo de intelectuales, sino de políticos y gentes distinguidas, presentados por su amigo Johannes POPITZ, supuso el comienzo de una etapa agitada en la vida de SCHMITT, cuyo cénit tuvo lugar en 1933, con la llegada al poder de HITLER. El coqueteo con los intelectuales de derechas y el nazismo le marcarían de por vida.

El estar en una Escuela de Comercio poco prestigiada no significó que SCHMITT se relajara, más bien al contrario, en los primeros años treinta está en la plenitud intelectual, y esbozó una idea que no resultó casual, al asignar al Presidente del *Reich* la función de defensor de la Constitución⁶ (paradójicamente, en 1933 el poder se dio a su destructor). Poco antes de que HITLER llegara al poder, SCHMITT fue un poco reacio con el *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* (NSDAP), al considerarlo como un movimiento fuera de la ley cuya evolución futura no podía prever. Sin embargo, en marzo de 1933, cuando HITLER llegó al poder y se aprobó la ley de “autorización”⁷,

⁵ Para profundizar en el tema, consultar la magnífica obra de Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos.

⁶ *Der Hüter Verfassung*, en 1929, 1932 edición ampliada. El defensor de la Constitución no puede ser el poder judicial, sino el presidente del Reich, por lo que HINDENBURG cumple esta función a plena satisfacción, es el legislador extraordinario *ratione necessitatis*, y personifica esa institución neutral que hace posible la idea de pueblo y su permanencia como unidad de carácter político.

⁷ Sobre la Ley de autorización, consultar sendas obras, *Lege Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933*, de Gerhard DANNEMANN. *Staatsrecht und Staatslehre in Dritten Reich*, de BÖCKENFÖRDE.

que permitió la supresión de la democracia, SCHMITT se convirtió en el “jurista de la corona”, como dice SOSA WAGNER, y no sólo empezaba a simpatizar con el nazismo sino que, incluso, ingresó en el NSDAP. ¿Paradoja, convicción o la ambición eterna de SCHMITT de estar cerca del poder y sacar fruto de ello? Tal fue la radicalización de su postura que se negó a firmar una carta de apoyo a un colega de Facultad, Hans Kelsen. SCHMITT llegó a considerar a HITLER como el propio Estado y al nacionalsocialismo como motor del “buen Derecho”. Escribió un famoso artículo llamado *Der Führer schützt das Recht* (El Führer protege el Derecho), donde llamó al *Führer* auténtica justicia por ser al mismo tiempo juez. Cada día que pasaba SCHMITT se radicalizaba, hasta llegó a decir en 1935: “el judío tiene con nuestro trabajo una relación parasitaria, táctica y comercial”.

SOSA WAGNER opina en el libro sobre los rasgos de la personalidad que empujan a SCHMITT a formar parte del mensaje nacionalsocialista, al señalar que es una mezcla de la propia concepción de idea, oportunismo y vanidad. “Hay en él una mezcla del nacionalsocialista autoritario, del “niño mimado” deseoso de estar en el escenario, del estudioso con hambre de éxito mundano, del profesor que ha conseguido el aplauso académico y quiere después el político”.

Con la caída del nazismo, SCHMITT fue detenido e ingresó en una prisión especial el 25 de septiembre de 1945. Permaneció allí hasta el 22 de agosto de 1946, siendo finalmente liberado porque no suponía ningún peligro para las fuerzas ocupantes. Fue desposeído de su cargo de *Staatsrat* y se recluyó en su casa de Plettenberg, su *exilium in patria*. Era el inicio de una nueva etapa en la vida del genial jurista, agridulce, por ser de retiro (“me voy a instalar en la seguridad del silencio”) y porque no lograba encajar en el nuevo mundo de las dos Alemanias. Era señalado de manera constante. El estigma del vencido que tiene una profunda carga de la conciencia. Carga que le acompañó hasta el final de sus días. A lo que hay que sumar la muerte de su mujer en 1950. Curiosamente, la mujer de Forsthoff murió con la misma edad de 47 años.

A principios de los 50 llegaban a Plettenberg amigos y discípulos (KAUSER, ADAMS, BARION, JÜNGER, SCHNEIDER, TOMMISSEN, CONDE y D’ORS). Era un retiro agridulce, los fantasmas le perseguían, sentía desconfianza por el exterior, obsesión por la persecución. Pero también hubo momentos para la alegría, como la reedición en 1954 de su *Verfassungslehre*, que sirvió, paradójicamente, de inspiración de la Constitución de Israel. Retomó el contacto con algunos catedráticos de Derecho Público, pero en la *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (asociación de iuspublicistas) nunca se le aceptó, por su constante deseo de destruirla.

