

EL PARLAMENTARISMO EN SU ENCRUCIJADA: SCHMITT *VERSUS* KELSEN, O LA REIVINDICACIÓN DEL VALOR DE LA DEMOCRACIA

JOSÉ ANTONIO SANZ MORENO

Universidad Complutense de Madrid

I. PARLAMENTO Y DEMOCRACIA: TENSION EN LA SOCIEDAD DE MASAS.—
II. SCHMITT O LA TIRANÍA DE LA DEMOCRACIA DE IDENTIDAD.—III. KELSEN
Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL PARLAMENTARISMO EN DEMOCRACIA.—IV. LOS
MISMOS PROBLEMAS, SOLUCIONES ANTINÓMICAS: CONCLUSIONES PARA UNA
DEMOCRACIA INTANGIBLE.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La crisis económica parece minar la legitimidad política del parlamento y del propio sistema democrático. De ahí que debamos volver la vista a un pasado no tan lejano: la Europa de entreguerras y, en particular, la polémica sobre la vinculación entre el modelo parlamentario y la democracia. Con el trasfondo del salto del Estado liberal al social y democrático, Schmitt y Kelsen representan posiciones antagónicas en la relación del parlamento con la democracia y, a pesar de ello, sin razonar sus conquistas y, mejor aún, sus fracasos, difícilmente podremos atisbar una futura regeneración. En especial, la dicotomía democracia identitaria *versus* procedimental tiene que ser corregida en una ordenación que, desde la forma jurídica, no renuncia a su definición sustantiva.

Palabras clave: legitimación democrática; parlamentarismo; voluntad nacional; representación popular; Constitución intangible.

ABSTRACT

The economic crisis undermines the political legitimacy of parliament and even the whole democratic system. For this reason, we ought to stare the recent past and, especially, the interwar period in Europe and its controversial relationship between

parliamentary model and democracy. Here, Schmitt and Kelsen have represented the hardest clash between antagonist doctrines in the definition of democracy and its link with the crisis of parliament; and without a right knowledge about their successes and, even better, their many mistakes, it would be impossible to say nothing over democratic regeneration. Thus, we need to overtaken the dichotomy between democracy of identity and procedural democracy in a juridical order that cannot give up its substantial definition.

Key words: democratic legitimacy; parliamentary system; national volition; representation of the people; intangible constitution.

«The Reichstag was ablaze...I don't care about the building... It's our democracy that's on fire»
Winter of the World, 2012

«But I still believe that authority needs to justify itself»
Fall of Giants, Ken FOLLETT, 2010

I. PARLAMENTO Y DEMOCRACIA: TENSIÓN EN LA SOCIEDAD DE MASAS

Cuando el sueño del fin de la política se ha tornado en la pesadilla de una convulsión económica que hace tambalear formas e instituciones estatales conviene analizar a una confrontación doctrinal ya clásica para, desde sus aciertos y errores, reconstruir nuestro punto de partida y legitimar la democracia. En Europa, tras la primera guerra mundial, la crisis del sistema parlamentario con la llegada de la sociedad democrática de masas enfrentó a dos de los maestros que más nos han influido y de los que todavía somos deudores: el uno, respetado y celebrado, el llamado jurista del siglo xx, Hans Kelsen; el otro, mirado de reojo, pero nuevamente aclamado, el poliédrico Carl Schmitt. Vidas paralelas, tan longevas en obras y hechos que colman toda una época, la que cimienta la nuestra(1). Ambos lo suficientemente lúcidos como para poder invalidar cualquier aproximación a la teoría del Estado y del derecho que no tenga presente una referencia cabal tanto de sus logros como, y aún más importante, de sus fracasos. Pero aquí nos vamos a centrar en los años en los que se decidía el rumbo del mundo y, de manera casi autómatas, se despertó la bestia: esa Europa de entreguerras que, en su amarre parlamentario, luchaba por la supervivencia de la democracia. Sus miradas más estudiadas representan presupuestos tan encontrados y respuestas tan dispares que ya podemos intuir la tragedia.

(1) SOSA WAGNER (2005): 379-420, 443-487.

Por eso es crucial volver a la República de Weimar: el tránsito del modelo liberal al Estado social no pudo ser pacífico, máxime cuando el andamiaje institucional no se asentaba en una verdadera cultura de la democracia. El ataque al modelo parlamentario escondía un dilema aún mayor sobre la forma estatal en su totalidad: la legitimidad del poder y de sus modos de ejercicio seguían sin una resolución definitiva. La legalidad jurídica del liberalismo no podía eludir la democracia social de masas; había que encontrar una salida. El triunfo del sufragio universal hizo estallar la antinomia del Estado moderno: de un lado, liberal, de otro, nacionalizado (artículos 16 y 3 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*). El propio título de la *Declaración* de 1789 nos confirmaba la contradicción no resuelta: *el hombre* universal, pero individualista, y su consagración en un Estado constitucional cuyo fin es la protección de derechos (libertad y propiedad privada), y, para ello, distribuye el poder en la tríada tradicional; *el ciudadano*, nacional e identitario, en su igualdad formal y disolución existencial dentro de un pueblo transformado en nación (sujeto colectivo, vivo y volitivo, como titular absoluto del poder). El choque entre el ideal atemporal (los derechos inviolables del hombre) y el momento territorializado (la nación y sus ciudadanos) pudo contenerse con la identificación entre burguesía y nación, o mejor, con la distinción entre la ciudadanía activa y el resto. Pero la superación histórica del fraude a la democracia tenía que conjugarse con una nueva legitimidad popular en busca de autor y representación.

La euforia prebélica fue el detonante de unos movimientos de masas que, también nacionalizados, postularon la mutación del modelo liberal con el reforzamiento de la solidaridad colectiva bajo las exigencias del Estado social. De ahí la necesidad de afrontar la comprensión del detentador del poder y su formas de expresión: *¿puede existir sistema parlamentario sin democracia?* y, viceversa, *¿cabe democracia sin parlamento?* Ante tales preguntas Schmitt y Kelsen se jugaron, más allá del reconocimiento doctrinal, su lugar ante la historia. Para ambos parlamentarismo y democracia no son lo mismo, y, por tanto, siempre podrá haber un modelo parlamentario aunque no funcione la democracia. El ejemplo de la propia institucionalización liberal y su sufragio censitario lo corrobora: podía contar con parlamento, pero no se debía llamar democrático si por tal entendemos el gobierno del pueblo y su plasmación mediante voto universal e igual de todos los que lo conforman. En cambio, frente a la segunda cuestión, la discrepancia se dispara: para Schmitt, con su democracia de identidad plebiscitaria, la prioridad será proclamar la confusión; pero, según Kelsen, aunque debamos separar ambos conceptos, la victoria democrática dependerá del mantenimiento del modelo parlamentario.

Así, partiendo de un pesimismo antropológico que percibe la naturaleza humana como peligrosa, los dos autores se enfrentaron al problema de la transformación del clásico Estado de Derecho(2): A) *Desde un punto de vista jurídico-formal*, y en el haber de Schmitt, el tránsito del Estado Legislativo Parlamentario –con su máxima una Ley (norma general iusnaturalista), un órgano que la crea (Parlamento soberano) y un único procedimiento de creación (mayoría simple)– al Estado gubernamental y administrativo, por el desarrollo de las primas a la posesión legal del poder y la aparición de los tres legisladores extraordinarios(3); o, para Kelsen, con la identidad Estado, Derecho y Ordenación jurídica, la auto-reproducción normativa en un sistema escalonado que parte de lo dado para describir lo debido; B) *Desde una perspectiva político-material*, la conversión del Estado liberal (neutral y pasivo) en Estado social (democrático y activo); según Schmitt, el Estado Total como sublimación de la identidad nacional y delimitación de toda actividad humana por una legalidad burocrático-funcionalista(4); y, en Kelsen, la reconstrucción de la democracia, desde la libertad individual como autodeterminación y su metamorfosis en la participación ciudadana para la conformación de un orden siempre coercitivo que, desde la pluralidad social, se articula como Estado de partidos. La respuesta ante las convulsiones del modelo estatal no pudo ser más divergente: la democracia de identidad como supuesta homogeneidad nacional pero práctica realización con la peor de las representaciones (Schmitt); la libertad en democracia de unos ciudadanos que, en cuanto sujetos con derechos políticos, participan en la delimitación de su esfera de actuación, desde una forma constitucional como límite el poder político (Kelsen).

Sin embargo, la mayor amenaza para Weimar no procedía de teorías normativas con delirios de pureza (Kelsen), ni tan siquiera de las abiertamente antiparlamentarias (Schmitt), sino de la falta de una ciudadanía comprome-

(2) SBAILÒ (2007), McELGOTT (2009); DYZENHAUS (1997); KENNEDY (2004); SCHMITT (1971): 59-136; KELSEN (2007): 110-127.

(3) Lo extraordinario se convierte en norma: *ratione materiae*, quiebra del procedimiento único; *ratione suprematatis*, supresión del monopolio legislativo del Parlamento con la legitimidad plebiscitaria del pueblo; *ratione necessitatis*, constatación del papel legislativo común en manos del Gobierno ante situaciones de necesidad y urgencia autodefinidas.

(4) Schmitt distingue entre un *Estado Total cuantitativo*, que interfiere en todas las áreas humanas (democracia de Weimar) y la totalización *cualitativa*, que ha tomado su decisión existencial y se deshace de los enemigos (sistema fascista), DYZENHAUS (1997): 80. Frente al parlamentarismo pluralista, la pretensión de fortalecer el Estado y restaurar el orden, con un gobierno sólido y con capacidad de acción, concita su salida coyuntural como transformación del modelo cuantitativo en cualitativo (SCHWAB 1989: X).

tida con la democracia en un sistema meramente procedimental (5). Partidos totalizadores y antagónicos, que querían la destrucción no solo del modelo parlamentario, sino de todo el orden republicano, fueron incrementando su apoyo popular también en las instituciones. Pero la tradición liberal del contrato social, como premisa para la creación del Estado, seguía siendo ineludible. La diferencia estribaba en la forma de abordar el *problema de la autodeterminación: individual*, desde la libertad del ser humano (Kelsen); *colectiva*, con la igualdad sustancial del ciudadano en la nación (Schmitt). Que la legitimidad de la Constitución descansa en la decisión soberana del pueblo y no en el pacto para la protección de la libertad individual retiene a Schmitt dentro del existencialismo de un sujeto colectivo, mientras Kelsen, a pesar del cisma entre estado de naturaleza y artificio estatal, parte de la libertad del hombre, como obediencia a sus propias normas, para presentar su ineludible conversión coercitiva. Así, frente a la voluntad soberana inequívoca y la democracia sin parlamentarismo del alemán, el pluralismo político, la autodeterminación personal y la salvaguarda de la democracia en la renovación del sistema parlamentario del austriaco. Cuando el parlamento ha perdido su capacidad para plasmar una voluntad unificada, la reordenación del sistema republicano será la solución postulada por Schmitt, a través de la legitimidad democrática del Presidente como defensor constitucional ante las emergencias. En cambio, para Kelsen, si queremos garantizar la democracia solo podemos reformular el parlamentarismo, nunca suprimirlo, pero habrá que mostrar la ficción de la representación del pueblo en aras a la realidad de su pluralidad. El pensamiento de Schmitt pivota sobre la idea de una democracia como igualdad ciudadana en un sujeto volitivo con capacidad de expresión, frente a un Kelsen cuya concepción democrática proclama la metamorfosis de la libertad como sometimiento a una voluntad diferente de la propia. El uno anhela el soberano y su decisión para plasmar la homogeneidad nacional; el otro, consciente de la heterogeneidad social, lucha por reconducir la libertad individual como participación política en una democracia, siempre coercitiva, pero también integradora.

Europa necesitaba digerir la primera gran conflagración derivada de la era gloriosa del nacionalismo. Y, en su distinción con la lucha de clases del marxismo internacionalista, lo podía hacer de dos formas: de un lado, exacerbando la idea de nación; de otro, intentando domesticarla. En la primera puso su empeño Schmitt, desde la totalización Constitución/Estado con el ser político, la relación amigo-enemigo y su decisión soberana; a la segunda se consagró la pureza de Kelsen, con su neutralidad del derecho desde el

(5) SEITZER y THORNHILL (2008): 15; SCHWARTZBERG (2007): 153, 157.

deber ser, su identidad con el Estado y la teoría de la *Grundnorm*. Los dos fracasaron, pero de sus errores finales provienen nuestros mejores principios. Y aunque los propios autores fueron conscientes de la necesidad de reformular, de nuevo, la ciencia del derecho –ya no desde el Estado, sino con su inmersión en los nuevos procesos de reproducción jurídica(6)–, aquí nos vamos a ceñir primordialmente al momento en que postularon una salida a la crisis del Estado liberal; a sus aciertos, pero también a la distinta naturaleza de sus equivocaciones. Para ello, examinaremos, primero, al más embaucador, pero también tan taimado como peligroso; después, al más tolerante, que fue lo bastante honesto como para constatar el fracaso de su doctrina más conocida; y, a modo de conclusión, la repercusión del choque de sus respuestas para la regeneración actual de la democracia.

