RdL Revista de Libros

Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo
Josu de Miguel Bárcena, Javier Tajadura Tejada
Madrid, Guillermo Escolar, 2018 302 pp. 19,90 € COMPRAR ESTE LIBRO

La crisis de la democracia constitucional: ¿un pasado que amenaza volver?

Manuel Aragón Reyes
28 marzo, 2019



En la intensa polémica intelectual que sobre el Derecho y la política se produjo en Europa en el período de entreguerras intervinieron destacadas personalidades de la cultura jurídica alemana (entre los que no pueden dejar de citarse, por ejemplo, a Richard Thoma y Hermann Heller), pero las dos principales fueron, sin duda, Hans Kelsen y Carl Schmitt, cuyas enfrentadas posiciones marcarían decisivamente el rumbo de la Teoría del Derecho y del Estado tanto entonces ?años veinte y treinta del siglo XX? como posteriormente hasta hoy. En el fondo, aquella polémica versaba, en términos generales, sobre la cuestión esencial de si el Derecho (la Constitución) podía cumplir una función reguladora de la política, más precisamente del Estado y, en términos específicos, sobre la relación entre Constitución y democracia. Y acerca de ese fondo los dos protagonistas principales de la contienda intelectual sostenían conceptos bien distintos: «normativismo» constitucional (Kelsen) *versus* «decisionismo» constitucional (Schmitt); «democracia parlamentaria» (Kelsen) *versus* «democracia aclamativa» (Schmitt). Una discrepancia intelectual que no puede ser entendida sólo en el plano de las ideas, en el dilema moral entre relativismo y absolutismo en la teoría de los valores, ni en el distinto sustrato cultural que impregnaba a ambos contendientes (alemán, Schmitt; austríaco, Kelsen). Es también necesario ligar esa discrepancia a la realidad política de entonces, asentada en un enfrentamiento radical entre la democracia liberal y el totalitarismo.

La situación producida por la derrota de Austria y Alemania en la Primera Guerra Mundial, con la inmediata caída del imperio austro-húngaro y del *Reich*, seguida por la debilidad institucional de la naciente República austríaca y por la vida convulsa de la República alemana de Weimar, acompañada

de un panorama político europeo extraordinariamente tensionado, fue además el escenario histórico perfecto para la representación del drama llamado «crisis de la democracia» (también «crisis del Derecho»), con sus conocidas e inmediatas consecuencias. Y digo «drama» porque, si bien en sentido amplio la democracia siempre estará en «crisis», o si se quiere, siempre estará acompañada de problemas, aquéllos de entonces, por su especial gravedad, dotaron a la crisis de un carácter dramático, sin duda alguna.

El reciente libro de Josu de Miguel y Javier Tajadura supone una importante contribución académica española al conocimiento de aquel drama, bien ilustrado por la polémica entre Kelsen y Schmitt. También sirve este libro para reavivar la reflexión sobre lo que ese drama puede tener de permanente, o de intermitente, pues hoy algunos de sus rasgos vuelven a proyectarse en la democracia constitucional de nuestro tiempo pese a los cambios históricos que desde entonces hasta ahora se han producido.

Es cierto que sobre Kelsen y Schmitt, y sobre la contienda política e intelectual entablada en el panorama europeo de entreguerras, e incluso sobre los problemas permanentes de la relación entre política y Derecho, y entre democracia y totalitarismo (sea cual sea la forma que éste adopte), se ha escrito mucho, dentro y fuera de España, pero también lo es que el libro que comento, por su inteligente concepción y su sugestivo desarrollo, enriquece lo que hasta ahora se había publicado en lengua española, e incluso, me atrevo a decir, en lengua extranjera. Los autores, bien pertrechados de la mejor bibliografía sobre el tema, han realizado un estudio excelente, contrastando, críticamente, y con agudas observaciones personales, el pensamiento de Kelsen y Schmitt acerca de las cuestiones principales que los enfrentaron. En tal sentido, ese carácter «completo» (no, obviamente, «exhaustivo», que sería imposible realizar en un solo libro), «comparativo» y «crítico» hacen que el libro de Josu de Miguel y Javier Tajadura adquiera un especial valor para el conocimiento de las ideas principales de quienes fueron, y posiblemente siguen siendo, los dos principales teóricos del Derecho y del Estado en los últimos cien años.