En los 80 se puso en circulación la distinción entre la derecha, el centro y la izquierda “schmittiana” (Franz NEUMANN, Otto KIRCHHEIMER, con influencias en la Escuela de Frankfurt, y entre los españoles Manuel GARCÍA PELAYO, en el epílogo que escribe en 1983 a la Teoría de la Constitución de SCHMITT).

En 1978 publicó su última obra *Die legale Weltrevolution* y en 1983 recibió la noticia de la muerte de su hija. Fue un duro golpe para él, que disfrutaba

de la familia en sus estancias en España, y hasta llegó a decir en una de sus cartas que preferiría ser *babysitter* en Santiago de Compostela a *Staatsrat*. Poco después murió el genio del derecho, el 7 de abril de 1984. En su lápida reza el epitafio “Conoció el *Nomos*-conoció la ley”.

Concluye SOSA WAGNER que SCHMITT fue un nazi con un extraordinario talento, un brillante oportunista que por querer ser el amo del escenario, acabó apeado de él de por vida. Un exagerado magnífico e inolvidable. Un torrente que transportó los guijarros más cortantes pero que también regó los terrenos que atravesó con fecundidad y largueza. SCHMITT manifestó una vez que le hubiera gustado ser retratado por el genial pintor español Juan GRIS. Pero por su carácter, sus rasgos faciales y su profundidad psicológica, tal vez habría sido mejor retratado por Lucian FREUD, y por qué no, por su amigo Emil NOLDE.

El siguiente protagonista, **Ernst FORSTHOFF**, su discípulo, tenía una actitud más templada, menos enérgica, lo que le granjeó una carrera fructífera no sólo académicamente, sino también en el aspecto profesional. Sin embargo, por su pasado nazi (no tan exteriorizado como SCHMITT) desencadenó ciertas antipatías en parte de los mundos doctrinal y político, como la dificultad en la concesión del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Viena.

FORSTHOFF nació el 13 de septiembre de 1902 en Duisburg-Laar, situado en la cuenca del Ruhr. Inició sus estudios académicos en Friburgo, luego en Marburgo, para encontrarse finalmente con SCHMITT en la Universidad de Bonn. FORSTHOFF siempre agradecía a SCHMITT en muchas cartas que le despertara su vocación por el derecho. Una muestra más de que la historia la hacen las personas y más los encuentros que se producen entre ellas. FORSTHOFF volvió a Friburgo, para terminar en la Universidad de Heidelberg en verano de 1933. Los comienzos de FORSTHOFF, en la época de la entrada del nacionalsocialismo, fueron semejantes a los de SCHMITT. En 1933 publicó su obra *Der totale Staat*⁸, que le perseguiría de por vida. En este libro explica la transformación del Estado del siglo XIX al Estado de Weimar y de ahí al Estado que funda HITLER al acceder al poder. El Estado “total” es lo contrario del Estado “liberal”, que es un Estado sin sustancia. En él la Constitución no describe un orden social sino tan solo un “procedimiento” que sirve para que las correspondientes mayorías parlamentarias puedan decidir.

En 1938 publicó su ensayo capital sobre la Administración prestadora de servicios *Die Verwaltung als Leistungsträger*, una obra clave para conocer los cambios habidos en la Administración desde la época de Otto MAYER. En este ensayo aparece su famosa frase “los derechos fundamentales pertenecen a la historia”⁹, afirmación que le perseguiría como ligada al pensamiento nacio-

⁸ *Der totale Staat*, Hamburgo, *Hanseatische Verlagsgesellschaft*, 1933. Como curiosidad, decir que en 1932, en una conferencia pronunciada en Munich, *Demokratie und autoritärer Staat*, SCHMITT retomó un viejo concepto suyo “Estado total” (total en el sentido de calidad y energía, que no totalitario).

⁹ A finales del siglo XIX, la dogmática iuspublicista alemana (GERBER, JELLINEK y MAYER), en un intento de desligar los derechos de la concepción iusnaturalista, creó la categoría con-

nalsocialista, a pesar de que autores del siglo XIX la habían formulado (VON STEIN). En la citada obra, FORSTHOFF afirma que hay una Administración interventora que se basa en la idea de libertad, pero también una Administración prestadora que se nuclea en torno a la participación de los individuos en las prestaciones públicas. La “*Daseinsvorsorge*” o “procura existencial” es el conjunto de medidas que se adoptan por los poderes públicos para la satisfacción de necesidades individuales impuestas por la vida colectiva y que aisladamente no se pueden afrontar. Esta visión refuerza de forma clara a las Administraciones públicas. Tras la guerra pondrá en conexión esta realidad con la “desideologización” de la sociedad, lo que llevará al individuo a votar, no en función de una ideología, sino en función de los intereses relacionados con las prestaciones que pueda ofrecerles la Administración, con lo que la lucha por participar en la formación de la voluntad del Estado se traslada a una lucha por ser parte en la redistribución.