II. SCHMITT O LA TIRANÍA DE LA DEMOCRACIA DE IDENTIDAD

La obra de Schmitt en Weimar, controvertida pero imprescindible, está marcada no solo por su ataque frontal al liberalismo, sino por un no disimulado desprecio al positivismo formal. Con tal bagaje cabe resaltar tres relaciones antagónicas: *primera*, la distancia entre parlamentarismo liberal e igualdad democrática (pese a la unión coyuntural en su lucha frente a la legitimidad teológica del poder monárquico); *segunda*, la contraposición entre principios políticos (identidad/representación) y jurídicos (distribución/organización) del Estado burgués (un *no* Estado por su indefinición política), para su redención en el Estado Total (la vuelta de lo político con la subsunción estatal de la sociedad de masas); y *tercera*, la dicotomía amigo-enemigo y su identidad nacional en democracia (separación sustancial del *nos* –los iguales– frente al *ellos* –los no semejantes– como lucha existencial por la supervivencia colectiva)(7).

La diferencia entre el modelo ideal y la realización del Estado liberal será el punto de inflexión que enarbole para repudiar la vinculación de la democracia con un parlamento que ya no puede plasmar ninguna homogeneidad nacional. Derrotada la Monarquía de delegación divina y renqueante el experimento liberal, el reto de Schmitt será una nueva concepción

(6) SANZ MORENO (2002): 391-400 y (2009).

(7) BENDERSKY (1983) y (1987), NOACK (1983), McCORMICK (1997) y MÜLLER (2003). El retorno de la soberanía al centro del estudio jurídico será la apuesta schmittiana para desacreditar la pureza positivista de un Kelsen tan metodológico como inocuo: frente a la normalidad política y su consiguiente normatividad jurídica, la anormalidad de la situación excepcional busca –y encuentra– a su decisor constituyente.

absoluta, pero no desde la representación anterior sino sobre la identidad democrática del Estado Total. Así, frente al liberalismo universal y los derechos inviolables del hombre, la igualdad sustantiva del ciudadano como miembro de una nación que forma su Estado; contra el principio de distribución del poder en la salvaguarda de derechos y su trinitaria división burguesa, la concentración del poder y la definición estatal como monopolio de la decisión política; en fin, presuposición de una identidad excluyente que se resuelve con la democracia plebiscitaria de un gobierno presidencialista que reniega tanto de la lucha entre clases como de cualquier pluralismo (social, nacional, etc.).

El sistema parlamentario, según Schmitt, agonizaba por la quiebra de su propia fundamentación. Y no quiso permanecer impasible: allí estaba él para clavar la puntilla. Los cambios demandados por la democracia de masas hacían impracticable la esencia parlamentaria de la discusión pública. El sufragio universal permitió la entrada en parlamento de unos partidos de clase que exigían absoluta lealtad. Este pluralismo totalizante, pero disgregador, amenazaba la propia pervivencia del Estado. Los representantes ya no son independientes en el sentido de separados de los intereses particulares por representar el interés público y, por tanto, capaces de convencer y dejarse convencer a manos de la mejor solución acorde con el bienestar nacional. Ahora las decisiones son tomadas en sesiones privadas, ocultas y fuera de la sede parlamentaria, por motivos meramente partidistas y no por la búsqueda del interés público. Por ello, cualquier reforma del modelo parlamentario que no se centre en sus fundamentos se desvía de la raíz del problema: el parlamento podrá subsistir pero, al perder su razón de ser, se convierte en una formalidad vacía de contenido.

Así la democracia schmittiana encuentra su oposición no en la dictadura sino en el parlamentarismo. La apuesta por una dictadura democrática –comisarial o soberana –interpela a un modelo incapaz de encauzar la concentración nacional. El parlamentarismo como forma política deviene en institución inoperante cuando, tras la práctica del sufragio universal, se quiebra la homogeneidad burguesa y aparece el pluralismo de intereses partidistas: la suma de partes, tan desiguales como plenas por sí mismas, no plasma ninguna unidad política común sino su desmembración más perniciosa. En su definición del sistema parlamentario (8), Schmitt propone una concepción ideal tan alejada de la realidad que, ante su fracaso histórico, solo cabe ha-

(8) Desarrollada en 1923 con *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, SCHMITT (2008a).

llar la nueva unificación democrática. Los fundamentos del liberalismo (9) no descansaban ni en la identidad entre gobernantes y gobernados (Aristóteles), ni tampoco en la unanimidad contractual originaria y su conversión en igualdad entre ley y voluntad, como norma general y expresión de la mayoría (Rousseau). Frente al romanticismo político y la tendencia burguesa a sustituir la decisión por la discusión permanente, Schmitt intenta resolver los problemas acuciantes de la sociedad desdeñando el carácter irresoluto de un parlamento pluralista. Quebrada la homogeneidad burguesa, la institución parlamentaria ya no cumple su misión como representación de la unidad nacional. La deliberación pública que resulta del debate entre argumentos racionales hasta llegar a la verdad no es posible cuando la posición del diputado viene prefijada de antemano; así, frente a la publicidad anterior y la capacidad de convencer o dejarse convencer, las decisiones tomadas en secreto precisan un simple referendo formal. La amenaza al parlamento no viene solo de la entrada en su propia sede de partidos extremos que repudian el gobierno liberal y buscan totalizar el sistema; también se debe al ocaso de su verdad: argumento y contra-argumento en la discusión pública para llegar a la razón, iusnaturalista y hacedora de justicia, que es la ley.

La conclusión es evidente: la libertad del mandato de los representantes, que recogiera el artículo 21 de la *Constitución de Weimar*, ya no tiene sentido. El parlamentarismo queda reducido a simple fachada que pretende ocultar la inanición de una forma caduca, lista para su quema. Ni siquiera sirve para la función pergeñada por Weber como cauce para la selección de los mejores (*führerauslese*). El liderazgo político cambia de sede y se refugia en el último baluarte de la representación identitaria: el Presidente del *Reich* como expresión de la unidad política en su elección directa «por todo el pueblo alemán» (artículo 41). De aquí al principio del *Führer (führerprinzip)*, como dueño absoluto del poder, hay un solo paso, que Schmitt no dará en Weimar, pero tardará poco en acometer. Cuando Hitler toma el poder, se afilia al partido nazi y justifica retroactivamente los asesinatos del 30 de junio de 1934. La noche de los cuchillos largos le sirve para refrendar la concentración de todo el poder por un *Führer* que se convierte en juez y legislador supremo: el *defensor del derecho* como su hacedor absoluto (10).

(9) Filosóficos (igualdad humana universal), económicos (*laissez faire*) y políticos (separación de poderes, debate público y ley fruto de la libre discusión parlamentaria), SCHWAB (1989): 62, 67.

(10) SLAGSTAD (1988): 126; NOACK (1993): 164-234, BENDERSKY (1983): 195-273. Explicaciones ante su apoyo al nazismo, según STRONG (2007): XXIII-XXIV: ceguera por ambición personal, por ignorancia, o por pensar que los oponentes al régimen estaban amenazando la propia identidad alemana; que se inclina por esta última y asegura que el error

Tras el incendio del *Reichstag* la democracia de identidad desvela todas sus miserias. La distinción amigo-enemigo revierte en la mentira de la auto-determinación colectiva: la soberanía no reside en el pueblo, ni en sus miembros participando activamente en lo público, sino en el ejercicio del poder a través de una *representación* que *presenta* la voluntad popular y, al hacerlo, la crea y materializa. En respuesta a la traición parlamentaria a su presunta esencia, Schmitt señala al auténtico representante de la unidad política y lo hace desde el ideal democrático de identidad entre los que mandan y los que obedecen. La democracia no procede de la libertad, ni de la igualdad universal del hombre por el mero hecho de serlo, sino de la diferenciación más extrema: la igualdad sustancial que, en la modernidad, solo cabe plasmar como homogeneidad nacional.

En el *pluriverso* estatal frente al mundo apolítico del liberalismo, la igualdad de todos los hombres no provoca ninguna concreción política; es la pertenencia a un pueblo singular la que determina el carácter excluyente de la forma Estado. Ya en los años 20 la amoralidad de las palabras de Schmitt no dejaban lugar a dudas: que lo igual sea tratado de igual forma, con su correlato ineludible, lo desigual no será tratado de igual forma (11). El universo liberal *todos los hombres, iguales* no tiene cabida en una visión democrática cuya única igualdad necesaria es la de los ciudadanos identificados con la nación (12). Así, en el Schmitt de *Der Begriff des Politischen* (1931), toda

de Schmitt, más que su ataque al universalismo liberal, proviene de una visión demasiado simplista sobre la amistad, definida en negativo desde el enemigo público. Y, sin embargo, no creo que así podamos mitigar la propia responsabilidad del jurista de Plettenberg. Nuestras dudas frente el Doctor Jekyll quedaron arrasadas con la aparición del oculto Mister Hyde: el símil con el Benito Cereno del cuento de Melville –SCHMITT (2002)– se presenta como eso mismo, un cuento exculpatorio.

(11) «Por tanto, forma parte, necesariamente, de la democracia, primero, la homogeneidad, y, segundo –en caso necesario– la separación o aniquilación de lo heterogéneo» SCHMITT (2008a): 22-23. La *paradoja de la democracia* –MOUFFE (1999): 38-52– encuentra su mejor portavoz: la esencia democrática no es la igualación apolítica de todos los hombres, en la que faltaría su correlato, la desigualdad; no una igualdad indiferenciada, sino una igualdad sustentada en la pertenencia a un pueblo concreto que, con su decisión existencial, sella un destino más que funesto. El discurso de la homogeneidad nacional, y su reducción a la distinción amigo-enemigo, ha quedado tan desacreditado históricamente que solo debería servir para evitar repetir sus excesos y falsedades, PETERS (2009): 308-309.

(12) De ahí la justificación del artículo 109 de la *Constitución de Weimar* al hablar no de una igualdad genérica, sino de la de «todos los alemanes ante la ley». El modelo constitucional español seguirá este ejemplo en el artículo 14 y no su referente temporal más próximo: el artículo 3 de la *Ley Fundamental de Bonn* con su igualdad ante la ley de todos los seres humanos. El constituyente alemán fue consciente, tras el positivismo procedimental de Weimar y su ausencia valorativa, que la democracia solo podía mantenerse desde un sustrato sustantivo asentado, fundamentalmente, en la dignidad de la persona y los derechos humanos

acción política –decisiva y decisoria– descansa en esa dicotomía radical. La definición del Estado no viene dada por el monopolio de la violencia, al modo weberiano, sino como resolución fundamental sobre la existencia nacional a través de la distinción entre *nosotros* y *ellos*: los *amigos* que pertenecen a nuestra nación contra los *enemigos* que la amenazan de muerte.

La pluralidad de conceptos de su *Verfassungslehre* (1928), tan brillante como incendiaria, adquiere su aclaración histórica final: no podemos mantener el sentido *ideal* del concepto liberal (artículo 16 de la *Declaración* de 1789), pero tampoco sirve el concepto *relativo* de la etapa positivista que, por la pérdida de la fe en el *iusnaturalismo*, confundía el procedimiento formal de reforma con la esencia material de la Constitución. Ya solo cabe la identificación entre Constitución/unidad política como acepción *absoluta* y *real*, o, mejor, su determinación en sentido *positivo*: la decisión ontológica como voluntad constituyente sobre la amistad-enemistad pública. De manera análoga al milagro en religión, y tal y como nos recuerda en *Politische Theologie* (1922), la decisión soberana permite resolver la situación excepcional y definir existencialmente nuestras vidas. Por eso necesitamos anclar la relación entre identidad y representación en una democracia como distinción volitiva entre nosotros, los pertenecientes a la misma nación, y ellos, los que la acechan, debilitan o buscan su ruina. En un mundo de Estados-nación la identidad democrática, o es la igualdad sustantiva que significa pertenecer a una concreta nación, o, políticamente, no servirá de nada (13).

Pero ¿qué es una nación? Pues también aquí Schmitt fue contundente: una combinación de elementos objetivos y subjetivos, y, ante todo, la conciencia existencial de un pueblo individualizado (14). El mero agregado humano se transforma en una colectividad, basada en la homogeneidad de sus

inviolables e inalienables (artículo 1). Y aunque la transición española de la dictadura franquista a la democracia constitucional fue justo lo contrario del pasado alemán, cabe recordar que el artículo 10.2. de la *Constitución de 1978* nos remite a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), y, aquí, además del fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial en la dignidad e inviolabilidad de derechos de todos los miembros de la familia humana (Preámbulo), su artículo 7 vuelve a mencionar la igualdad de todos ante la ley. Por ello, a pesar de la ausencia de una cláusula de intangibilidad explícita en la *Constitución española*, la interpretación de la reforma super-agravada no puede ser la deducida meramente de la literalidad del artículo 168, sino que debe completarse, en su contexto hermenéutico y sociológico, con los valores y fundamentos constitucionales.