Después de una introducción dedicada a exponer el sentido que ese libro tiene y el objetivo que pretende cumplir, los autores ofrecen, en el capítulo primero, unos excelentes apuntes biográficos de ambos personajes, que muestran dos caracteres y dos trayectorias bien distintas. Kelsen, de ascendencia judía (aunque agnóstico «de ejercicio»), formado en el brillante ambiente cultural de la Viena anterior a la Primera Guerra Mundial, jurista fervoroso partidario de la lógica científica, constitucionalista demócrata, protagonista de la elaboración de la Constitución austríaca de 1920 y del Tribunal Constitucional que se instituyó a su instancia y al que perteneció hasta 1929, depuesto por el nazismo universitario de su cátedra de Colonia en 1933, huyó a Suiza para evitar el riesgo cierto que corría su vida en Alemania desde que Hitler se hizo con el poder y emigró a Estados Unidos en 1940 para continuar su trayectoria académica en la Universidad de Berkeley, ciudad en la que, ya jubilado, falleció en 1973. Schmitt, de ascendencia católica, formado en el ambiente intelectual conservador de la Alemania guillermina, partidario, en la República de Weimar, de soluciones jurídicas autoritarias para hacer frente a la caótica situación política en que se desenvolvió esa república, destacado exponente de una ideología conservadora y antiliberal, célebre catedrático en la Universidad de Berlín tras haber profesado en Colonia y Múnich, deliberadamente comprometido con el nazismo al poco tiempo de que Hitler alcanzara el poder, por lo que sufrió arresto y depuración

cuando Alemania perdió la guerra, continuó viviendo en Alemania hasta el fin de sus días en 1985, apartado oficialmente de la docencia universitaria, pero manteniendo una destacada influencia intelectual pese a no haber abjurado nunca de su vinculación, ideológica y personal, con el régimen nazi.

La democracia no suele morir por la fuerza de sus enemigos, sino por la desidia o vileza de sus amigos, esto es, por la corrupción de las propias instituciones democráticas

No voy a extenderme más en la tarea apasionante de comentar estas dos cruzadas biografías tan bien trazadas con detalle en el libro. Tampoco me detendré en el examen de las ideas generales y abstractas de Kelsen y Schmitt acerca del Estado y del Derecho, de la Constitución y de la justicia constitucional, a las que se dedican en el libro los capítulos segundo, tercero y quinto, pese al mucho interés que tienen las observaciones de los autores sobre ellas. Sírvame de excusa el hecho de que tanto la común raíz hobbesiana que ambos protagonistas comparten acerca del significado del Estado como la neta diferencia que los distingue acerca de la naturaleza y configuración del ordenamiento jurídico (normatividad y normalidad como base del pensamiento de Kelsen y politicidad y excepción como explicación que sustenta el pensamiento de Schmitt) son hoy aspectos suficientemente conocidos.

También es clara la distinta influencia que uno y otro han tenido en la ciencia del Derecho de nuestro tiempo: Kelsen ha contribuido, como ningún otro jurista contemporáneo, a la construcción teórica del sistema jurídico; Schmitt no ha alcanzado, ni mucho menos, esa influencia, aunque sus ideas sobre el Derecho y su relación con el Estado, que no han periclitado, sigan manteniendo su indudable capacidad revulsiva e incluso, creo, un superior atractivo que las de Kelsen para muchos teóricos y filósofos de la política. Podría decirse que la teoría jurídica de Kelsen ha triunfado en el mundo del Derecho para las situaciones de normalidad, mientras que la de Schmitt resurge, sobre todo en el mundo de la teoría política, para las situaciones de excepción. Para aquél, la «racionalidad» impone que el Estado no pueda separarse del Derecho; para éste, la «realidad» impone que el Estado no pueda someterse al Derecho. No en vano la teoría normativa de Kelsen se asienta en la correspondencia entre validez y eficacia; la de Schmitt en la no correspondencia entre legitimidad y legalidad.

Pero, como he dicho, no voy a ahondar en esa dirección. Me interesa más comentar otro asunto bien tratado en el libro, específicamente en el capítulo cuarto y el epílogo: las ideas de uno y otro sobre la democracia y la proyección de esas ideas en el presente. Porque, si bien no separables de las concepciones del Derecho y del Estado que ambos sostenían, y a las que acabo de aludir, creo que aquellas ideas vuelven a ser de suma actualidad. Además, la capacidad de influencia que hoy, uno y otro, pueden tener en el análisis de la situación problemática que nuevamente experimenta la democracia constitucional, creo que es evidente, aunque desigual por el mayor atractivo y el mayor riesgo simplificador que se desprende del pensamiento schmittiano, apoyado, hay que reconocerlo, en una acerada inteligencia y en un espíritu provocador. Schmitt fue un brillante sofista, pero, como es sabido, no es sofista quien quiere, sino quien puede. Y Schmitt podía. Kelsen, sin cuya contribución

el Derecho vería profundamente debilitada la seguridad jurídica, que es su mayor cualidad, resulta menos atractivo, como menos atractiva puede ser, lamentablemente, su idea racional y pluralista de la democracia en momentos ?como el de entonces y el de ahora? impregnados de apasionamiento y de radicalidad fundamentalista, en los que la vida política gira descarnadamente alrededor de la distinción (tan schmittiana) entre amigo y enemigo.