En abril de 1943 fue nombrado catedrático de Derecho Público en la Universidad de Heidelberg, donde coincidiría con Gerhard ANSCHÜTZ y Walter JELLINEK. El puesto fue confirmado una vez terminada la guerra, en septiembre de 1945, pero por su libro *Der totale Staat* tiene problemas en la universidad, hasta el punto de ser calificado como “imputado” e “inhabilitado”, salvo autorización para el ejercicio de cargos públicos. Esta situación le llevó a aceptar el nombramiento de “asesor” del presidente provisional del *Land* Schleswig-Holstein y ello porque este *Land* estaba situado en territorio británico donde los procesos de “desnazificación” se llevaban con menos rigor. Por ello se trasladó a Kiel. Pero su protector dimitió pronto. Apareció la oportunidad de Colonia, y volvió a salir el no a las propuestas que se referían a antiguos miembros del Partido. En Frankfurt sucedió lo mismo. El escarceo con las ideas nazis empezaban a costarle caro y se interponían en su camino de desarrollo académico-profesional. JELLINEK salió en su defensa, anteponiendo su calidad científica a un pasado de ideología nazi, que no fue tan expuesta ni tan radical como en el caso de SCHMITT: “FORSTHOFF es un científico sobresaliente y un excelente maestro (...) hubiera hecho su carrera de catedrático aunque no hubieran existido los doce años del nacionalsocialismo”.

En 1950 publicó el famoso *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, popularmente llamado *el Forsthoff*. En los 50 inició una etapa más estable, recibió la oferta en firme de una cátedra en febrero de 1952 en Kiel. Pero optó quedarse en Heidelberg. En esta década comenzó a flirtear con la *Vereinigung*, con desencuentros iniciales. JELLINEK invitó a FORSTHOFF y éste se negó. Incluso BACHOF trató de incorporarlo a la Asociación, pero volvió a rechazar la in-

ceptual de los derechos públicos subjetivos. Esta corriente doctrinal considera que los derechos no corresponden de forma innata al individuo, sino por su pertenencia al Estado, en cuanto persona jurídica, y para establecer relaciones jurídicas entre el Estado y sus particulares. El tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho determinará un progresivo abandono de la categoría conceptual de los derechos públicos subjetivos, y de ahí la sustitución por la noción más amplia de los derechos fundamentales.

vitación. Hasta 1967 no atendió la petición unánime de los miembros de la *Vereinigung*.

En los 60 disfrutó de una experiencia insólita, fue nombrado presidente del Tribunal Constitucional de Chipre. Puesto un tanto exótico para un alemán. En esta década, como se demuestra en el epistolario, expresó ideas importantes de su pensamiento jurídico-constitucional:

— Su combate contra la conversión de los derechos fundamentales en un sistema de valores objetivos, método interpretativo, utilizado por el recién creado Tribunal Constitucional, que pone en peligro la esencia del Estado de Derecho, pues crea incertidumbre donde debe existir certeza, ya que permite la contaminación ética de la Constitución y además convierte el absolutismo del legislador en absolutismo de los jueces¹⁰.

— Idea de la incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado Social, que forma parte de la Constitución material pero no de la formal, razón por la cual el Estado Social entra en el Derecho público, no por la puerta de la Constitución, sino por las ventanas que le abren la Administración y el Derecho Administrativo. Y es que si el Estado es una organización de poder que se asienta sobre la obediencia y el poder de dominación, su contenido social crea el peligro de convertir a ese Estado en un instrumento de dominación del individuo, pues éste, al depender de las prestaciones estatales, acabará viéndose dominado por aquél (mutado así en un verdadero Estado total). De ahí que advierta a la doctrina de su época de lo que debe ser su preocupación máxima: evitar que esas funciones sociales del Estado sean convertidas en funciones de dominación o, dicho de otro modo, lo que urge es garantizar al individuo una esfera autónoma de libertad al margen y no sólo en el seno de la organización estatal.

En 1971 publicó su último gran libro, *El Estado de la sociedad industrial*, donde hace referencia a aspectos nuevos como la planificación, el auge y desarrollo de modernas técnicas, incorporadas a las tareas estatales, que llevan a formas de acción pública desconocidas hasta el momento. Lo que a FORSTHOFF le preocupaba sobremanera era la debilidad del Estado frente a los grupos organizados, de ahí que se preguntara en más de una ocasión “¿quién garantiza el interés general?” (*Rechtstaat im Wandel*, ed. Stuttgart, 1964). Murió en Heidelberg el 13 de agosto de 1974.