(13) SCHMITT (2007), (2008b); (1990).

(14) SCHMITT (2008b): 262-263. En el pensamiento schmittiano toda auténtica nación tendría, más que el derecho a formar su propio Estado, la potencialidad política de hacerlo, y, al revés, todo Estado podría poner en funcionamiento cualquiera de los mecanismos a su alcance para estar formado por una única nación. Vid. ANDERSON (1991): 5-6, y su nación como comunidad imaginada, inherentemente limitada y soberana.

miembros, que se llama nación por su propia voluntad política. El principio de nacionalidad significa que una nación forma su Estado y éste encierra, en sí mismo, una nación. La naturaleza nacional del Estado y su carácter unitario serán el presupuesto de su propia realización política. Un Estado nacionalmente homogéneo es lo normal y, por ello, cuando dentro del territorio estatal se reivindican diversas naciones o minorías nacionales la amenaza vital no puede ser soslayada. Pero *¿qué hacer en el caso de existir esa anomalía política fruto de la pluralidad nacional?* La solución plantea pocas dudas: o se utiliza una igualación pacífica, mediante la asimilación a la nación dominante, o un método más rápido y violento, pero incluso más efectivo, la expulsión o supresión de la población heterogénea (15).

Más aún, si partimos de esta concepción nacional de la democracia y de su supuesta homogeneidad identitaria todavía nos queda por saber quién o quiénes son los encargados de definir los que forman parte de la nación frente a los excluidos. La respuesta solo podrá tomarla el soberano que, como decisor en la situación excepcional determinará el sentido constitucional *positivo*, es decir, la opción constituyente sobre la forma y modo de ser de una unidad política que clarifica el antagonismo amigo-enemigo: el *amigo*, el tú del ciudadano con una identidad fundamentada exclusivamente por su pertenencia al nosotros de la nación; el *enemigo público, de fuera*, el resto de individuos integrantes de otras naciones –los extranjeros–, pero también *de dentro*, los individuos que forman parte de otros grupos nacionales o plasman una diversidad no querida como máculas de anomalía que deben ser eliminadas. Frente al universalismo liberal y su despolitización del Estado, la confrontación *freund und feind* es la antítesis existencial que define nuestra

(15) La resolución del choque *identidad-representación* descubre la verdadera cara de su democracia: lo que en teoría se ensalza –democracia identitaria con todo el poder del pueblo– tiene su realización práctica como representación autoritaria y total, MÜLLER (2003): 31. Así, frente al mito de la clase, aparece el de la nación, y aunque se formulen algunos elementos considerados naturales de una nación –especialmente «raza y ascendencia»– no deja de ser revelador que también atribuya a lo nacional el carácter mítico, SCHMITT (2008a): 150-151. Y, si bien asegura que en el choque entre ambos mitos –el nacional y el de clase– el primero ha salido victorioso, también queda claro que, a pesar de su triunfo político, es mito al fin y al cabo. La fuerza irracional de lo nacional recorre todo su trabajo de entreguerras, contaminándolo, y, por ello, cabe un juicio condenatorio desde su doctrinal, pero manifiesta, responsabilidad en la exaltación nacionalista que tuvo su apoteosis final con Hitler. El mito nacional no necesitaba ser real y, sin embargo, precisa de realización. El problema es que su realidad concreta *no* la plasma la *descripción* de los elementos comunes propios de un pueblo, sino todo lo contrario: la *prescripción* del representante de esa nación para obligar a sus miembros a disolver coercitivamente toda diferencia en el mito nacional o, directamente, consumir su aniquilación.

forma política (16). Sin embargo, no nos dejemos arrebatar por la fuerza retórica de la identidad democrática: la decisión soberana es la que expresa la homogeneidad estatal y, por tanto, será algo no dado, sino primero, supuesto, y después, manipulado.

En Schmitt, la legitimidad en democracia la determina la vinculación entre identidad y representación y no la separación del poder que solo sirve para debilitarlo como unidad política. Tras la burguesía discutidora y la neutralidad positivista, la división de clases y su pluralismo partidista fragmentan la voluntad nacional (17). Ante la imperiosa necesidad de una decisión existencial sobre la unidad política, el liberalismo y su parlamento quedaron atrapados en una discusión sin capacidad decisoria. La alabanza hacia Hobbes se torna en reproche: los derechos individuales garantizados ante el Estado contradicen la omnipotencia de una forma soberana no sujeta a ningún límite (18). Hobbes llevaba dentro de su *Leviatán* el germen de un individualismo liberal que lo aboca a la inanición política. Por eso Schmitt pretende recuperar el tiempo perdido: los derechos individuales (en principio ilimitados) dejan paso a la soberanía (poder absoluto no sujeto a la protección de ningún derecho). Tanto Hobbes como Schmitt repudiaban el caos y querían orden, pero mientras el inglés lo hallaba preservando la conciencia individual, el alemán lo encuentra disolviendo nacionalmente al ciudadano dentro del *Estado Total*. De ahí la «coherencia» vital de Schmitt: primero, ante la situación excepcional, cuando aparece el desorden, clama por el defensor de la Constitución como verdadero representante del pueblo; después, cuando Hitler toma el poder, un nuevo orden ha nacido, y lo acepta y afianza, perfilando el barniz racista, e incluso antisemita, que ya destilaba su obra. Desde la nada axiológica del positivismo normativo, el decisionismo encumbró al soberano: el tomador ha sido descubierto y fijará la distinción amigo-enemigo, definiendo a los de dentro, a los verdaderos alemanes, frente a los de fuera o que hay que sacar a la fuerza (19).

(16) SCHMITT (2007): 27; (1999): 203. *Amigo*, toda persona integrante de un pueblo que, transformado en nación, comparte existencia pública; *enemigo*, todo miembro de otro ser colectivo que pone en peligro nuestra realización pública. Y como la definición del *nos* es la homogeneidad nacional, los enemigos –externos (naciones extranjeras) o internos (pluralidades desafiantes a la unidad)– pueden forzarnos a una lucha existencial a vida o muerte (política).

(17) DYZENHAUS (1997): 38, SEITZER y THORNHILL (2008): 44, HONG (1998): 229.

(18) SCHMITT (1982). Si Hobbes es el pensador de la modernidad, Schmitt jugó el papel de pregonero de su defenestración, SLOMP (2009): 132, HOOKER (2009): 196. Con una diferencia sustantiva: frente al individualismo, la subsunción del hombre en una nación que lo define y trasciende.

(19) Como el parlamento no puede plasmar ninguna homogeneidad habrá que buscar al auténtico representante nacional. Y Schmitt lo encontrará: *primero*, en la salida coyuntural

Por la inevitable naturaleza informe del pueblo la distancia entre los que gobiernan y los gobernados siempre subsistirá: la indeterminación del ser político le impide actuar como autoridad permanente y, por eso, precisa la formación por su(s) representante(s) (20). El pueblo solo es tal cuando actúa en lo público y, aquí, todo el escenario lo acaparan los gobernantes. La democracia de identidad necesita de la representación, pero no de la absoluta de una Monarquía destronada, y menos aún de la confabulación fraudulenta de modelos de la Monarquía constitucional del Estado Liberal, sino de la plasmación nacional del nuevo Estado Total y su personificación soberana. La democracia se suprimirá a sí misma con una representación que, más que expresar la voluntad del pueblo, la configura (21). La representación, como poder político presente, crea la voluntad del pueblo: no hay más voluntad popular que la tomada por su(s) representante(s). Salvo técnicas directas de participación popular –aclamación, elección a cargos, y el «sí» o «no» frente a preguntas previamente formuladas– la democracia plebiscitaria se sustancia a partir de la resolución del problema siguiente: *¿quién es el responsable de establecer la identidad entre voluntad del pueblo y voluntad estatal?* Y la respuesta la dará el propio representante con la conversión de la *elección* en la *selección* de los propios integrantes del pueblo: la supuesta voluntad popular se materializa por boca del líder carismático. El resultado final será la concentración del poder como realización de la pureza y unidad del pueblo alemán en su lucha contra la degeneración biológica y por la conservación de la sangre y la tierra. La supuesta, o mejor fingida, homogeneidad nacional cierra su círculo de diferenciación y la paradoja identitaria presenta toda su

a la crisis de Weimar, con su propuesta del Presidente para «salvaguardar la Constitución» (artículo 42), la opción por una democracia de carácter plebiscitario y su defensa del uso (y abuso) del artículo 48 (situaciones de excepción por incumplimiento de los deberes constitucionales); *segundo*, «superada» la inestabilidad por la instauración del «orden» con el ascenso del nazismo, su derrama racista, la unidad nacional a través de la pureza de sangre y tierra que proporciona el monopolio del poder en manos de su principio del Führer, SCHMITT (1935). Ahora el concepto del derecho emprende nuevos recorridos: tomada la decisión, es hora de hallar su sustrato en los «ordenes concretos», SCHMITT (1934).

(20) Para Schmitt los dos principios antagónicos de la política son los que en su realización darán a cada unidad estatal su forma. Ambos se oponen, pero no se excluyen: siempre habrá un elemento de *identidad* en la más extrema *representación* y, por otro lado, la identidad no es posible sin una mínima representación. La identidad total entre los que crean la unidad política y los sometidos a ella es inalcanzable; pero tampoco puede haber representación sin lo público como no hay espacio público sin pueblo.

(21) «... lo único que afecta a la identificación es una cuestión de orden real, a saber, la pregunta sobre quién dispone de los medios para formar la voluntad del pueblo», SCHMITT (2008a): 62. Los límites a toda la serie de identidades democráticas provienen de la presunción de una homogeneidad nacional que se construye y modula.

carga exterminadora: ese pueblo inorgánico precisa una representación que manifieste su voluntad y, así, puede aclamar a un *Führer* que determina el ser estatal desde la nada que crea nación e instaura orden (22).

Ya lo había afirmado el propio Schmitt: con la entrada de la representación, el destino de la democracia de identidad será suprimirse a sí misma. Si todos los argumentos de la democracia descansan en una serie de identidades –sujeto y objeto de la autoridad estatal; lo cuantitativo (la suma aritmética de votos) y lo cualitativo (lo justo de la ley)–, pero dichas identidades no constituyen una realidad palpable, sino meras identificaciones presupuestas, el problema de la formación de la voluntad del pueblo podrá fingir respuestas, nunca resolverse. Habrá que ocultar siempre la distancia entre esa supuesta identificación y la igualdad real y, por tanto, todo dependerá de la manera en que se construya la voluntad de un pueblo que puede ser engañado (23).

La relación problemática entre los dos componentes del principio político tiene una salida tan fraudulenta como suicida. En una democracia posible la identidad del pueblo únicamente podrá articularse desde su representación: la inevitable distinción entre los que mandan y los que obedecen se convierte en homogeneidad presupuesta entre *unos* y *todos*. El valor de la democracia no es la libertad individual sino la igualdad colectiva con la disolución del ciudadano en su nación; pero, precisamente, el Estado liberal, al estar constitucionalmente consagrado a la salvaguarda de la libertad del individuo y a sus derechos inviolables, renuncia a definir lo político y su concepción desde lo público. La democracia vendrá dada no por sus aspectos formales, sino desde una presupuesta igualdad que sustancia la homogeneidad nacional. En este sentido, la propia *Constitución de Weimar* recogía una contradicción insalvable entre los principios del liberalismo y la legitimidad democrática: de un lado, la estructura jurídica del Estado burgués de Derecho; de otro, la soberanía política sustentada en la homogeneidad del pueblo alemán. En el *rule of law* del Estado liberal, la legitimidad no descansaba en el sujeto titular del poder sino en la propia legalidad de su ejercicio. Por eso el liberalismo es la negación de lo político: no busca definir el Estado, ni el titular del poder, sino simplemente neutralizarlos. El positivismo jurídico y su transformación del

(22) El omnipotente decisor ya no se expresa en el absolutismo del Rey Sol, sino en la mayor totalización del Estado nacional de masas: Yo, el *Führer*, soy el pueblo alemán; y, mi voluntad, la suya y la tuya.

(23) SCHMITT (2008a): 60. Y, no obstante, conviene recordar la advertencia de Schmitt sobre la tiranía de unos valores que necesitan ser establecidos e impuestos: «Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer. Quien dice que valen, sin que nadie los haga valer, quiere engañar» SCHMITT (2010): 40. Aunque mejor alertar, ante la renovada fascinación por Schmitt, contra sus propias mentiras, vid., ROBBINS (2011): 119; SHAPIRO (2010).

derecho en mera legalidad –ciega de sustancia y valores– significa describir lo jurídico desde la imposición efectiva. Así la legalidad pudo convertirse en un instrumento tácito para, desde el procedimiento, subvertir el sistema. Cuando se pierde la fe en todo valor y se define el derecho desde la forma y la eficacia, la propia ordenación impuesta se convierte en la fuente de validez del derecho positivo (24).