Democracia procedimental frente a democracia sustantiva

Para Kelsen, «la democracia es procedimiento, y sólo procedimiento». Esta afirmación tajante ha de ponerse en consonancia con su posición intelectual en la disputa académica acerca de la filosofía de los valores. Kelsen es partidario del relativismo y no del absolutismo de los valores, de manera que, para él, democracia y relativismo valorativo forman un todo inseparable. La democracia se identificaría, en suma, con el procedimiento de libre concurrencia entre ideologías (institucionalizadas en partidos) basado en la regla de la mayoría. La legitimidad para gobernar descansa en el respeto a dicho procedimiento, desarrollado a través de elecciones populares veraces, libres y periódicas, y en el acatamiento de sus resultados.

El gobierno de la mayoría presupone así la ausencia de límites al pluralismo político, de manera que la Constitución no significa un valladar absoluto frente a ese pluralismo, sino sólo un obstáculo puramente procedimental que, por el método más agravado de la reforma constitucional, puede salvarse. De ahí que, para Kelsen, la inconstitucionalidad de una ley nunca lo puede ser por razones sustantivas, sino formales, esto es, por haberse infringido el procedimiento previsto para la reforma constitucional. La contradicción entre el contenido de esa ley y la Constitución (y, por ello, la inconstitucionalidad de aquélla) no hubiera existido si la decisión, en lugar de haberse tramitado y aprobado mediante el procedimiento legislativo ordinario, lo hubiera sido a través del procedimiento específico previsto para la reforma constitucional. La única garantía, pues, del respeto a la Constitución consiste en la observancia de su procedimiento de reforma. Si este procedimiento se sigue, cualquier contenido de la Constitución puede cambiarse. En resumen, para Kelsen, la Constitución impone límites materiales a la libertad del poder legislativo, pero no a la libertad del poder de reforma constitucional.



Es cierto que, en el fondo, esa opción de Kelsen por una democracia netamente procedimental es menos simple de lo que algunos de sus lectores poco atentos parecen haber deducido, pues para él sí que existe un valor absoluto ?la igual libertad? sin el cual las reglas de juego no podrían funcionar, dado que, si no existiera una igual libertad de competir por parte de todos los actores políticos, no habría una real expectativa de alternativas de gobierno. Democracia política y mercado económico disfrutan así de igual condición: ambas realidades necesitan la libre competencia en condiciones de igualdad. Por ello no es de extrañar que Kelsen defienda como exigencia de la democracia el respeto de las minorías, es decir, la tolerancia. Sin esa igual libertad, pues, la democracia, y el mercado, se falsificarían.

Schmitt parte de una posición radicalmente opuesta: la democracia no es procedimiento, sino valor sustantivo. Por ello, su posición ante los valores no es la del relativismo, sino la del absolutismo valorativo. Al contrario que Kelsen, concibe la comunidad política moderna como una realidad social integrada por intereses radicalmente enfrentados, sin que entre ellos pueda admitirse la composición. De ahí que, para Schmitt, los diferentes grupos políticos no puedan ser concebidos como meros adversarios que dirimen legítimamente sus diferencias en el marco de los procedimientos electorales, sino como sujetos radical y existencialmente enfrentados. La política, en consecuencia, no es el camino para la composición de intereses diversos, sino el campo de batalla en que se dilucida el

destino de la propia comunidad. Por ello, diría Schmitt, la distinción neta en el mundo político es de la «amigo» y «enemigo», y la supervivencia de la comunidad depende de que este último sea expulsado o, en último extremo, destruido. Ello siempre ha sucedido ?dirá? en cualquier forma política adoptada por una comunidad. También en la democracia hay quienes pretenden conservarla y quienes persiguen destruirla, de manera que la pervivencia de la democracia depende igualmente de proscribir a los enemigos de la democracia.

Esta posición de Schmitt no está fundada sólo en las circunstancias de su tiempo, el de una democracia doblemente asediada por el «bolchevismo» y el «fascismo», sino que obedece a una construcción teórica al margen de esa misma realidad, construcción teórica cuya base intelectual, netamente heredera del pensamiento reaccionario, está constituida por la idea de que la democracia liberal es una falsa democracia. No es extraño, pues, que en virtud de lo que él consideraba que era la auténtica democracia frente a la caduca y malsana democracia liberal, aceptase el fascismo: más aún, que apoyase al nazismo convirtiéndose en un valedor de Hitler. En realidad, su pensamiento sobre la democracia tenía muy poco que ver con la participación popular reglada en el ejercicio del poder. La democracia, para Schmitt, no incluía en modo alguno la libertad y, por consiguiente, tampoco la regla de las elecciones representativas.