El **segundo capítulo**, de carácter puramente epistolar, recoge los pasajes heredados por las 359 cartas escritas por estos dos grandes juristas alemanes (218 fueron escritas por FORSTHOFF y 141 por SCHMITT). SOSA WAGNER, para darle una estructura a la difícil tarea de recopilación epistolar, estructura los pasajes en actos correspondientes al momento histórico, dando así un orden cronológico. La gran cantidad de cartas convierte en necesaria la tarea de

¹⁰ Ponencia de la *Vereinigung* de 1953, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*.

resaltar los aspectos más relevantes desde un punto de vista jurídico-político, sin desdeñar su conexión con el momento histórico y la situación personal de cada uno de los protagonistas.

El primer acto, situado en la república de Weimar¹¹:

Prusia y el *Reich*¹²

Poco antes de que el gobierno de VON PAPEN terminara con el dualismo entre Prusia y el *Reich*, en enero de 1932, FORSTHOFF esgrimió su versión del Estado y las libertades “ningún Estado puede asegurar libertades que en su ejercicio conduzcan a la destrucción de ese Estado (...) y ello porque ningún orden jurídico puede ofrecer instrumentos para su propia desaparición (...). La medida de las libertades que el Estado puede asegurar viene determinada por la integridad de su Constitución, en cuanto esa integridad se ponga en peligro como consecuencia de ataques ilegítimos, ya no existen más libertades”. Por “ilegitimidad” entiende FORSTHOFF la contradicción con la Constitución, por “ilegalidad” la infracción de una ley cualquiera. El medio para combatir la ilegitimidad es la dictadura, el medio para hacer frente a la ilegalidad es la policía. Esta opinión tuvo lugar en un momento de sobresalto por las elecciones a la presidencia de la República entre HINDENBURG y un personaje llamado Adolf HITLER...

Una vez nombrado HITLER como canciller, la correspondencia entre SCHMITT y FORSTHOFF se tornó intermitente. De 1936 a 1945 no hay huella epistolar. FORSTHOFF atenuó su entusiasmo por el nacionalsocialismo y se disgustó con el discurso de SCHMITT sobre los judíos, y ello a pesar de que el mismísimo FORSTHOFF no fue complaciente con los judíos en su *Der totale Staat*.

El segundo acto, enmarcado justo después de la Segunda Guerra Mundial, las dos Alemanias, la Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de la Comunidad del Carbón y el Acero, que fue el primer paso para salir la RFA del aislamiento exterior, después del castigo:

Reanudación de la correspondencia

La correspondencia entre ambos fue reanudada por FORSTHOFF en julio de 1948, desde Kiel, y con motivo del setenta cumpleaños de SCHMITT.

¹¹ En la época de la República de Weimar la Dieta Nacional tenía dificultad para formar mayorías estables en su seno, que permitiesen la continuidad de la función del Ejecutivo y el ejercicio de sus funciones de control y de legislación. De hecho, las únicas mayorías que se conseguían formar en la Dieta eran mayorías de censura para derribar al Gobierno, llamadas “mayorías negativas” por SCHMITT.

¹² Para profundizar en la interesante historia de la Alemania de la época, consultar la magna obra de Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*.

FORSTHOFF lanzó unas palabras sobre la situación jurídico-política del momento: “Tengo a las actuales circunstancias jurídico-constitucionales por algo provisional y es lamentable su falta de nivel”. SCHMITT le contestó en noviembre de 1948: “Lamento que no me hubiera comunicado antes su interés por HAURIOU, poseo las dos ediciones de sus *Principes* (1910 y 1916) (...) estos libros escaparon a la confiscación de mi biblioteca. Su *Verfassungsgeschichte* (la historia constitucional que FORSTHOFF publicó en 1949) cayó en manos de los funcionarios y bien que lo lamento”.

Aprobación de la *Grundgesetz* (GG)

FORSTHOFF nunca ocultó su disgusto nada más aprobarse la Ley Fundamental de Bonn y se alegró de que empezaran a cuestionarla diversos juristas y anunció que la vida constitucional se iba a diluir en una serie de disputas jurídicas, de ahí que fuera a cobrar actualidad la figura del defensor de la constitución y “así como la Constitución de Weimar se fue a pique por la infidelidad hacia ella, la *Grundgesetz* morirá de demasiada fidelidad a la misma”.

Las cenizas de la Segunda Guerra Mundial y las dos Alemanias dificultaron la construcción de una identidad nacional que pudiera ser al mismo tiempo estatal, constitucional y democrática, lo que descontentó a gran parte de los iuspublicistas alemanes de la época, el mismísimo FORSTHOFF entre ellos.