La respuesta de Schmitt, en 1949, al por qué la burocracia alemana había seguido en masa a Hitler describe la forma positivista de resolver *el problema de la legalidad* a partir de un aparato estatal que funciona eficazmente (25). La visión procedimental de la democracia y el concepto relativo de Constitución, propios del período formalista de Weimar, permitían a cualquier ideología militante acceder al poder y consolidar su propio régimen desde la misma legalidad constitucional (26). De ahí la profecía final de *Legalität und Legitimität* (1932): cuando la ficción normativista de una unidad meramente procedimental se convierte en herramienta técnico-funcionalista «ni la legalidad parlamentaria, ni la legitimidad plebiscitaria, (...) puede sobrevivir». O se opta por un orden sustantivo o nos vemos atrapados en una neutralidad funcionalista sin axiología. La contradicción entre la primera y la segunda parte de la *Constitución de Weimar* demora la respuesta: o se mantiene la decisión constituyente del concepto ontológico-positivo o se cae en «las ficciones de un funcionalismo mayoritario, que permanece neutral ante los valores y ante la verdad» (27).

La antinomia entre los dos principios entrelazados de la forma política desencadena la perfidia de la democracia schmittiana: lo que nace como identidad precisa siempre de la representación, para que lo inmanente, pero ausente, se torne presente, público y personificado. Los Estados del siglo XX, con su complejidad y tamaño, nunca podrán plasmar una democracia idealizada. Pero

(24) SCHWAB (1989): 66-67, DYZENHAUS (1997): 78-79, SEITZER y THORNHILL (2008): 42-43, PATRICI (2009): 298.

(25) SCHMITT (1971): 157-171. La crítica a la «confusión babélica» de Kelsen, en palabras de Schmitt, parecen hacer culpable al positivista de todos los males, *ibidem*: 164.

(26) SCHWAB (2007): 13-14.

(27) «Ficción de la igualdad de *chance* para todos, sin distinción de capacidad, de objetivo y de tendencia», SCHMITT (1971): 152-154. La conjunción de Weimar entre *elemento jurídico* (*bürgerlicher Rechtsstaat* como salvaguarda de derechos liberales, distribución de poderes y representación parlamentaria) y *elemento político* (soberanía del pueblo y democracia nacional) se convierte en el *compromiso dilatorio* más peligroso inserto en la Constitución; una decisión no tomada que oscila hacia la corrupción formal de lo jurídico (funcionalismo constitucional con la identificación entre el procedimiento de reforma y el objeto sustantivo a reformar) o, peor aún, hacia la impostura en lo político (usurpación del poder por su concentración en el representante popular).

la carencia de legitimidad por la ausencia de identidad real entre gobernantes y gobernados no se puede soslayar con la representación más absoluta. Se podrá falsear, pero la ficción será devastadora. Al final, lo político en Schmitt se reduce a una farsa: el monopolio de la decisión no lo tiene el titular de la soberanía –en democracia el pueblo, transformado en nación, pero, no obstante, ente inorgánico– sino su(s) representante(s) a través de la realización fáctica de una identidad imposible (28). El juego macabro identidad *con* representación tiene su *solución final* en un nosotros frente a ellos que siempre será delimitado por el representante supremo. De ahí nuestra repulsa a una definición de la democracia que, con Kelsen, aprendimos a combatir y vencer (29).

III. KELSEN Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL PARLAMENTARISMO EN DEMOCRACIA

La identificación kelseniana entre *Estado y Derecho*, como *orden de auto-reproducción normativa*, pretendía definir lo jurídico, independientemente de las contingencias de tiempo y lugar, evitando toda contaminación externa al derecho positivo. Contra la idea schmittiana de la homogeneidad nacional en su delirio de unidad política, viva y volitiva, Kelsen reiteró que la población de un Estado, al igual que el resto de sus elementos, solo puede

(28) Las contraposiciones amigo y enemigo, decisión soberana y discusión eterna, en fin, normativismo frente a órdenes concretos, tenían en el Estado la forma unificada que define lo político, SCHMITT: (2004): 93. Pero, tras la derrota nazi, el Estado nacionalizado ha dejado de ser el centro de su inspiración jurídica al perder el monopolio de la decisión política. De ahí la necesidad de descubrir, desde la unificación económica mundial, las formas de reproducción del derecho en el nuevo *nomos de la Tierra*, (1995): 573-591 y (1989); vid., HOOKER (2009): 195-202 y SANZ MORENO (2002): 370-386. Además, cabe recordar que, en el último Schmitt, todo la observación del derecho y la política, férreamente estatal como teología secularizada, acaba relegada: «la desteologización implica una despolitización en el sentido de que el mundo ha dejado de ser «politomorfo». Esto pone fin, de igual manera a la distinción entre amigo y enemigo como criterio fundamental de lo político», SCHMITT (2010): 76-77.

(29) En la polémica doctrinal Schmitt se muestra como el *decisionista* que expone, sin clemencia, el auténtico enemigo a batir: ya no el parlamentarismo liberal, sino el funcionalismo positivista y, en particular, la obra de su reverso académico e ideológico. La doctrina schmittiana, profundamente antiliberal, se traduce en órdago al positivismo, desprecio a Kelsen, y, según GROSS (2007): 226, 229, 232-233, en antisemitismo. Frente al síndrome de Estocolmo en el intento exculpatorio por las obras más execrables –BENDERSKY (1983): 282; SCHWAB (1989): 138–, la naturaleza maniquea de su concepción política ya auguraba grandes males, y peores remedios, ante cualquier enemigo de la homogeneidad nacional, vid., DYZENHAUS (1997): 98-101. Por tanto, no es imprescindible acudir al periodo nazi –SCHMITT (1936)–, incluso su pensamiento en Weimar nos permite pronosticar la deriva posterior.

entenderse como esfera de validez (personal) de un orden jurídico y, por ello, cualquier tentativa de unificación y pertenencia colectiva distinta de la proporcionada por el derecho trasciende nuestro objeto de estudio. Y, sin embargo, en su observación de la unidad del ordenamiento jurídico como construcción del *deber ser* separada de lo político, precisaría otro presupuesto tan pensado como imposible de verificar: la razón última de la validez del derecho en la teoría de la *Grundnorm*.

La pluralidad de mandatos coercitivos, efectivos en términos generales, se presentarán *como si* fueran ordenamiento válido de obligado cumplimiento, describiendo el salto interpretativo de lo subjetivo (coacción personal) a lo objetivo (prescripción obedecible). El concepto de Constitución queda dividido en dos: el uno, lógico-formal (norma hipotética o ficción del pensamiento); el otro, jurídico-positivo (forma de elaboración normativa a respetar). El contenido del orden estatal se independiza completamente de la *Norma Fundante* como presupuesto para la validación objetiva del derecho positivo y, así, la fundamentación jurídica de todo orden coercitivo efectivo renuncia a cualquier justificación política o ética (30).

Por eso, en la terminología de Schmitt, también la Constitución kelseniana tiene un sentido absoluto, pero, ahora, no real sino meramente pensado y, por ello, falso. El ataque no pudo ser más lacerante y, sin embargo, la descripción del modelo de Kelsen como producto final del Estado burgués de Derecho es tan despectiva como equivocada. Tanto el uno como el otro son herederos de la misma forma de Estado, pero ninguno sigue su modelo ideal; y, no obstante, continúan anclados al *Estado parlamentario liberal* para hallar respuestas ante el problema común de su transformación democrática. Pero en algo acertaba Schmitt: el liberalismo, con su fe en la razón y su búsqueda de la verdad desde los presupuestos *iusnaturalistas* (derechos inalienables, libertad personal y propiedad privada), ya no es capaz de definir ninguna ley, válida y justa. El posterior relativismo formal y su confusión entre procedimiento y norma resolvieron los desperfectos en una situación

(30) KELSEN (1970): 194-202, 217, 287. El rechazo del sincretismo metodológico heredado de Jellinek se convierte en una descripción del derecho, neutra axiológicamente, que se empeña en la independencia de la ciencia jurídica, VON BERNSTORFF (2010): 44-50. Pero Kelsen, con su relativismo frente a la religión, la ética y libre de ideologías, al revisar la teoría de las dos caras y de la auto-obligación del Estado por el derecho (*Selbstverpflichtung*) abandona el *Rechtsstaat* sustantivo y, con ello, nos arrastra al abismo de una forma vacía de toda justificación política. El pleonasma del término Estado de Derecho solo se supera si restringimos su uso a una forma material de Estado/gobierno, definida democráticamente y que busca la seguridad jurídica; pero sería caer en lo metajurídico, algo a evitar por el Kelsen de la pureza –(1970): 285, 312-313, 319– y que, no obstante y según nuestra propuesta, deberíamos rechazar.

de normalidad, pero, ante la crisis y la excepción, sonaron las alarmas. Y aquí Kelsen también fracasó al presentarse con su traje de científico del derecho que observa todo conjunto de mandatos, coercitivos y eficaces, como unidad jurídica obligatoria. Para poner fin a la cadena de unas normas que se fundamentan en otras, la *Grundnorm* fue la suposición que permitía cerrar el análisis del derecho como sistema unitario, coherente y pleno. Desde un punto de vista meramente interno, la validez proviene de la eficacia, pero como se tiene que diferenciar de esa condición necesaria y no suficiente, debe fundamentarse en la *Norma Base* como punto final de la imputación normativa (31).

La resolución del problema de la soberanía, al estar apegada a su propia metodología, negó todo valor a un concepto que debería reconducirse desde la legalidad (identificada con la legitimidad) del sistema jurídico positivo. Dejando a un lado su monismo doctrinal de inserción de los órdenes estatales dentro de la primacía del derecho internacional (32), la soberanía se define

(31) A pesar del reproche schmittiano, no hay ninguna tautología en la teoría pura, SCHMITT (2008b): 63-64. Contrario a la totalización volitiva de lo jurídico desde el ser político, Kelsen reclama su objetivación con la definición del derecho como «técnica social específica» en el deber ser. La separación entre el mundo del ser y del deber (*sein y sollen*) y su opción decidida por un derecho insertado en el segundo marcarán tanto la grandeza de su obra como el reconocimiento final de sus fallos, SANZ MORENO (2009). La causalidad de las ciencias naturales se transforma en principio de imputación y, aquí, frente a la cadena infinita causa-efecto, se necesita cerrar el conjunto de relaciones jurídicas, en cuanto derechos y obligaciones determinados normativamente, desde la fundamentación de una norma inferior en otra norma superior, hasta llegar a la *Grundnorm* (Norma última, pero, al tiempo, fundamento del sistema como conjunto integrado de normas supra y sub-ordenadas). El cambio de la naturaleza de la *Norma Fundante*, de hipótesis lógica a falsa ficción (contradictoria con la realidad y consigo misma), oculta infructuosamente su huída hacia lo volitivo.

(32) La posición de Kelsen respecto a un derecho internacional, que con los ordenes estatales constituiría un todo jurídico unitario, nos confirma la ingenuidad de hablar de *Estado soberano* cuando éste, como miembro de la comunidad internacional, se encuentra obligado por su ordenación y, por tanto, no puede llamarse *absoluto e independiente*, al perder la soberanía su sentido original como autoridad suprema, KELSEN (2008): 156; TREVIÑO (2007): XXIX. El carácter descentralizado del derecho internacional, con su sistema de sanciones no concentrado, no significa que la tendencia no sea hacia una mayor centralización y autoridad en manos de la ordenación global, KELSEN (1948). Por ello sorprende su indiferencia científica ante la elección entre las dos teorías monistas (primacía del derecho estatal o del internacional), como contraste filosófico igualmente injustificado entre el solipsismo subjetivista de la soberanía de los Estados y el universo objetivista de su subordinación efectiva al derecho internacional, KELSEN (1970): 347. Y aquí tenemos el mejor ejemplo de los riesgos de la equidistancia: la elaboración de una teoría del derecho purificada de toda ideología política es tan quimérica como la pretensión de las ciencias sociales de homologarse metodológicamente a las naturales. Tenía cierta razón Schmitt en su consideración de la *Reine Rechtslehre* como culminación de un positivismo autodestructivo, aunque, por si acaso, también él contribuirá

no sobre *quién* detenta el poder (titular), ni *cuándo* (situación excepcional), sino como expresión de supremacía de un orden estatal frente al resto; y, por ello, en la propia descripción de validez que proporcionaba la *Grundnorm*. A las críticas que siempre recibió esta fundamentación de chistera mágica se ha unido el derrumbe del derecho como orden escalonado de normas monopolizado estatalmente, y, a pesar de ello, bajo sus escombros renace con más fuerza el Kelsen de la reconstrucción del parlamentarismo en democracia.