En definitiva, si Kelsen entendía que la democracia sólo puede ser democracia pluralista, Schmitt afirmaba lo contrario: que la democracia no puede ser democracia pluralista. La legitimidad de la democracia, para Kelsen, se basa en el reconocimiento de las diferencias en el seno de la comunidad política; para Schmitt, en cambio, en la negación (o, más crudamente, en la abolición) de esas diferencias, esto es, en la necesaria homogeneidad de la propia comunidad política. ¿Democracia pluralista (la de Kelsen) frente a democracia de identidad (la de Schmitt)? ¿Democracia liberal (la de Kelsen) frente a democracia iliberal (la de Schmitt)? No exactamente, pues democracia de identidad y democracia iliberal son falsas denominaciones, pese a que hoy sean expresiones utilizadas con muy escaso rigor, ya que sin pluralismo político y sin libertad no hay, sencillamente, democracia. En el fondo, el enfrentamiento que se produce aquí es entre democracia y antidemocracia. La «democracia kelseniana» puede tener algunos defectos. La «democracia schmittiana», sencillamente, no es democracia.

La polémica sobre el parlamentarismo

Ya en su obra de 1920, *Esencia y valor de la democracia*, Hans Kelsen, en su defensa del parlamentarismo, escribiría unas líneas muy esclarecedoras, que conviene citar: «En la república democrático-parlamentaria el problema del parlamentarismo es una cuestión vital. La existencia de la democracia moderna depende de que el Parlamento sea un instrumento útil para resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo. Es verdad que la democracia y el parlamentarismo no son idénticos, pero como quiera que la democracia directa es impracticable en el Estado moderno, no puede ponerse seriamente en duda que el parlamentarismo es la única forma real en que puede llevarse a cabo la idea de la democracia en la realidad social del presente. Por ello la opción por el parlamentarismo es también la opción por la democracia». En esta frase se contienen reflexiones de suma importancia, sobre las que después volveré, pero también una cierta imprecisión que conviene aclarar. Parece que, para Kelsen, la democracia ideal podría ser la directa, aunque por las condiciones actuales, de extensión y población, de los Estados modernos, esa democracia ideal ya no pueda ser

real. Hoy cabría poner en duda esto último, en vista de que la sociedad digital de nuestro tiempo haría posible, por medios electrónicos, la participación simultánea de todos los ciudadanos. De ahí que el argumento técnico no sea ni mucho menos el decisivo para desechar la democracia directa, sino el argumento teórico (en el que Kelsen no parece reparar), dado que la democracia directa es incompatible con la única democracia válida y efectiva: la democracia constitucional, en la que la democracia puede ser veraz porque está garantizada por el propio Derecho, esto es, porque el Derecho regula, y por ello limita, funcional y materialmente, la acción del poder.

La limitación principal es la que distingue el poder constituyente del poder constituido, distinción que la democracia directa difumina, cuando no niega. Por otra parte, la democracia directa, en cuanto que supone restringir las decisiones a una respuesta estrictamente bipolar, resulta incompatible con el pluralismo político, que es otra de las bases de la democracia constitucional, y que no puede estar representado por la existencia de sólo dos opciones simples y radicales acerca de los asuntos públicos, impidiendo la transacción y el compromiso entre la no descartable multiplicidad de la representación política. Se amputa la racionalidad si en la decisión no entra al mismo tiempo la discusión, es decir, si se impide el debate, máxime cuando las decisiones políticas son, en su inmensa mayoría, complejas y no simples. Precisamente por ello la democracia directa es el campo abonado a la demagogia, esto es, a la perversión de la propia democracia. En consecuencia, la democracia directa no es que sea impracticable en los Estados modernos por razones prácticas: es que también lo es por razones teóricas. Hecha esa observación crítica sobre la frase de Kelsen, nos quedamos con la afirmación fundamental que en ella se contiene: la democracia parlamentaria es la única democracia posible.



La crítica de Schmitt al parlamentarismo puede descomponerse en dos estratos: la crítica al parlamentarismo como forma de gobierno y la crítica al parlamentarismo como forma de Estado. Por lo que se refiere al primer supuesto, achacará al parlamentarismo la inestabilidad de los gobiernos y el excesivo dominio de éstos por el parlamento: dirá así que el parlamentarismo conduce bien al gobierno ejercido por el propio parlamento, bien a la imposibilidad misma de gobernar, resultados ambos, concluirá, que no sólo son contradictorios con la división de poderes (que el parlamentarismo, como régimen liberal, por principio habría de respetar), sino que también son inconciliables con las necesidades del Estado «administrativo» de nuestro tiempo. Este nivel de crítica será muy efectivo en aquellos años, aunque adolece de una patente debilidad teórica en cuanto que identifica el parlamentarismo con la situación específica de éste (en la Tercera República francesa o en la República de Weimar alemana) en un concreto período histórico, olvidando otras épocas y otros ejemplos, y atribuyendo así a ese régimen unas características que no son exactamente consecuencias del mismo, sino de su corrupción en algún momento o lugar determinados. Esto es, a través de la operación intelectual, tan schmittiana, de la conversión de lo excepcional en normal, se definen como rasgos teóricos del modelo los que sólo derivan de un ejemplo práctico de su mal funcionamiento. No es de extrañar que en una crítica así desaparezca cualquier planteamiento reformista destinado a corregir los defectos de la práctica sin abjurar por entero del modelo (como las propuestas de modificaciones electorales e institucionales tendentes a regular un nuevo «parlamentarismo racionalizado» que tuvieron su expositor más conocido en Boris Mirkine-Guetzévitch).