El Tratado de Derecho administrativo¹³

Apareció el libro más importante de FORSTHOFF, que superó al de FLEINER, cuya obra “Instituciones” era la más manejada de Alemania, sucesora de la conocida de Otto MAYER. Dice SOSA WAGNER que el libro de FORSTHOFF se convertirá en la obra de referencia inexcusable para el estudio en las facultades y para la práctica judicial y del foro. Para SCHMITT fue muy importante el trabajo de su discípulo porque temía el desmembramiento del Derecho administrativo y con ello la pérdida de “la unidad del trabajo jurídico-científico alemán”. No le merecía ninguna comparación con las elaboraciones de JELLINEK o de PETERS. SCHMITT quiso debatir con FORSTHOFF cuestiones como la expropiación como instituto jurídico, la presunción de legalidad del acto administrativo y el problema de la *obéissance préalable* (expresión que Forsthoff no utilizaba). Después del fracaso en la obtención de la cátedra de Frankfurt por FORSTHOFF, SCHMITT llegó a decir que

¹³ En el Tratado de Derecho Administrativo, FORSTHOFF ya deja claro que el Estado es un ente situado por encima e independiente de los ciudadanos. Su autoridad está por encima de la regla de Derecho. No admite una limitación de sus derechos públicos que sea jurisdiccionalmente deslindable: no se concibe que un proceso objetivo pueda ser suscitado por los ciudadanos legítimamente interesados en la regularidad interna de la Administración. Ernst FORSTHOFF. Tratado de derecho administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. Como curiosidad, añadir que fue en Bélgica donde inició su proyección más allá de Alemania, *Traité de droit administratif allemand*, traducción francesa por Michel Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969.

“su Tratado significa más que cualquier cátedra, pues con este libro es usted la Ciencia jurídica”. El 4 de abril de 1952 recibiría la cátedra de Heidelberg.

El tercer acto, que va desde las elecciones de 1953, que ratifican la primacía de la democracia cristiana, a la aprobación del Tratado de Roma, creador de la Comunidad Económica Europea, el 25 de marzo de 1957:

La especialización burocrática y Forsthoff

FORSTHOFF siempre mostraba preocupación por la especialización burocrática a la que había llegado el Estado (*Dër lastige Jurist*-El jurista molesto, 1955). El jurista lo había sido todo en la Administración, pero la especialización burocrática le ha arrastrado a compartir posiciones de poder con nuevos especialistas presentes en las oficinas administrativas (pedagogos, médicos...). FORSTHOFF resaltó la diferencia entre “dirección” y “administración” y dio a entender que el jurista, en cuanto no era un especialista, debía cumplir sus obligaciones teniendo en cuenta al conjunto del Estado y de sus muchas funciones sin detenerse en visiones sectoriales.

Schmitt y España

SCHMITT mostró debilidad por España, país que empezó a visitar con asiduidad desde que su hija Anima se casó el 28 de noviembre de 1957 con un catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Alfonso OTERO VARELA. SCHMITT dijo esto de España, y en concreto de la ciudad compostelana, en una carta dirigida a FORSTHOFF: “Este país es tan hermoso que quiero imaginarme que pueda usted venir algún día a conocerlo: una de las ciudades más bonitas del mundo, con mucha historia detrás, un entorno verde, con montañas, magníficas avenidas, un sol de lujo (no mediterráneo), una gran cantidad de vino, de frutas y de pescados. Anima está muy bien y Alfonso es el mejor anfitrión que uno se puede imaginar (...) todos se alegrarían mucho de verle por aquí, incluido el profesor LEGAZ y LACAMBRA, que ha trabajado mucho con la traducción y está muy orgulloso de ello (...) Espero que en efecto pueda usted conocer este maravilloso pedazo de tierra y de historia”. FORSTHOFF, vivamente recomendado por su maestro, visitó España en los años 60.

Forsthoff y los jueces

En una clase titulada “Constitución y Administración en el espejo de la jurisprudencia” lanzó un dardo contra el Tribunal Constitucional de Karlsruhe y sus jueces: “Mi seguimiento de sus decisiones me hacen tomar conciencia de las monstruosidades que supone un Estado de jueces (*Justizstaat*) (...) ya el hecho de la existencia de un tal *Justizstaat* tiene como consecuencia una corrupción del método jurídico y de la lógica, según ponen de manifiesto de manera evidente las sentencias del Tribunal Constitucional”.