La idea original de la democracia, tanto en Schmitt como en Kelsen, descansaba en la identificación entre gobernantes y gobernados, sujeto y objeto del poder, en fin, gobierno del pueblo y por el pueblo. Pero, tras esta aproximación vienen las grandes distancias. Para Kelsen el pueblo no es ningún ser político existencial con voluntad propia (33), sino siempre *objeto* de derecho (conjunto de individuos cuyo comportamiento es regulado por el orden estatal) y, en ocasiones, *sujeto* que lo produce (en democracia, los ciudadanos, titulares de derechos políticos, que los ejercen). Hablar de la autodeterminación colectiva de un sujeto político que se sustancia en la igualdad sustancial de sus miembros no nos describe ninguna forma de Estado. El valor de la democracia no lo proporciona la identidad nacional y su igualdad ciudadana de amigos frente a enemigos, sino la libertad individual y, con ello, la posibilidad del incremento de la participación política en la construcción de un orden estatal que siempre será coactivo y restrictivo (34). La libertad natural, concebida como obediencia a nuestra propia voluntad, es tan ideal

a su defenestración: cuando fracasa la fe en el *iusnaturalismo*, ni sirve la salida del positivismo formal (concepto relativo de Constitución como exaltación del mero procedimiento), ni la respuesta de Kelsen y su distinción estricta entre derecho y política (concepto absoluto desde el vacío de la *Grundnorm*). La pureza metodológica de la separación entre dos mundos provoca la segmentación entre el ser natural y el social, el uno sin libre albedrío frente al otro dominado por la imputación normativa; pero el ser humano es tal en sociedad y, por ello, en parte predeterminado biológicamente y, en parte, constreñido normativamente, pero también, en menor o mayor medida, libre.

(33) Un ejemplo: «We the people of the United States [...] as a legal entity, was first constituted by the Constitution» KELSEN (1951): 7. El pueblo de un Estado se define como la esfera personal de validez de su orden jurídico –KELSEN (2008): 227– y, por tanto, la existencia estatal vendrá determinada por la conjunción de sus elementos desde el derecho internacional, 258.

(34) Desde sus orígenes griegos, la esencia de la democracia siempre fue la participación de los gobernados en el gobierno y, por ello, enlaza con al principio de libertad entendido como autodeterminación política, pero no desde el ente colectivo que llamamos pueblo, sino a partir de la propia soberanía del individuo, KELSEN (1970): 335. La prelación de la democracia sobre cualquier otra forma política se sustenta en que el gobierno del pueblo se supone que debe ser un gobierno para el pueblo, aunque al definir cuáles sean los intereses del pueblo ya aparecen las diferencias, (1955): 2.

como anárquica. Toda ordenación social, incluso democrática, precisa efectividad y coacción. Por eso el conflicto entre libertad individual (natural) y libertad social (estatal) no tiene solución definitiva. Solo la validez objetiva del ordenamiento jurídico permite la mutación de la libertad con una forma democrática en la que los sujetos sometidos al orden coercitivo participan en su conformación y desarrollo (35).

La libertad, en democracia, necesita de la igualdad: si *todos somos iguales*, a pesar de las diferencias, es por la igualación de voluntades en la aplicación del principio de mayoría. Pero si la definición democrática viene determinada por la participación de los sometidos a un orden, siempre coercitivo, se podría separar la democracia del liberalismo e incluso realizar la primera al tiempo que muere la libertad individual (36). Y, no obstante, Kelsen acabará admitiendo que la esencia de la democracia moderna no puede dissociarse del liberalismo político y, por tanto, de la protección jurídica de los derechos fundamentales y sus libertades. De ahí su rechazo al lenguaje democrático de las nuevas dictadoras y, en particular, su denuncia como autocracia moderna de todo sistema unipartidista (37). La libertad, en democracia, tendrá dos vertientes: de un lado, el procedimiento de participación ciudadana en la creación y aplicación de un orden coercitivo que distingue entre gobernados y gobernantes (sentido positivo de la libertad política desde la autodeterminación); de otro, su significado material frente al gobierno y su coacción,

(35) KELSEN (1955): 20-24. El dualismo naturaleza y sociedad, como enfoque hermenéutico para entender la metamorfosis de la libertad, proviene de la artificiosa distinción entre dos mundos separados. Así, frente a la validez aséptica de la *Grundnorm*, cuando la justificación del derecho positivo anhela el reconocimiento de los individuos sometidos a su coacción, el ideal de la libertad, como autodeterminación humana, se coloca como nuevo presupuesto fundamentador, KELSEN (1970): nota 83, 218, 279.

(36) Por eso cabía hablar de diferencia, incluso antagonismo, entre democracia y liberalismo, KELSEN (1955): 3. La mayor o menor participación de los sometidos a un orden coercitivo en su regulación (autonomía/heteronomía) y la delimitación, en más o en menos, del ámbito material de ese mismo orden (liberalismo/totalitarismo) son parámetros separados que, sin embargo, no mitigan la necesidad, en democracia, de una delimitación del poder.

(37) El insuperable dualismo entre realidad y valor, entre ser y deber, que Kelsen criticó como antinomia interpretativa que incapacitaba al método dialéctico, tanto de Hegel como de Marx, permite al jurista de la pureza rechazar a ambos por trasladar sus meros postulados políticos, basados en un juicio subjetivo de valor, a una evolución objetivada de la realidad que, en cuanto progresiva plasmación de la razón conllevaría la dominación mundial por la nación alemana (Hegel), o, por el contrario, y como resultado inevitable de la marcha de la historia, significaría la libertad social en un mundo comunista (Marx), KELSEN (1949): 18-19. Y, sin embargo, el propio Kelsen quedó atrapado a una metodología tan dualista que impide al científico jurídico proponer un mundo mejor y valorar el existente: la mera descripción de la realidad le impediría unificar derecho y política, la objetividad de un orden jurídico obligatorio con la subjetividad valorativa de su legitimidad democrática.

garantizada por las libertades y derechos humanos que se protegen en una Constitución con límites al poder político (sentido negativo o «intelectual freedom»)(38).

Por tanto, aunque se pueda seguir hablando de autodeterminación, la metamorfosis se ha consumado: no sirve individualmente (el hombre no obedece a su propia voluntad sino a la regla democrática de la mayoría), ni tampoco su proyección colectiva (ficción de las decisiones de los representantes como voluntad popular). La distancia entre voluntad individual y orden estatal no puede saldarse con la soberanía de la voluntad popular. La democracia minimiza el salto pero la búsqueda de una voluntad colectiva, objetivada como estatal, siempre será una visión trascendente que oculta la realidad de unos pocos gobernando a todos: la personificación del Estado por los representantes que dicen expresar la voluntad de su pueblo (39). La *volunté générale* de Rousseau, independiente de la voluntad de los individuos, augura toda su frustración en forma de antinomia. La ficción del contrato social se vuelve no ya contradictoria con la realidad, sino con su propia concepción ideológica cuando, a pesar de ser el resultado de la subjetiva *volunté des tous*, pretende fundamentar un sistema basado en una voluntad general (objetivada) que nos forzará a ser «libres» (40). La libertad del individuo es reemplazada por la voluntad estatal: el voto de la mayoría presentado como decisión de toda la comunidad, y para ocultar una metamorfosis, tan kafia-

(38) Así, para que un Estado sea democrático no es suficiente la participación ciudadana—directa o indirectamente— en la formación de la voluntad estatal: también debemos añadir una Constitución que garantice ciertas libertades, KELSEN (1949): 6-8. La idea, tan arraigada en la democracia, del poder ilimitado se enfrenta a su restricción a favor de la libertad en el liberalismo. La democracia de Kelsen, al partir de la *idea de libertad (positiva*, como participación en el gobierno de todos los ciudadanos, pero también *negativa*, como reconocimiento de libertades esenciales, entre las que se destaca la libertad de partidos políticos), tiene que realizar, al menos, una concesión cualitativa al contenido y deviene en democracia material. La conversión de la libertad natural (ausencia de gobierno, con la autodeterminación volitiva del individuo) en libertad social (presencia de gobierno, pero participación democrática) se reformula como la restricción del liberalismo al ejercicio del poder, KELSEN (1955): 27-28, 73-75, 83. Vid., BERLIN (1969): 130.

(39) KELSEN (1970): 299-302. La ficción de la identidad de voluntad entre representantes y representados se torna aún más palmaria cuando el mandato libre e independiente hace imposible otro cauce de expresión de la voluntad popular que la manifestada por el parlamento.

(40) KELSEN (2008): 153, BERLIN (1969): 164-165. El orden social no es resultado de ningún contrato, sino de la fuerza o la costumbre. No precisa consentimiento individual: el mismo nacimiento humano determina la sujeción. Por otro lado, la falsedad de la libertad e igualdad natural de los individuos que presupone el contrato social se traslada al principio de *pacta sunt servanda* con la ficción internacional de la soberanía estatal, KELSEN (2008): 315-317.

na, se habla de soberanía del pueblo. Pero la distancia entre el contenido impuesto por un orden jurídico y la voluntad de los individuos sometidos a sus prescripciones no puede soslayarse ni en la democracia directa más perfecta: siempre subsistirá la separación entre gobernantes y gobernados, a pesar de la supuesta identificación. Peor aún, el Estado moderno, si quiere llamarse democrático, solo puede serlo indirectamente, es decir, a partir de la elección de un órgano, encargado de formular parte de la voluntad estatal, mediante sufragio universal, igual, libre y secreto. Así, pues, la lucha contra la autocracia y por una nueva legitimidad lo fue también por el modelo parlamentario. El final de la Monarquía absoluta y de los privilegios estamentales permitió establecer un modelo de representación parlamentaria como cauce posible para plasmar la reivindicación democrática.

De ahí que, a pesar de los ataques a derecha e izquierda, incluso de las tantas veces fundadas denuncias por los privilegios y excesos de los electos, la supervivencia de la democracia dependerá de su unión con el parlamentarismo. La constatación de la ficción de la representación, tan conocida como obviada, recobra toda su certeza. Si la representación política nos informa de algo es la existencia de dos voluntades. Y justamente eso es lo que no vemos por ningún sitio: al contrario, se torna evidente la contradicción entre la literalidad del precepto constitucional y la práctica partidista. Las Constituciones, al prohibir expresamente toda vinculación formal del representante con las instrucciones de sus electores, al suprimir el mandato imperativo del modelo estamental e introducir el libre mandato, hacen de la independencia jurídica de las decisiones parlamentarias su razón de ser, pero, con ello, «pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)» (41). La independencia del representante, a pesar de las ventajas de la profesionalización moderna de la política, supone una flagrante desviación del ideario democrático de la soberanía popular. El parlamento, al aferrarse a dicho dogma, convierte la teoría de la representación en una falsedad clamorosa: la voluntad del Parlamento no es la voluntad del Pueblo y nunca podrá serlo.

Si Schmitt nos engañaba con la salida dictatorial a la relación de la identidad con la representación, Kelsen fue tan coherente como para desvincular parlamento y voluntad popular y, sin embargo, unir la salvaguarda de la democracia al sistema parlamentario (42). Ya no se puede disimular la inde-

(41) KELSEN (2002): 512-513. La voluntad del pueblo no es más que una expresión retórica que no puede esconder la realidad de una voluntad meramente individual con mecanismos para su adjudicación colectiva, KELSEN (1955): 2.

(42) En *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), Kelsen recoge sus propuestas más alabadas para la reconstrucción del parlamentarismo democrático: incremento del uso del re-

pendencia del Parlamento respecto de sus representados diciendo que cada diputado es representante del pueblo entero, porque una cosa es que el pueblo elija a un órgano colegiado de manera democrática –sufragio universal e igual– y otra bien distinta fingir que la voluntad de unos es la de todos (43). Si en las democracias representativas el pueblo solo puede manifestar su voluntad a través del parlamento habrá que asumir que no existe más voluntad que la voluntad parlamentaria; el pueblo se convierte en mero cuerpo electoral que únicamente es responsable de su decisión en las elecciones. La supuesta independencia de los representantes se torna en estricta dependencia, pero no de sus electores, sino del propio partido al que pertenecen (44).

Clarificada la distancia entre la voluntad del parlamento y la voluntad popular, Kelsen asume como principio decisor el juego de mayorías, pero también aquí las minorías tienen sus derechos. La denuncia de la tiranía de la mayoría significa su adhesión al compromiso mayoría-minoría (45). Así ejercitada la mejor plasmación de la democracia sería aquella en la que el pueblo fuera definido, más allá de su objetivación jurídica, a partir del incremento de los que participan activamente en la configuración de una comunidad de derecho. La democracia puede que no consiga el gobierno más efectivo, pero

feréndum; mayor proporcionalidad del sistema electoral; técnica de iniciativa legislativa popular; responsabilidad y control de los parlamentarios en un Estado de partidos consecuente con su constitucionalización; supresión o restricción de los privilegios de los electos; e, incluso, posibilidad de instrumentalización de un parlamento técnico de acuerdo al peso electoral de cada partido, KELSEN (2009): 113-127. Y, más tarde, frente a la visión de la democracia como «competitive struggle for the people's vote» –SCHUMPETER (1942): 269– repudia este «government established by competition» y reafirma que la esencia de la democracia no tiene nada que ver con la eficacia, ni con la mejora de la gobernabilidad, pero ya que el pueblo no puede realizar su gobierno directamente que, al menos, se aproxime al ideal de la autodeterminación en una democracia parlamentaria, (1955): 84-85, nota 18, 101.