El régimen parlamentario ha muerto, vendría a sostener Schmitt, porque genera gobiernos inestables. En el caso hipotético de que tal inestabilidad no se produzca, también el régimen parlamentario habría muerto, porque existiría entonces un régimen de asamblea, es decir, un gobierno del parlamento y no del ejecutivo. No obstante, si por la disciplina de partido esa estabilidad significase, en verdad, el predominio, contrario, del gobierno sobre el parlamento, también habría muerto el régimen, porque ya no sería «parlamentario», sino «gubernativo». Como se ve, Schmitt no parece dejar salida alguna al parlamentarismo como forma de gobierno.

Ahora bien, los sofismas, por muy inteligentemente que se construyan, tienen siempre unos límites. Schmitt es consciente (aunque no lo confiese) de las debilidades de su crítica en este plano, es decir, de su crítica reducida a descalificar el parlamentarismo como forma de gobierno, puesto que éste no siempre ha generado inestabilidad gubernamental, ni la estabilidad del ejecutivo conduce necesariamente a un régimen de asamblea, ni el predominio del gobierno sobre el parlamento ha de conducir, inexorablemente, a la inoperancia de éste. En todo caso, la tesis de la ineficacia de la forma parlamentaria de gobierno parece que debiera desembocar, coherentemente, en la propuesta de su sustitución por el régimen presidencial (una forma también democrática en la que no tendrían por qué darse los defectos que Schmitt denuncia). No sería ésta, sin embargo, la solución que propugnaría, pues ello supondría admitir la función esencial que ha de cumplir el parlamento en el régimen presidencial (y que es un requisito para el cabal funcionamiento del presidencialismo, como lo muestra el ejemplo de los Estados Unidos de América). En realidad, la apuesta de Schmitt por el presidencialismo en la Alemania de Weimar no tenía nada que ver con lo que significa el régimen presidencialista democrático, pues lo que suponía era, sencillamente, una «dictadura presidencial», que es cosa bien distinta.

Por ello, para combatir de manera consistente el parlamentarismo, Schmitt tiene claro que habría de disparar por elevación, ir a la raíz del asunto: efectuar la crítica no ya al parlamentarismo como forma de gobierno, sino al parlamentarismo como forma de Estado, es decir, a la democracia parlamentaria como sistema. Esta crítica, ya en el plano de la forma de Estado, será, en realidad, la importante o genuina crítica de Schmitt al parlamentarismo, la que se enfrenta al problema sustancial: el de la democracia representativa. Crítica que se articula, principalmente, a través de la disociación entre democracia y libertad y, por lo mismo, entre representación y elección. Ya apunté antes esa concepción schmittiana de la democracia, pero conviene extenderse algo sobre ella. La democracia no se basa en la libertad ?dirá?, sino en la homogeneidad, y por ello la democracia representativa sólo es posible cuando la entidad representada (la nación) tiene un solo interés (que es lo que ocurría con la reducción de la nación a la burguesía en el Estado liberal del siglo XIX), pero no cuando aquella entidad es heterogénea, como sucede en el siglo XX con la existencia del sufragio universal que, al hacer coincidir nación y pueblo, toma como entidad representada a una sociedad dividida en clases o en grupos con intereses radicalmente contrapuestos.

Una sociedad así, sostendrá, es incompatible con la democracia parlamentaria, puesto que el enfrentamiento de intereses conduciría siempre al dominio político de una clase sobre otra (dominio ?dirá? disfrazado de «democracia formal», coincidiendo así Schmitt, sintomáticamente, con el marxismo). El parlamento no serviría entonces para «representar» a todos, sino para que se impusiese, a su través, el dominio de la clase más poderosa. La democracia, en consecuencia, no puede conciliarse con el «pluralismo», sino sólo con la «homogeneidad». Más aún, para Schmitt, el término mismo de democracia pluralista sería un contrasentido. Por ello, cuando la sociedad es «plural», el único modo de hacer posible la democracia reside en la negación de la pluralidad, bien destruyéndola (de ahí que diga claramente que «el poder político de una democracia estriba en saber eliminar lo extraño o desigual, lo que amenaza la homogeneidad»), bien silenciándola, es decir, excluyéndola de la «representación». Más adelante volveré sobre este punto, pues, aunque formulado con menor radicalidad, y desde una concepción distinta de la democracia, algo hay de la herencia de Schmitt en las cláusulas de intangibilidad constitucional que prosperarán en determinadas Constituciones europeas de la segunda posguerra.