En su trabajo sobre la *Vinculación a la ley y al derecho* comenta el artículo 20.3 de la *Grundgesetz* contraponiendo el Estado de Derecho al Estado de jueces: “Mi conclusión es que el actual Estado es un Estado de jueces pues es el juez quien decide cuándo se encuentra vinculado a la ley y cuándo, invocando el *Derecho*, puede desvincularse de ella”. Además añadió: “El Estado de Derecho, por el contrario, garantiza la certeza de la libertad acomodada a la ley, que es justamente lo que disuelve el estado de jueces”.

Ambos, FORSTHOFF y SCHMITT¹⁴ mostraban alergia al Tribunal Constitucional, de hecho muchos años después, en marzo de 1966, salió el siguiente comentario en el periódico *Die welt*: “La tesis de Carl SCHMITT según la cual la jurisdicción constitucional conduce o a la politización de la justicia o a la juridificación de la política no se ha constatado en la realidad”. SCHMITT, en una carta remitida a su discípulo se defendió diciendo: “Ya sé que LEIBHOLZ califica como nazis a todos los enemigos del Tribunal Constitucional. ¿Debo yo en mi vejez, mejor dicho, en lo poco que me queda de esperanza de vida, llenarla con estos problemas de LEIBHOLZ?”. Desde luego, cada vez estaba más cómodo con su posición de *babysitter* en sus constantes viajes a Santiago para ver a su familia, como dejó plasmado en la carta que escribió nada más morir su hija.

El cuarto y último acto, abarca desde la construcción del muro de Berlín, pasando por los acontecimientos de mayo del 68, hasta la dimisión de Willy Brandt en 1974:

La experiencia de Forsthoff como juez del Tribunal Constitucional de Chipre

FORSTHOFF fue designado juez del Tribunal Constitucional de Chipre, recientemente independizado y donde la convivencia entre grecochipriotas y turcochipriotas no era sencilla. Por eso pensaron en un jurista de reconocido prestigio y neutral, extranjero si cabía, para presidir el Tribunal Constitucional del país isleño (la delegación griega pensó en Forsthoff. Los turcos finalmente se decantaron por la decisión de que fuera un jurista alemán quien presidiera el tribunal). Para FORSTHOFF lo más importante era garantizar la independencia del tribunal porque “no olvido la observación de TRIEPEL: la justicia constitucional es siempre justicia política”. Mientras FORSTHOFF aguardaba impaciente la noticia de su nombramiento como presidente del Tribunal, falleció su mujer (curiosamente a la misma edad que la mujer de SCHMITT, hasta en eso coincidieron). Una vez nombrado, todo era exótico para FORSTHO-

¹⁴ Para SCHMITT, el Tribunal que tiene que decidir sobre la validez o invalidez de las leyes deja de ser un Tribunal de Justicia, cuya función es exclusivamente aplicar la ley, y se convierte en una instancia político-legislativa, en una “Cámara Alta o bien en una segunda primera Cámara”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid 2006, editorial Civitas.

FF, desde el clima mediterráneo hasta en el aspecto institucional, pues tenía a dos jueces junto a él, uno griego y otro turco. No tenían experiencia constitucional “por lo que seré yo quien tenga que redactar el reglamento de nuestro funcionamiento”. SCHMITT le dio un valioso consejo al recomendarle el *Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice Internationale*, redactado en 1934 en el Instituto de Derecho Internacional por el conde de Stauffenberg. FORSTHOFF se encontró con experiencias pintorescas como la disputa entre el juez griego y el turco acerca de quién debía ocupar el asiento de la derecha al presidente. “Un avispero en el que no quiero entrar, le he pedido a MAKARIOS que lo resuelva”, le dijo en una carta a su maestro. El tribunal, aunque era llamado constitucional, era competente también en asuntos administrativos. FORSTHOFF trataba de incorporar las reglas procesales europeas. “Estoy introduciendo el principio de oficialidad y, por consiguiente, debilitando el poder del abogado, figura hasta ahora central del proceso” o “no hay cosa que ofrezca menor seguridad que el procedimiento probatorio inglés” son palabras dirigidas en sendas cartas a SCHMITT. Le irritaba la formación inglesa de los juristas que trabajaban con él (Chipre fue colonia del Reino Unido), pues el Tribunal trataba de cimentarse en base al modelo continental.

FORSTHOFF no era ajeno a la complicada situación política de la isla, tensa, y plagada de asesinatos políticos. En una carta dirigida a su maestro llegó a decir: “Como ocurre en todos los Estados pequeños, cualquier problema político está coloreado de personalismo y siempre se sabe quién está detrás”.

Conforme pasaba el tiempo, la situación se complicaba para FORSTHOFF, que, ya preso de los acontecimientos, dijo el 9 de mayo de 1963: “el funcionamiento de una jurisdicción como la constitucional presupone un grado de civilización que Chipre aún no ha alcanzado”. El 21 de mayo presentó su dimisión del Tribunal a MAKARIOS.