(43) Aquí cabe recordar el artículo 21.3 de la *Declaración Universal de Derechos*: «la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público», una voluntad que se reconduce a su expresión «mediante elecciones auténticas...».

(44) La comprensión de Kelsen de los partidos como agrupaciones de electores e instrumentos básicos en la formación de la voluntad estatal a través del proceso electoral no puede olvidar la oligarquía organizativa que se instaura en su seno. Frente a la concepción de Triepel, que seguía aferrado a una anacrónica visión extraconstitucional, Kelsen enlazó de tal manera la democracia moderna con el *Estado de partidos* como para considerar irrealizable la una sin los otros y, sin embargo, también fue consciente de la deriva autoritaria teorizada por Robert Michels, KELSEN (2009).

(45) El principio de mayoría para que no entre en contradicción con la democracia no puede ser dominación absoluta, ni siquiera de la mayoría o su dictadura sobre la minoría, sino siempre transacción, KELSEN (2007): 287. De ahí su enfrentamiento, cuando el fascismo italiano y el nazismo alemán han sido derrotados, con otro enemigo para Kelsen aún más peligroso: la dictadura del proletario y su distorsión de la democracia (1955): 68-70.

asegura una dominación que garantiza la mayor libertad individual con la mejor igualdad en la participación política de todos los sujetos a un orden social siempre coercitivo.

La democracia, como técnica para la creación y aplicación del orden social por aquellos sometidos a ese mismo orden, reivindica la libertad que empieza con la propia autodeterminación de estos mismos individuos, aunque se convierta en algo bien distinto en su proyección colectiva. Por tanto, en el antagonismo de toda ordenación jurídica entre libertad y coacción, cuando se rechaza la existencia de un sujeto político colectivo con voluntad unívoca y se torna evidente la ficción de la identidad pueblo-parlamento, la autodeterminación popular se convierte en legitimación democrática del Estado (46).

IV. LOS MISMOS PROBLEMAS, SOLUCIONES ANTINÓMICAS: CONCLUSIONES PARA UNA DEMOCRACIA INTANGIBLE

Ante los choques de legitimidades en la sociedad de masas nuestros protagonistas adelantaron respuestas tan dispares como lo fueron sus presupuestos de partida. Las identificaciones formuladas definieron el derecho exacerbando el ser volitivo y su conversión colectiva (igualación del Estado y la Constitución con la *unidad política* en Schmitt), o circunscritas al deber ser de las normas como integración en un ordenamiento objetivo y válido (superación del dualismo Estado-Derecho con la *unidad jurídica* de Kelsen). Pero mantener la soberanía como poder total, no sujeto a ningún límite, es desconocer no solo el fundamento de toda Constitución democrática, sino también las dependencias derivadas de la inmersión estatal en la ordenación internacional (47). Y, no obstante, tampoco sirve de nada reducir lo jurídico a mera construcción pensada, desvinculada de la justicia: el derecho, además de conjunto de *normas*, es producto de *decisiones* en su relación sistémica

(46) KELSEN (1955): 31-32 y (1952): 5. Así, frente al *iusnaturalismo* que crítica del artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos* y su «todos los seres humanos nacen libres e iguales», la cuestión no estriba en cómo nacen los hombres, sino cómo son tratados por el derecho, (1951): 41, 51-52. El elemento político de un Estado consiste precisamente en el carácter coercitivo de su ordenación –KELSEN (2008): 97–, de ahí que sea en relación con la libertad de los individuos sometidos a sus prescripciones (unidad socio-jurídica como sujeción al mismo orden legal) donde deba establecerse la graduación democrática.

(47) Ya en los años 20 Alfred Verdross había enfatizado que la soberanía estatal significa dependencia del derecho internacional, es decir, la no subordinación a otros Estados implica, no obstante, sujeción a la ordenación internacional, PETERS (2009): 184-185. Siguiendo esta senda, el constitucionalismo global de hoy renuncia al concepto de soberanía estatal como fundamento del derecho y abraza la idea de la humanidad, *ibidem* 155-158.

con las *instituciones*. No tiene sentido sublimar la excepción del soberano en ejercicio, ni menos aún su teórica titularidad en una nación como sujeto político con voluntad propia, pero describir asépticamente la normatividad de cualquier orden –coercitivo e impuesto– quedó tan agotada en su propia justificación metodológica como deslegitimada históricamente por su pasividad valorativa (48).

El Estado, para traspasar la *Constitución absoluta* de Schmitt o su identificación con el *Derecho puro* de Kelsen, precisa resolver no solo la fundamentación democrática de su ordenación, sino sustanciar la delimitación, tanto interna como externa, de su poder. Si queremos mantener la idea de soberanía habrá que superar, internamente, la omnipotencia proyectada de Dios al pueblo, y, frente a la hipocresía de la independencia externa, constatar las sujeciones de todo poder público desde la dignidad humana, los derechos inviolables y la inserción del Estado en una ordenación superior que lo valida. La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, la primera ilimitada y absoluta, la segunda instrumental y definida, pierde su comprensión original y se convierte en una separación tan doctrinal como no verificable. En un Estado constitucional y democrático, a pesar de la retórica sobre quién detenta la titularidad del poder constituyente, todo poder esta ya constituido y solo puede realizarse a través de los cauces prefijados

(48) La validez última del derecho en la *Grundnorm* fue la mejor respuesta epistemológica desde las premisas científicas de partida (denuncia del sincretismo y separación radical entre mundos), pero ya es tiempo de repudiar una pureza que el propio Kelsen tuvo que rechazar al fundamentar el derecho en el mero acto de voluntad que lo crea, con su atajo final hacia un irracionalismo de ficción, SANZ (2009). Por eso debemos rescatar un análisis del ordenamiento jurídico que no reniega de la legitimación política del sistema. Ahora no nos interesa solo saber qué sea derecho, independientemente del lugar y momento, sino hallar la razón de ser de un ordenamiento jurídico en su fundamento democrático. Cuando se renuncia a una interpretación sustantiva cada sistema coercitivo efectivo puede ser interpretado como orden normativo objetivamente válido, pero de poco sirve una validez del derecho que se confunde con su mera imposición cuando no se integra con la legitimidad democrática que proporciona la ciudadanía a la que va dirigida. Parafraseando a Kelsen, podríamos afirmar que *todo Estado tiene su derecho*, pero llegar a decir que *todo Estado es de Derecho* nunca tuvo muchos adeptos: la neutra identificación Estado con Derecho y, desde aquí, la reiteración en el término Estado de Derecho describe formalmente como todo orden coercitivo efectivo usa el derecho en cuanto técnica prescriptiva, pero renuncia al contenido irrenunciable para que dicho concepto adquiera su valor. La unidad normativa proporcionada por la *Grundnorm* se agotó en sí misma y, aquí, Kelsen embarrancó; y, precisamente, nuestro punto de arranque parte no solo de sus fracasos (superación de la teoría de la *Norma Fundante* con la validez sustantiva del derecho en su legitimidad democrática), sino también de sus victorias (replanteamiento de la soberanía estatal, suprema e ilimitada, dentro de su dependencia a una ordenación internacional que delimita, de manera cada vez más desarrollada y vinculante, sus diferentes esferas de validez), KELSEN (2008): 110-113.

en la propia Constitución; un marco que aunque pudiera parecer únicamente procedimental también define los límites materiales mínimos que nunca podrán destruirse (49). La imagen de la naturaleza unitaria e indivisible de la voluntad popular se disuelve en los intereses contrapuestos y la pluralidad inherente a toda sociedad. Así Schmitt, cuando apeló a la homogeneidad nacional, como supresión de la diversidad y unificación política, ya era un clamor una sociedad cada vez más heterogénea. La teórica voluntad del pueblo se plasmaría en su conversión en sujeto pasivo a la espera del representante total que unifique el «nos» frente al «ellos». Por eso la ficción de la representación es indiscutible; y, sin embargo, Schmitt jugó no solo con esta falsedad sino con su mutación más perniciosa: la del propio *Estado*, de *Liberal* a *Total*. Cuando el dualismo burgués desaparece, el Estado renace de lo político como realización positiva de la democracia de identidad: la totalización estatal engulle a la sociedad y devora al individuo. El nuevo Saturno intervendrá en todos los ámbitos humanos a través de un representante que materializa, con su creación, la voluntad nacional/popular.

Desde esta perspectiva, la *polémica sobre el defensor de la Constitución* recobra más vigencia que nunca en nuestra búsqueda de las mejores conclusiones para una democracia que quiere no solo sobrevivir sino perfeccionarse. Según Schmitt, la defensa constitucional no tiene nada que ver con una situación de normalidad –para la que bastaría ceñirse al modelo judicial ordinario (los tribunales inaplicarían la ley siguiendo la estela de la justicia Norteamérica)–, sino con saber quién decide en el momento excepcional y si su decisión era una vuelta a la vieja normatividad o nacimiento de una diferente. Por tanto, dada la incapacidad volitiva del pueblo por su naturaleza inorgánica, habrá que descubrir a su(s) representante(s). El litigio constitucional se convierte en una decisión soberana, no tomada en el tiempo constituyente o que lo fue de manera apócrifa (que decidió no decidir), y solo el representante del soberano, el Presidente del *Reich*, podrá manifestar su voluntad. El Parlamento, cáscara vacía y heterogénea, ya no puede *presentar* ninguna unidad nacional, pero todavía quedaba el representante directo del pueblo alemán como un todo unitario: el elegido mediante plebiscito para plasmar su homogeneidad sustantiva como *pouvoir neutre* (Constant) por encima de los partidos y dique de contención frente a la pluralidad social. Del éxito presidencial en la resolución de este litigio dependerá la propia existencia del Estado alemán: o restablece la normalidad, como dictador comisionado para la defensa y continuidad constitucional; o la destruye y crea

(49) La distinción entre dos tipos de democracia –«a democracy with restricted, and a democracy with unrestricted power of government», KELSEN (1955): nota 14, 95– ha quedado obsoleta definitivamente.

una nueva, lo que de hecho sucedió, a pesar del pretendido respeto a la legalidad de Weimar (50).

Contra el abismo doctrinal e histórico al que nos somete Schmitt, la respuesta de Kelsen no pudo ser más certera: en el proceso de producción normativa, la misión de la Constitución siempre fue poner límites al ejercicio del poder. Por tanto ¿cómo se va a conceder a uno de los poderes estatales la facultad de determinar sus propios límites cuando sería el más propenso para quebrantarlos? Nadie debe ser árbitro de su propia contienda, pero, además, la separación entre aplicación (tribunales) y creación normativa (parlamento), que enunciara Schmitt, esconde la verdad cuando se conoce su falsedad. Por eso técnicamente será más adecuado colocar a un órgano no directamente envuelto en el ejercicio del poder político como responsable de la defensa constitucional. Desde la observación de la división de poderes como rémora histórica y la constatación de que todo órgano estatal participa de la misma triple función, de igual naturaleza cualitativa (aplicación e interpretación de normas y, desde ahí, creación de nuevo derecho) y diferencia meramente cuantitativa (mayor o menor discrecionalidad en la concreción normativa), Kelsen expone su fórmula magistral: la defensa a través de una jurisdicción *ad hoc* especializada en resolver la constitucionalidad de las leyes (51). Y para que este legislador

(50) SCHMITT (1985): 159. La soberanía, definida desde el sujeto que decide en el momento excepcional, pierde todo vínculo con la democracia, a pesar de su ropaje de identidad nacional. Por eso la conocida premonición del final de *Legalidad y legitimidad*: «rächt sich die Wahrheit» se vuelve contra su agorero. Como expresó ya en 1930 Hitler, si la Constitución solo prescribe métodos, pero queda vacía de objetivos, el camino del partido nacionalsocialista será también procedimental: el derrocamiento del orden democrático se haría desde la propia definición formal de la democracia. Las distinciones entre *dictadura comisarial* (acorde con una legalidad preexistente apoyada en el famoso artículo 48) y *dictadura soberana* (que quiebra la legalidad e impone una nueva), o entre reforma de la Constitución dentro de los poderes constituidos y soberanía absoluta como poder constituyente –SCHMITT (1989): 134-145–, aunque no nos descubren sus propias cartas, acabaron bañadas en sangre, DYZENHAUS (1997): 22-23, 41 y 75.