Sin pluralismo político y sin libertad no hay, sencillamente, democracia

Lo que ahora importa señalar es que Schmitt, al hablar de «representación», opta por un camino que se separa por completo de la representación electoral. En tal sentido, distinguirá entre *Vertretung*, o representación mediante elecciones, que es siempre, a su juicio, una representación de intereses (por ello ?dirá?, «el sistema democrático resulta ser, en fin, una mala fachada del dominio de los partidos o de los intereses económicos», con lo cual aparece otra vez la sintonía lógica, en cuanto que antidemocrática, de Schmitt con el marxismo); y *Repräsentation*, o representación «espiritual», que se manifiesta no por la elección, sino por la «identificación» del pueblo con sus líderes (mediante la «aclamación» o el «asentimiento»). Esta *Repräsentation*, que es, dirá, la representación «auténtica», no puede verificarse a través de procedimientos, ya que es algo «existencial». De ahí que el representante no pueda ser un delegado de la voluntad de los representados, voluntad que, por principio, no existe, pues en el seno de la sociedad no hay una voluntad única, sino una diversidad de voluntades antagónicas, un sujeto que es capaz, por sí solo, de «encarnar» lo que de homogéneo hay

en los representados, expresando así (o dando vida) a una voluntad popular que sólo es capaz de manifestarse (de hacerse presente) por obra del representante mismo, de su cualidad política para «identificarla». Esa ?afirmará? es la verdadera democracia, frente a la falsa democracia pluralista basada en la imperfecta representación electoral.

A partir de ese concepto de «representación» (y de ese entendimiento de la democracia), no es de extrañar que Schmitt afirme que la democracia es cosa distinta de las votaciones secretas, que democracia y dictadura no son términos inconciliables, que bolchevismo y fascismo son, como cualquier dictadura, antiliberales, pero no necesariamente antidemocráticos. Otra vez se constata, pues, y no importa repetirlo, la lógica confluencia entre ideas de extrema derecha y de extrema izquierda.

La actualidad de los legados de Kelsen y Schmitt

A partir de la segunda posguerra mundial, el constitucionalismo europeo emprenderá la senda señalada desde siglo y medio atrás por el constitucionalismo norteamericano: la adopción de la Constitución como norma jurídica cuya eficacia está judicialmente garantizada, que impone límites al poder con el objetivo de garantizar la libertad y que regula una democracia pluralista que se basa en la representación popular mediante elecciones. Parecería, pues, que Kelsen, finalmente, venció a Schmitt.

No sería, sin embargo, una victoria completa, que significase la aceptación generalizada de la democracia como democracia exclusivamente procedimental. En consecuencia, tampoco una completa derrota del pensamiento schmittiano, y no me refiero a la base general de su pensamiento antidemocrático, que sigue vivo en todos los totalitarismos que aún acechan a la democracia constitucional, sino a la parte de su pensamiento que se refiere al carácter inevitable de la democracia sustantiva, que es posiblemente su razonamiento más sólido.

En este punto no puede negarse a Schmitt la validez de sus ideas al denunciar la identificación de la democracia con el puro procedimiento, pues, como diría ?acertadamente?, si siempre será ley (y Constitución) lo que quiera la mayoría, eso no significaría otra cosa que una dictadura, la de la propia mayoría, que en cada momento podría decidir libremente lo que serían ley y Derecho. Y es aquí, precisamente, donde reside la debilidad del pensamiento kelseniano, que no se salva mediante la distinción entre mayorías cualificadas para la reforma de la Constitución y simples para la elaboración de las leyes. Al fin y al cabo, el Derecho (constitucional y ordinario) estaría al servicio de esas mayorías (sólo cuantitativamente diferenciadas). La pretensión kelseniana de que tales mayorías no debieran abolir la libertad queda (de modo contradictorio con su concepción puramente normativista) como una pretensión exclusivamente política, o, si queremos, teórica y no dogmática, sin eficacia jurídica alguna, pues, como el mismo Kelsen reconocería, la propia democracia podría ser abolida por procedimientos democráticos.