Schmitt y su valoración de la parte general y la parte especial de las disciplinas jurídicas

SCHMITT recibió un tomo del Derecho penal de un profesor español, Juan DEL ROSAL, dividido entre una parte general y otra parte especial. Lo que le llevó a formularse las siguientes cuestiones y afirmaciones: “La pregunta acerca de la parte general del Derecho administrativo deriva de la especialidad de esta disciplina. ¿Es el Derecho administrativo solo una concreción del Derecho constitucional?¹⁵ ¿Qué es pues una parte especial? ¿indigestos espacios contiguos?, ¿residuos, germen del futuro? (...) también en el Derecho canóni-

¹⁵ Famosa es la definición de WERNER del Derecho Administrativo como un Derecho Constitucional concretizado. Para GARCÍA DE ENTERRÍA el Derecho Administrativo está íntimamente interrelacionado con el Derecho Constitucional, en su sentido estricto de Derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica. Por su superioridad dentro del ordenamiento la Constitución enuncia los principios básicos del mismo, de modo que su superioridad sobre el Derecho Administrativo no es discutible. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, I. Novena edición, Madrid 1999, editorial Civitas.

co es este asunto importante. Debería usted de abordar en su parte especial este asunto (...) y le deseo que encuentre el tiempo, los colaboradores y la calma que una tarea de este tipo necesita”.

Forsthoff y el Estado federal¹⁶

Al ser solicitado para emitir un informe acerca del segundo canal de televisión, FORSTHOFF opinó acerca de los *Länder*: “El único problema jurídico de importancia es el de si la comunidad de los *Länder*, representada por sus presidentes, disponen o no de poder organización (*Organisationsgewalt*) lo que les permitiría crear una institución de derecho público, extremo que yo como es natural niego categóricamente. Si el tribunal contencioso-administrativo decidiera de otra manera, tendríamos en breve un segundo Gobierno central, gestionado por los *Länder*. Ello llevaría a una deformación del ya de por sí retorcido Estado federal”.

Forsthoff y la tecnoestructura

En plena efervescencia de los acontecimientos de mayo de 1968, FORSTHOFF mostró interés por el concepto tecnoestructura. Los altercados provocados por las protestas estudiantiles eran duramente criticados por él: “La situación de la universidad es macabra. A causa de las amenazas del sindicato estudiantil, las sesiones de los órganos colegiados no se pueden celebrar y la administración de la Universidad está más o menos paralizada”. “La Universidad no tiene salvación. Lo que el nacionalsocialismo no logró conseguir va a ocurrir con la República Federal: la definitiva destrucción”.

FORSTHOFF intentaba abstraerse de las revueltas de mayo del 68, que como hombre moderado detestaba, y se mostró atraído por el término tecnoestructura. El concepto surgió a raíz de un comentario suyo acerca de la prensa, al decir que no tenía la misma dimensión que tuvo en el siglo XIX y opinó que la jurisprudencia constitucional dictada en relación con el artículo 5 de la GG todavía estaba anclada en ese siglo y en Weimar. De ahí que le empezara a sonar bien el asunto de la tecnoestructura.

FORSTHOFF se aventuró en escribir un libro sobre el Estado industrial. En una carta puso de manifiesto un argumento interesante: “La estabilidad de la situación pública no se debe a nuestro Estado, tan débil, sino a la sociedad industrial”¹⁷.

¹⁶ Francisco SOSA WAGNER, en la tribuna del diario “El Mundo” del 30 de enero de 2009, habla de la descentralización política, analiza cómo funciona la descentralización en Alemania y las reformas para garantizar la unidad y la solidaridad. En el artículo llega a decir que los Estados federales han ensayado diverso modelos, pero tan singular como el español no hay ejemplo en el Derecho comparado.

¹⁷ La actividad de FORSTHOFF sobre el tema de la sociedad industrial es incesante: El Estado social. Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF, Karl DOEHRING. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986; El Estado de la sociedad industrial: (el modelo de la República Fede-

El Derecho estaba en ebullición, afectado por los avances tecnológicos y el dinamismo social coligado a esos avances. FORSTHOFF llegó a decir que el Derecho público alemán se hallaba desquiciado porque estaba todo mezclado: el Estado de Derecho con el Estado social más la comprensión liberal y democrática de los derechos fundamentales (lo que llaman interpretación), hacía que la fantasía no conociera límites. “Me llena de orgullo no haber hecho jamás concesiones en esa dirección”.