(51) KELSEN (2008): 303. La teoría del poder neutral de Constant le sirvió a Schmitt para ningunear el papel de la Corte instaurada por el artículo 19 en Weimar y colocar al Presidente como guardián de la Constitución. La separación entre *Política y Justicia* es tan ingenuamente positivista que debe considerarse un burdo ardid para desacreditar a su rival; bien sabía Schmitt que los jueces no solo aplican ley, sino que también creaban derecho. Y, sin embargo rechaza el Tribunal constitucional por separarse de su tarea judicial de aplicación legal al realizar también una función legislativa. Así se lo reprocha Kelsen: su *Tribunal ad hoc* es el paradigma de una nueva forma de observar la actuación estatal. Todos los órganos del Estado practicarán una *triple función*, de *aplicación e interpretación* (de la norma superior), pero también, de *creación* (de una nueva norma, inferior), aunque en el nivel normativo más alto se situarán los que, como el legislador, solo deben aplicar la Constitución y, por ello, son más libres en su creación normativa, KELSEN (1995): 5-33. La diferencia no es de naturaleza sino

negativo no se convierta en el verdadero soberano, la Constitución debe ser clara y técnicamente perfecta. Reducir el espacio de discrecionalidad del Tribunal Constitucional es lo que pediría Kelsen, pero su grito cayó en el olvido. Tras la Segunda Guerra Mundial, aunque se recoge su modelo de jurisdicción constitucional, las Constituciones incorporan conceptos demasiado abiertos o contradictorios, lo que significa, sin duda, una delegación a los propios magistrados del Constitucional para que delimiten las ambigüedades conscientemente insertas en el texto, en aras del mayor consenso(52). Con todo, un Tribunal especializado en resolver la constitucionalidad de las leyes es el mejor ejemplo del arrastre ideológico que supone seguir proclamando la separación de poderes en que se apoyaba el viejo dogma liberal. La ley, más que expresión de la voluntad popular, es producto del parlamento y, por ello, mera manifestación volitiva de una institución que toma sus decisiones por la regla de la mayoría. La función del Tribunal constitucional tampoco será únicamente jurisdiccional, sino auténtica labor política al crear derecho con su configuración de la voluntad estatal. Que tenga más o menos poder discrecional quedará su-

de grado: mayor libertad en los estratos más legislativos, menor en los más jurisdiccionales y administrativos. Por eso el *legislador* se divide: *positivo*, el tradicional Parlamento y el resto de órganos capaces de creación legal; y *negativo*, el Tribunal constitucional con su facultad de expulsar a las leyes contrarias a la Constitución, pero también *legislador positivo*, como intérprete supremo que puede determinar el sentido constitucional de la ley. La interpretación jurídica de toda autoridad estatal no busca el «verdadero» sentido del derecho: siempre será «law-creating act» KELSEN (1951): XIV-XV; HART (1978): 42. La distinción entre la *interpretación preceptiva*, como actuación volitiva que crea derecho (autoridades jurídicas), e *interpretación descriptiva*, como acto cognitivo de la doctrina científica, puso en evidencia, primero, la ficción tradicional de la respuesta correcta, cuyo objetivo político era mantener el ideal de la seguridad jurídica, KELSEN (1970): 355-356, y, al final, la propia imposibilidad de aplicar ni siquiera indirectamente los principios lógicos, de no contradicción e inferencia, en el derecho y, con ello, el desmoronamiento de la fundamentación de la validez del derecho desde una norma en otra hasta llegar a la falsa-ficción de la *Grundnorm* (1991): 395, 233, 254-256.

(52) Vid., DE VEGA (1983): 24. El modelo postbélico concede a los Tribunales constitucionales un plus de poder tan manifiesto como problemático que, además, no se reduce a las vaguedades insertas en la propia Constitución. Cuando el órgano creador de la norma es el intérprete supremo de la Constitución y su decisión no admite recursos, podemos encontrarnos con un auténtico hacedor de leyes o, al menos, con ese desplazamiento indeseable del poder desde el parlamento a un tribunal con mucha menor legitimidad democrática, TROPER (1999): 96-98. Más aún, en el caso español, la discutible superación jurisprudencial de la distinción entre preceptos reformables y contenido constitucional inmodificable, junto al miedo a la reforma y su dificultad procedimental, hacen asumir al Tribunal constitucional un papel tan exorbitante que, de defensor, puede pasar a realizar funciones constituyentes. La ordenación territorial del Estado, compromiso apócrifo de una decisión diferida, es el ejemplo más perturbador de los riesgos asumidos.

jeto al propio contenido recogido en el texto constitucional, pero, en cualquier caso, ya no vale apelar a una separación entre *Política* (creación de derecho) y *Justicia* (mera aplicación legal): el Tribunal Constitucional, como el resto de los órganos estatales, y de manera más acentuada, siempre aplicará derecho (en principio, la Constitución), lo interpretará e innovará el ordenamiento (en su particular misión al expulsar normas anteriormente válidas o delimitar positivamente la interpretación de la ley conforme a la Constitución).

La distancia entre las respuestas de Schmitt y Kelsen es de tal magnitud que ya no valen mediaciones para lograr un equilibrio tan falaz como peligroso. Hay que elegir irremediabilmente entre uno u otro: de un lado, la inmersión en la democracia de identidad con su presupuesta homogeneidad nacional y su respuesta soberana como conversión de la autodeterminación colectiva en la ficción de la forma representativa más absoluta; de otro, la reestructuración del modelo parlamentario desde la democracia pluralista de un Estado que debe incrementar la participación pública de todos los sometidos a sus prescripciones (53). Pero cuando ya nos habíamos decidido por Kelsen, nos dimos de bruces con el error de su descripción meramente procedimental de la democracia como forma de ordenación social. Para esquivar la insoportable separación entre Política y Derecho del científico de la pureza, Kelsen se ciñó el traje de pensador político, y, sin embargo, tampoco aquí su triunfo fue definitivo: la transacción entre mayoría y minoría solo será posible cuando se acepte que la democracia también se sustenta en valores. La visión formal del derecho y su identificación con el Estado contradice no solo su delimitación por el orden internacional, sino la propia esencia de una

(53) El funambulismo del constituyente español entre ambos –SCHMITT (Preámbulo, la Nación, como titular de la soberanía que proclama su voluntad de dotarse de una Constitución; artículo 2, el fundamento de la Constitución en esa Nación; artículo 1.2, combinación entre soberanía nacional y su titularidad en el pueblo español; artículo 66, mandato representativo liberal, tan utilizado por el alemán, precisamente, para eliminar la institución parlamentaria; o incluso el artículo 61 del juramento del Rey como guardián de la Constitución desde la función arbitral del artículo 56); KELSEN (artículo 1.1, democracia, libertad y pluralismo político; artículo 6, Estado de partidos políticos; artículo 9.2 y 23, participación política; sin olvidar el Título IX del Tribunal Constitucional)– se resuelve con una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que reniega de toda ontología nacional como soberano ilimitado y se actualiza desde un concepto normativo de Constitución como límite al poder incluso del constituyente democrático (artículos 9.1, 10 e interpretación contextual del artículo 168). Así, frente al poder absoluto del pueblo/nación, la dignidad y los derechos inviolables se configuran como el contenido valorativo que fundamenta el orden constitucional: su eliminación, más allá de la quiebra de la inmersión estatal en una ordenación internacional de protección de derechos (artículo 10.2), no solo supondría la destrucción de la Constitución, sino la desaparición del Estado democrático en una forma despótica desprovista del valor irrenunciable de la libertad humana.

democracia material. Cuando el derecho, sin apelación a su contenido valorativo, se concibe como técnica social específica, la democracia se convierte, a pesar de su búsqueda del compromiso, en una fórmula vacía que encierra la dictadura de la mayoría (54). Por tanto, y frente a la pretensión schmittiana de poner en práctica la irracionalidad del poder soberano y su teología política como actor indivisible y cuasi-divino, debemos continuar con la estela democrática de Kelsen, como forma, pero también como principios y valores irrenunciables (55). El dilema del Schmitt más embaucador ya se ha superado: no se trata de contraponer un concepto *real* de lo político (la decisión soberana y su distinción amigo/enemigo) frente al *no* Estado (el modelo liberal y su neutralización política), sino sucumbir ante la teología secularizada de una soberanía no sujeta a ningún límite, o reforzar una democracia con límites intangibles al poder que busca la mayor participación pública de todos los sujetos a su ordenación (56).

(54) KELSEN (1949): 48. Que la democracia sea, en primer lugar, forma de Estado, no puede significar que no debamos traspasar esa primera aproximación y definir su contenido específico. Tras el relativismo de Kelsen y su separación entre política y derecho sigue agazapada la Gorgona del poder que, en democracia, propone una comprensión meramente formal que apela a la visión teológica del pueblo todopoderoso. Pero la esencia de la democracia no puede reducirse a la asunción formal de procedimientos de participación ciudadana en los asuntos públicos. Nuestra renuncia a la fundamentación de la validez del ordenamiento estatal en la Constitución lógico-jurídica kelseniana perdería todo su sentido si no fuera unida a una concepción sustantiva de la democracia que, en cuanto tal, podrá ser de mínimos (valores y derechos irrenunciables para los individuos y su salvaguarda y, en su caso, restauración, por los poderes públicos) o de máximos (fines sociales a desarrollar en una sociedad democrática avanzada), pero que si pierde su justificación axiológica caerá, irremediamente, en una concepción ilimitada del poder. La *Norma Fundante* no tenía contenido alguno, era pura forma tan racional como para permitir la validación procedimental de todas y cada una de las normas y del propio orden jurídico como sistema integrado por ellas: el ordenamiento jurídico positivo se sustenta en un ropaje científico carente de cualquier significado material. Si la *Grundnorm* no puede garantizar la fundamentación del sistema y no queremos colocar a la propia Constitución jurídico-positiva en su lugar (ya que, salvo la apelación histórica, seguiría sin contestación de dónde procede su validez), la única respuesta vendrá dada por la actualización de la legitimidad democrática, tanto formal como sustantiva, del orden establecido.

(55) Si el positivismo kelseniano no ofrecía ningún asidero jurídico para resistir el advenimiento del nazismo, el existencialismo colectivista de Schmitt fue coadyuvante para su ascensión al poder. DYZENHAUS (1997): 5. Por ello cabe reivindicar el camino de Hermann Heller como antídoto contra la deriva dictatorial y, al mismo tiempo, contenido sustantivo frente a una construcción lógico-formal inerte. Ni norma sin poder, ni poder sin norma, sino vínculo entre deber y ser, normatividad y voluntad; en fin el poder y la decisión política con el derecho y sus normas, en su institucionalización, sustento democrático y actuación humana, HELLER (1998): 334-341.

(56) DERRIDA (1997): 162. El falso dilema entre democracia de identidad y democracia liberal que nos presentara Schmitt no puede soslayar su decisión final: el abrazo al dictador

La tensión en entreguerras del parlamentarismo con la democracia, entendida desde la igualdad nacional o desde la libertad individual, al final propició la victoria, con esta última, de valores universales. Pero, aunque aprendimos de las mentiras de Schmit, también fuimos conscientes de las equivocaciones de Kelsen. El primero quedó anulado por la derrama racista de sus respuestas políticas; el segundo, a pesar de sus empeños de reconstrucción, siguió demasiado tiempo apegado a un encorsetamiento metodológico que le hacía demorar toda fundamentación material de la democracia; y sin ideología y valores, con solo forma y procedimientos, podrá haber descripción positivista del derecho, pero nunca verdaderas respuestas democráticas. La democracia no se nos presenta como una simple forma de Estado, sino

más execrable, ROBBINS (2011): 120. Pero, al tiempo que matizamos la descripción formal de Kelsen, también cabe salvar, en parte, al Schmitt más respetable: el que gritó ¡socorro! ante de la debilidad de Weimar. Y, aquí, mencionaremos el concepto de «militant democracy» (wehrhafte Demokratie), que presentó LOEWENSTEIN (1937): 424, al argumentar que las democracias, cuando caen en puro «fundamentalism», «legalistic blindness» y «exaggerated formalism of the rule of law», son incapaces de defenderse contra sus enemigos; la democracia no puede separar su legitimidad material de la legalidad procedimental y quedar vacía, MÜLLER (2003): 66-67. Frente al positivismo procedimental, heredero de Laband, también Schmitt tuvo su mérito, con la contundente distinción entre *Verfassung* (Constitución) y *verfassungsgesetz* (ley constitucional) de influir, junto a Richard Thoma y Arnold Brecht, en la inserción en la *Ley Fundamental de Bonn* de una *cláusula de intangibilidad expresa* (artículo 79), SCHWARTZBERG (2007): 166, 169-176. Precisamente, la *Constitución alemana* recoge esta cláusula para romper con la concepción procedimental de Weimar como sustrato material que gobierna su democracia militante, SCHWAB (1989): 150. Por su parte, el modelo español, a pesar de la deuda contraída con el orden alemán, no establece ningún límite explícito a su reforma constitucional, tal y como se extrae de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (*STC 103/2008, 11 de Septiembre, FJ 2*) y, además, se declara como de «democracia no militante» (*STC 129/2009, 21 de Mayo, FJ 9*), validando una definición democrática meramente procedimental, tan neutra axiológicamente como inerte frente a la tiranía de las mayorías, SANZ MORENO (2012). Pero, aún con esta doctrina constitucional, el sistema democrático solo podrá salvaguardarse si al procedimiento que inserta se le adhiere un mínimo de contenido infranqueable; y, aquí, habrá que recoger, cuanto menos, el propio «fundamento del orden político y de la paz social» definido en el artículo 10.1, refrendado por una educación que tiene «por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (artículo 27.2), y coherente con la inserción del sistema constitucional en una ordenación internacional de protección de los derechos humanos (artículo 10.2). La propia doctrina de la *STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5)*, recordada en la más reciente *STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 13)*, ya nos aclaró que los derechos fundamentales, como patrimonio común de los ciudadanos, establecen «una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna»; lo que significa que el propio fundamento de la Constitución –la unidad de la Nación del artículo 2– se fundamenta en estos derechos y, por tanto, que siempre debemos interpretar la Constitución democrática respetando su contenido intangible.

como la única posibilidad de legitimar un sistema jurídico que, aún manteniendo la inevitable distinción entre los que mandan y los que obedecen, ya es lo suficientemente madura para repudiar su paradoja nacionalizada. La democracia ni se manifiesta como el enfrentamiento existencial con los enemigos de una homogeneidad nacional siempre manipulada, ni se diluye en la tiranía procedimental del mero recuento de votos.