En ese problema ha de reconocerse la dificultad de rebatir la idea de Schmitt antes señalada, que, por cierto, ya había sido utilizada por Rousseau cuando decía, en *El contrato social*, que los ingleses se creen libres pero se equivocan, pues únicamente lo son en el momento de votar, quedando después sometidos a una tiranía tan fuerte como la del rey absoluto continental: la de la mayoría

parlamentaria. Esa, en definitiva, es la gran cuestión, y no es de extrañar por ello que el debate constitucional europeo en la segunda mitad del siglo XX estuviera marcado precisamente por la contraposición o la posible conciliación entre democracia procedimental y democracia sustantiva. Y ese es el debate más profundo que sobre la democracia constitucional puede entablarse. Un debate permanente, porque es difícil resolverlo. En el fondo, lo que ello significa es que la democracia, además de procedimientos, requiere de un cierto nivel de «homogeneidad» (o de «identidad»), integrado por los valores esenciales de dignidad de la persona y de los derechos fundamentales que la garantizan (esa es, por cierto, la fórmula que se contiene en el artículo 10.1 de la Constitución española). También que los esfuerzos sobre la juridificación constitucional tienen sus límites. En definitiva, que Carl Schmitt ?no en todo, pero sí en algo? apuntaba con acierto contra el puro normativismo kelseniano.

La ya aludida dificultad para pacificar aquel debate estriba en que las dos posibles soluciones a los problemas que plantea han de sacrificar, alternativamente, uno de estos principios del constitucionalismo democrático: el de la soberanía popular o el de la normatividad constitucional. El primero quedaría sacrificado mediante las cláusulas de intangibilidad, que impiden, jurídicamente, la reforma constitucional respecto de determinadas decisiones constituyentes: la unidad del territorio, la forma de Estado o los derechos fundamentales (como ocurre en Francia, Italia o Alemania, respectivamente). El segundo se sacrificaría mediante la apelación a la política como garantía última de que, aunque se dieran las mayorías cualificadas para la reforma de la Constitución y ella no contuviera cláusulas de intangibilidad, la abolición jurídica de la unidad de la nación y de los valores democráticos no sería admitida en la práctica por una sociedad responsable. Ya había advertido Georg Jellinek que la Constitución no se mantiene sólo por sus garantías jurídicas, sino, sobre todo, por sus garantías políticas y sociales. Ahí reside, se quiera o no, en una mezcla de la razón teórica con la razón práctica, el auténtico trasfondo del constitucionalismo: la democracia constitucional, como democracia normativa, se mantiene si la cultura constitucional está socialmente implantada. O, dicho de otra manera, la democracia jurídicamente garantizada se mantiene si la sociedad la ha aceptado como forma de su existencia política.

Es cierto que la admisión de unas cláusulas de intangibilidad constitucional, explícitas o implícitas, que, en el plano constituyente (mejor dicho, de la reforma constitucional) suponen un límite al pluralismo y, por ello, en última instancia, un límite material al poder del soberano popular, podría considerarse, no obstante, como un instrumento útil para evitar que la democracia pueda perecer por procedimientos democráticos, aun a sabiendas de que tienen el escollo de su delicada garantía jurisdiccional. Y es probable que así puedan conciliarse la democracia sustantiva con la democracia procedimental, lo que es lo mismo que decir la «identidad» democrática con el «pluralismo» democrático, la democracia como valor con la democracia como regla, la democracia «militante» con la democracia «tolerante». De todos modos, y dejando al margen algunas consideraciones teóricas sobre las dificultades de esa conciliación, hay que tener en cuenta que, en el plano de la práctica, las garantías de intangibilidad, como cualesquiera otras garantías jurídicas, no pueden pretender una eficacia absoluta, por lo que no eliminan la constatación de que, en la política, el Derecho no lo es todo, aunque sin él no pueda hacerse nada racional y seguro. Esa mezcla de razón pura y de razón práctica, insisto nuevamente, creo que resulta insoslayable en la democracia constitucional.

La democracia constitucional, única forma posible de la democracia, como la teoría y la práctica han demostrado, ha sido una de las más grandes conquistas de la civilización. Eso parece indudable. Como también que no hay alternativa válida a su forma genuina: la democracia parlamentaria. Pero debemos retornar a aquella frase de Kelsen ya citada más atrás: «la existencia de la democracia moderna depende de que el parlamento sea un instrumento útil para resolver las cuestiones sociales del presente». De esa utilidad del parlamento (ya lo sea en la forma de gobierno presidencial o parlamentaria, pues ambas son especies del género «democracia parlamentaria» como forma de Estado) depende, efectivamente, la perpetuación de la democracia. Y algo más hay que decir, extendido también al gobierno y, en general, a todas las instituciones y, obviamente, a los partidos: del comportamiento de los políticos, y no sólo de las previsiones de las normas jurídicas, depende el destino de la democracia.