Schmitt y ForsthoFF, ambos admiraban a Lorenz von Stein¹⁸

En una época que ellos interpretaban de debilidad del Estado, dejaron entrever su admiración por el genial jurista alemán Lorenz VON STEIN. SCHMITT fue primerizo en profesar su admiración, en 1940 ya publicó un trabajo sobre él. En 1972 lo hizo el aplicado FORSTHOFF, que estaba embelesado con sus reflexiones sobre el Derecho y la sociedad, la Administración y el Derecho administrativo en situación de permanente cambio, fortalecido siempre por los nuevos materiales (que venían de la economía, de la sociedad...) y por las nuevas exigencias y reivindicaciones sociales. A FORSTHOFF le llamaba la atención la insistencia de STEIN en la unidad de esa “ciencia administrativa” que englobaría la teoría y el derecho propiamente dicho en el marco de una ciencia unitaria del Estado. Estas reflexiones las plasmó STEIN en *Gegenwart und Zukunft der Rechts-und Staatswissenschaften Deutschlands* (Presente y futuro de las ciencias del Derecho y del Estado en Alemania): más allá del derecho positivo existe la historia del derecho, la filosofía del derecho, que forman el “suelo de la verdadera ciencia jurídica”.

El **tercer capítulo**, “**El espectador tras el mutis**”, SOSA WAGNER habla de la importancia como testimonio no sólo personal, sino histórico, de la correspondencia o literatura epistolar, poniendo como ejemplo a ilustres de la talla de CICERÓN, SÉNECA, HORACIO, SAN AGUSTÍN, MAQUIAVELO, la viuda de SEVIGNÉ, MONTESQUIEU, MERIMÉE o WILDE, y también a españoles como QUEVEDO, CADALSO, el duque de RIVAS, Josep PLA, GOYA, VALLE-INCLÁN, AZAÑA o PÉREZ DE AYALA.

SOSA WAGNER cataloga a ambos juristas, SCHMITT y FORSTHOFF, como dos de los principales autores de la ciencia jurídica en el siglo XX. Ambos, que coincidían en tantas cosas, como en las ideas o hasta en la muerte

ral de Alemania). Ernst FORSTHOFF; traducción de Luis LÓPEZ GUERRA y Jaime NICOLÁS MUNÍZ. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; Sociedad industrial y administración pública. Ernst FORSTHOFF. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

¹⁸ STEIN dijo que la Administración es la “vida real del Estado”, o el “Estado trabajando”, “la organización de todas aquellas actividades estatales que tienen como destino el desarrollo de los ciudadanos, la mayor armonía posible de los elementos que componen el Estado y la máxima libertad de la personalidad de sus individuos”. Es famosa la llamada conciencia del Estado administrativo, de STEIN. En *Verwaltungslehre*, su obra cumbre. Francisco SOSA WAGNER, Maestros alemanes del Derecho público, Segunda edición. Madrid, 2005. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

de sus esposas a la misma edad de 47 años, tenían caracteres completamente diferentes. SCHMITT, amigable pero incontinente, que nunca se acomodó a la nueva situación surgida tras la guerra y se tornó huraño, por cuanto siempre era señalado y recordado su pasado nazi, y tuvo hasta problemas en la organización de sus homenajes, siendo uno de los juristas más geniales de la literatura iuspublicista alemana. A pesar de su descontento tras la guerra, SOSA WAGNER opina que es en esta época cuando escribe lo más original de su obra y su pensamiento más innovador y más libre de prejuicios. La formación de SCHMITT tiene una vertiente humanista que se deja entrever en su obra jurídica, aunque durante el coqueteo con el nazismo escribió sobre temas como la raza, el pueblo, el mar, la tierra... FORSTHOFF, de carácter más templado y con mayor control de las emociones, que le facilitaron acomodarse a la nueva situación después de la Segunda Guerra Mundial, es el alumno aplicado que nunca dejó de serlo, como se demuestra en su obra, libro tras libro de manera casi religiosa, y siempre de carácter jurídico, a diferencia de su maestro. Escribe SOSA WAGNER que FORSTHOFF acierta como nadie al ver los rasgos que definen a la Administración y, en general, al Estado, así como la irrupción de nuevas técnicas que influirían en el entramado público e institucional.

SCHMITT y FORSTHOFF, maestro y discípulo, amigos, cuyos caracteres dispares hicieron labrar caminos diferentes en sus trayectorias profesionales, coincidieron sobre todo en una preocupación, el Estado¹⁹.

¹⁹ En 1938, SCHMITT soltó una afirmación muy curiosa, al decir que el Estado ya no es un ser amenazador, un monstruo omnipresente, sino un animal domesticado, ha pasado a ser, como los animales prehistóricos, un simple objeto de contemplación en un museo, *der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*.