Además, aunque habría que admitir, con Kelsen, que no es lo mismo *gobierno del pueblo* que *gobierno para el pueblo*, sin la unión de la participación ciudadana en los asuntos públicos con la búsqueda del bien común, la democracia abandona su esencia y, más pronto que tarde, podrá ser derrotada (57). Así, tras la Segunda Guerra Mundial, las técnicas del mal llamado *parlamentarismo racionalizado* no proporcionaron por sí solas una mayor estabilidad al sistema constitucional: fue el propio desarrollo de una cultura democrática la que consiguió reforzar la continuidad gubernamental en su protagonismo institucional. Tampoco las cláusulas de intangibilidad de determinados contenidos constitucionales salvaguardaron por sí mismas el orden democrático, aunque confirmaron la debilidad del parlamento al otorgar una mayor prelación no solo al propio gobierno, sino también a la jurisdicción, especialmente, la constitucional. Pero ante el riesgo de una traslación del ejercicio de la soberanía, (que se sabe) del pueblo al parlamento y (se oculta) de éste al Tribunal constitucional, no podemos olvidar que, independientemente del contenido de los preceptos, siempre interpretables, cuando la exégesis constitucional pudiera parecer extraña al sentir democrático, cabe acudir al proceso de reforma de la propia Constitución. La fuerza de la democracia para defenderse contra sus enemigos no depende exclusivamente de la existencia de límites, más o menos explícitos, prescritos constitucionalmen-

(57) KELSEN (1955): 2-3, 6. Aunque se pueda afirmar que hablar de «gobierno para el pueblo» es una fórmula vacía usada para justificar ideológicamente cualquier política, no podemos asumir su adscripción autocrática y de ahí concluir que esta cualidad no es elemento definitorio de la democracia. Más bien sería lo contrario, aún admitiendo el despotismo ilustrado de un gobierno para el pueblo, pero sin su participación política, lo que sería innegable es que la democracia del pueblo pierde su propio sentido si se vuelve contra los intereses de ese mismo pueblo. El error de Kelsen, al definir preferentemente la democracia como gobierno del pueblo, fue relegar a un segundo lugar tanto la propia esencia que su concepción tenía originalmente en la libertad individual como el fin último del gobierno para el pueblo. Pero la democracia, cuyo principio es la libertad individual, aunque se defina en su proyección colectiva como gobierno del pueblo, no puede olvidar sus fines. Principio, gobierno y fines van de la mano y se refuerzan mutuamente: la forma del gobierno del pueblo (elemento procedimental como ejercicio del poder) con el contenido del gobierno para el pueblo a partir del incremento de la libertad individual (elemento axiológico valorativo) desde una titularidad del poder que definitivamente tiene que renegar de toda omnipotencia volitiva no sujeta a ningún límite.

te, sino de la solidaridad y los valores colectivos en su proyección interna e internacional. No solo la dignidad humana y sus derechos inalienables, también la cultura y la educación democrática de la población, junto a la integración estatal en un orden universal de protección de derechos, refuerzan la definición sustancial del modelo en la superación de la dicotomía entre una soberanía popular omnipotente y el constitucionalismo como límite al poder (58).

En conclusión, la democracia, como vínculo de unión entre gobernantes y gobernados, presenta un doble sustrato sobre el que caben pocas componendas: por un lado, la igualdad sustancial y su autodeterminación colectiva, con Schmitt como abanderado de una *democracia de identidad* que, al final, acaba aclamando la representación del dictador más absoluto; por otro, la libertad de Kelsen y su metamorfosis en el incremento de la participación ciudadana en los asuntos públicos dentro de una *democracia constitucional y sustantiva* que, desde esa misma autodeterminación personal, nunca podrá sucumbir a la tiranía del mero procedimiento. Y aunque la elección sigue siendo nuestra, la historia europea ya nos enseñó, con sus errores y aciertos, algunas verdades y demasiadas venganzas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Benedict (1991): *Imagined Communities*, Verso, London-New York.
- BENDERSKY, J. W. (1983): *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Princeton.
- (1987): «Schmitt at Nuremberg», *Telos* 72.
- BERLIN, Isaiah (1969): «Two Concepts of Liberty», 1958, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, págs. 118-172.
- CROCKETT, C. (2011): *Radical political theology: religion and politics after liberalism*, Columbia University Press, New York.
- DERRIDA, J. (1997): *The Politics of Friendship*, Verso, New York.
- DYZENHAUS, D. (1997): *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford-New York, Oxford University Press.

(58) En el símbolo eterno del antagonismo entre *absolutismo* y *relativismo*, representado por la verdad divina de Cristo frente al escepticismo mostrado por Poncio Pilatos, ante el plebiscito lanzado por el procurador romano la respuesta de la masa condenando al «rey de los judíos» se convierte, desde esa verdad absoluta, en argumento contra la democracia; y, sin embargo, no podemos olvidar que «the slogan *vox populi vox dei* has never been taken too seriously» (1955): 30. Por tanto, ya que es humanamente imposible hallar una respuesta definitiva a la pregunta *¿qué es la verdad?* –KELSEN (2009): 230-231, (1945): 39–, aunque asumiéramos, siguiendo al Hobbes recordado por Schmitt, que *autoritas non veritas facit legem*, alguna luz habrá que dar a la legitimidad de todo gobierno que quiera llamarse democrático.

- GROSS, Raphael (2007): *Carl Schmitt and the Jews*, The University of Wisconsin Press, Madison.
- HART, H. L. A. (1978): *The Concept of Law*, 1961, Oxford University Press, Oxford.
- HELLER, Hermann (1998): *Teoría del Estado*, 1934, México, FCE.
- HOOVER, William (2009): *Carl Schmitt's International Thought. Order and Orientation*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.
- KAHN, Paul W. (2011): *Political theology: four new chapters on the concept of sovereignty*, Columbia University Press, New York.
- KELSEN, Hans (1948): *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge.
- (1949): *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles.
- (1951): *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons Limited, London.
- (1955): «Foundations of Democracy», *Ethics an International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, Volume LXVI, October, págs. 1-101.
- (1970): *The Pure Theory of Law*, 1960, University of California Press, Berkeley.
- (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 1931, Tecnos, Madrid.
- (1991): *General Theory of Norms*, 1979, Oxford University Press, New York.
- (2002): *Teoría General del Estado*, 1925, Comares, Granada.
- (2007): *General Theory of Law & State*, 1945, Transaction Publishers, New Brunswick-London, USA-UK.
- (2008): *Principles of International Law*, 1952, The Lawbook Exchange, New Jersey.
- (2009): *De la Esencia y Valor de la Democracia*, 1929, KRK Ediciones, Oviedo.
- KENNEDY, Ellen (2004): *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke U. Press, USA.
- LOEWENSTEIN, K. (1937): «Militant Democracy and Fundamental Rights I», en *American Political Science Review*, 31, págs. 417-432.
- MARDER, Michael (2010): *Groundless existence: the political ontology of Carl Schmitt*, Continuum, New York.
- MCCORMICK, John P. (1997): *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, Cambridge University Press, New York.
- MCCELLIGOTT, A. (2009): *Weimar Germany*, Oxford University Press, New York.
- MOUFFE, Chantal (1999): «Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy», en C. Mouffe, *The Challenge of Carl Schmitt*; Verso, London, 1999, págs. 38-52.
- MÜLLER, Jan-Werner (2003): *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Yale University Press, New Haven-London.
- NOACK, Paul (1993): *Carl Schmitt: eine biographie*, Propyläen Verlag, Frankfurt.
- PETERS, Anne (2009): «Membership in the Global Constitutional Community» y «Dual Democracy», en *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, págs. 153-262 y 263-341.
- ROBBINS, J. W. (2011): *Radical democracy and political theology*, Columbia U. Press, New York.
- SANZ MORENO, José Antonio (2002): *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Comares, Granada.
- (2009): «Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada», en *Política y Sociedad*, Vol. 46, N.º 3.
- (2012): «Democracia Finalista y Defensa de la Constitución Española», en *Revista de Derecho UNED*, N.º 10, pp., 611-631.
- SBAILÒ, C. (2007): *Weimar un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Città Aperta Edizioni, Troina.

- SCHMITT, Carl (1934): *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.
- (1935): *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung des politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg.
- (1936): «Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41, págs. 1193-1199.
- (1971): *Legalität and Legitimität*, 1932, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, versión en español, *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, Madrid.
- (1982): *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symboles*, 1938, Hohenheim, Cologne.
- (1985): *Der Hüter der Verfassung*, 1931, Duncker & Humblot, Berlín.
- (1989a): *Die Diktatur*, 1922, Duncker & Humblot, Berlín.
- (1989b): *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950, Auflage, Berlín.
- (1990): *Politische Theologie*, 1922, Duncker & Humblot, Berlín.
- (1991): *Glossarium: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Duncker & Humblot, Berlín.
- (1995): *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, Berlín.
- (1999): «Staatsethik und pluralistischer Staat», 1930, versión en inglés, «Ethic of State and Pluralistic State», en C. Mouffe, *The Challenge of Carl Schmitt*, págs. 195-208.
- (2002): *Ex Captivitate Salus*, 1950, Duncker & Humblot, Berlín.
- (2004): *The Theory of the Partisan. A Commentary Remark on the Concept of the Political*, 1963, Michigan State University Press, Michigan.
- (2007): *Der Begriff des Politischen*, 1931, Duncker & Humblot, Berlín, 1987, versión en inglés, *The Concept of the Political*, 1932, University of Chicago Press, Chicago.
- (2008a): *Die geistesgeschichtliche Lage des Heutigen Parlamentarismus*, 1923, 2ª ed. 1926, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, versión en español, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*, 1923, Tecnos, Madrid.
- (2008b): *Verfassungslehre*, 1928, Duncker & Humblot, 1989, versión en inglés, *Constitutional Theory*, Duke University Press, USA.
- (2010): «La tiranía de los valores», *Revista de Estudios Políticos*, N.º 115, 1961, y «La situación actual del problema: la legitimidad moderna», 1970, en *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, págs. 33-50 y 69-82.
- SCHUMPETER, Joseph A. (1942): *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper-Bros., New York.
- SCHWAB, George (1989): *The challenge of the exception*, Greenwood Press, Westport.
- SCHWARTZBERG, Melissa (2007): *Democracy and Legal Change*, Cambridge U. Press, New York.
- SEITZER, J. y Thornhill, Ch. (2008): «An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context», en C. Schmitt, C., *Constitutional Theory*, págs. 1-50.
- SHAPIRO, Kam (2010), *Carl Schmitt and the intensification of politics*, Rowman & Littlefield, Maryland.
- SLANGSTAD, R. (1988): «Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber» en Elster, J. and Slagstad, R. (edited by), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, New York, USA, págs. 103-129.
- SLOMP, G. (2009): *Carl Schmitt and the politics of hostility, violence and terror*, Palgrave Macmillan, New York.
- SOSA WAGNER, F. (2005): *Maestros alemanes del Derecho Público*, Madrid, Marcial Pons.
- STRONG, T. B. (2007): «Foreword: Dimensions of the new debate around Carl Schmitt», en C., Schmitt, C., *The Concept of the Political*, págs. IX-XXXI.

- TREVIÑO, J. (2007): «Transaction Introduction», en Kelsen, H., *General Theory of Law & State*, págs. XXII-XXXIII.
- TROPER, M. (1999): «The Guardian of The Constitution. Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept», en Diner, D., y Stolleis, M., *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Tel-Aviv, Bleicher Verlag, págs. 81-100.
- VEGA, Pedro de (1983): «Prólogo» en Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, págs. 14-24.
- VOIGT, Rudiger (ed.) (2011): *Freund-Feind-Denken: Carl Schmitts Kategorie des Politischen*, 15 Staatsdiscourse, Franz Steiner Verlag, Stuttgar.
- VON BERNSTORFF, Jochen (2010): *The Public International Law Theory of Hans Kelsen. Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, New York.
- WEILER, Gershon (1994): *From absolutism to totalitarianism: Carl Schmitt on Thomas Hobbes*, Hollowbook Publishing, Colorado.