Del comportamiento de los políticos, y no sólo de las previsiones de las normas jurídicas, depende el destino de la democracia

La democracia, y así se ha dicho muy bien y en frase gráfica, es una planta delicada, como el césped de los jardines cuya conservación requiere de cuidados y riegos continuados. Efectivamente, en ambos casos, la vitalidad proviene de abajo arriba (ya sea en las raíces, en el césped, ya en la votación popular, en la democracia), pero su mantenimiento ha de ser de arriba abajo (ya sea el riego y el cuidado continuado, en el césped, ya la educación cívica y el magisterio de costumbres basado en la ejemplaridad de las instituciones, en la democracia). Tampoco en esto hay nada nuevo, puesto que resulta sobradamente conocido que, en el poder democrático, la legitimidad por el origen ha de ir acompañada, necesariamente, de la legitimación por el ejercicio. Hoy, ante lo que algunos llaman crisis del constitucionalismo democrático, resulta necesario insistir en ello.

En estos tiempos en los que la democracia constitucional está asediada por populismos, nacionalismos o fundamentalismos, que son el nuevo rostro del totalitarismo, conviene insistir en que la democracia no suele morir por la fuerza de sus enemigos, sino por la desidia o vileza de sus amigos, esto es, por la corrupción de las propias instituciones democráticas, que pierden, así, su capacidad de resistencia, dejando el campo libre a quienes pretenden destruirlas. Ese es el peligro que la democracia corre en el presente. Para conjurarlo, no hay otro camino que el de las reformas, jurídicas, políticas y sociales, orientadas a mejorar la democracia, no, obviamente, a abandonarla, traicionando los valores que la identifican.

En esa tesitura, en la que hoy nos encontramos, leer el libro sobre Hans Kelsen y Carl Schmitt que me ha dado pie a escribir estas páginas es una recomendación que doy a juristas y políticos inteligentes. Aparte del gozo intelectual de adentrarse en el pensamiento de dos grandes personalidades del pasado siglo, esa lectura puede proporcionarnos la enseñanza que cabe extraer de aquel crítico período de entreguerras en que ambos polemizaron, y ahí pueden encontrarse muchas de las inquietudes que hoy nos embargan sobre la situación de la democracia constitucional en el presente. Cuando hay crisis, como ahora, vuelve a resurgir Schmitt, y por ello Kelsen, como contrapartida, también resulta aún más necesario. Yo me he limitado a comentar, al hilo de este libro, algunos de los aspectos que me han parecido más esenciales, o más actuales, del pensamiento de ambos sobre la democracia. En el libro hay mucho más: un repaso a las principales cuestiones sobre el Estado, la

Constitución, el Derecho, la justicia constitucional, que los dos, con extraordinaria inteligencia, pero con desigual honradez intelectual (mayor en Kelsen que en Schmitt), abordaron en el conjunto de su obra. Y también el libro resulta un magnífico retrato de dos personalidades tan desiguales por sus convicciones: un antidemócrata (Schmitt) y un demócrata (Kelsen). Al primero, pese al razonable repudio que pueden generar muchas de sus ideas, no puede negársele su penetrante crítica y su acerada pluma; al segundo, pese a algún defecto de su pensamiento generado por *l'esprit de géométrie,* hay que rendirle el máximo respeto por su inigualable, valiente y valiosa lógica. No basta, pues, con leer a uno: es necesario también leer al otro. Más aún, creo que lo mejor de este libro es haber comparado, sin falsearlas, las obras de dos gigantes que, precisamente por su contradicción, resultan, al final, inseparables. No es paradójica esta afirmación, sino constatación de que la riqueza de la herencia que nos han dejado estriba en que no se silencie a ninguno de los dos.

Felicito a Josu de Miguel y a Javier Tajadura por el espléndido trabajo que han realizado, empañado únicamente por algunos desaliños gramaticales que corregirán, a buen seguro, en las siguientes ediciones que, con toda probabilidad, el libro va a tener.

Manuel Aragón Reyes es catedrático emérito de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido magistrado del Tribunal Constitucional y es autor de diversas publicaciones sobre constitucionalismo y democracia, como *Constitución y democracia* (Madrid, Tecnos, 1989); «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en Europa: sus repercusiones en España», en VV.AA., *Las Cortes de Castilla, 1188-1988* (Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1990); «Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado», en VV.AA., *Parlamento y Control del Gobierno* (Pamplona, Aranzadi, 1998); *Constitución, democracia y control* (Ciudad de México, UAM, 2002); «La democracia parlamentaria: parlamentarismo y antiparlamentarismo», «Estudio Preliminar» a Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, trad. de Thies Nelsson y Rosa Grueso (Madrid, Tecnos, 2002), y «Addenda» a dicho «Estudio Preliminar» a Carl Schmitt, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*, trad. de Pedro Madrigal Devesa y Patricio Montero-Martín (Madrid, Tecnos, 2018); «La Constitución como paradigma», en VV.AA., *Teoría del neoconstitucinalismo* (Madrid, Trotta, 2007); y «Democracia y Parlamento», en *Revista catalana de dret públic,* núm. 37 (2008), pp. 129-155.