

Compromisos y tensiones. Debates sobre democracia y liberalismo desde la Teoría de la CONstitución de Carl Schmitt - Rocco Fregoti.

Rocco Fregoti.

Cita:

Rocco Fregoti (2025). *Compromisos y tensiones. Debates sobre democracia y liberalismo desde la Teoría de la CONstitución de Carl Schmitt - Rocco Fregoti. Conceptos Históricos, 17, 231-256.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/rocco.fregoti/3>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pstO/9DD>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.



Compromisos y tensiones. Debates sobre democracia y liberalismo desde la *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt

Rocco Fregoti

roccofregoti@filo.uba.ar

Universidad de Buenos Aires /

Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas, Buenos Aires, Argentina

Resumen

El presente trabajo comienza con los análisis de Pufendorf y Hegel sobre el colapso del Sacro Imperio para ilustrar la idea de lo monstruoso como desgobierno producto de la mala constitución de un país. Se trabajará entonces la *Verfassunglehre* de Carl Schmitt para remitir a los tipos de constitución y sus sentidos, el poder constituyente y la constitución liberal –Estado de derecho, *Rechtsstaat*– como conceptos del siglo XIX y del temprano XX. Luego, se verá un primer caso de tensión constitucional: el enfrentamiento del principio democrático y el de las ideas liberales, que según el autor terminan en Estados estructuralmente menos “democráticos” (monarcas más fuertes, representación de masas reducida). La segunda y más profunda que se considerará es la presencia de principios de Estado social en la Constitución de Weimar –tal como son revisados y criticados por Böckenforde– pero también fallando, junto con Heller, en la traición suicida de la burguesía contra el régimen democrático-liberal (en favor del fascismo). Nuestra hipótesis de trabajo es que hay una contradicción conceptual constitucional entre el Estado de derecho y el Estado social, pero que el Estado de Derecho no puede separarse de la democracia ni de los derechos de participación política.

Palabras clave: Estado de Derecho, Representación política, Derechos fundamentales, Constitucionalidad, Estado Social.

Agreements and Tensions: Debates on Democracy and Liberalism from Carl Schmitt's *Constitutional Theory*

Abstract

This article begins by presenting Pufendorf's and Hegel's views on the collapse of the Holy Roman Empire to illustrate the idea of the "monstrous" as misrule caused by a country's poor constitution. It then turns to Carl Schmitt's *Verfassungslehre* to analyze the types of constitution and their meanings, as well as constitutional power and the concept of a liberal constitution –rule of law, *Rechtsstaat*– as ideas belonging to the nineteenth and early twentieth centuries. Next, the article examines two cases of constitutional tension. The first one is the conflict between democratic principles and liberal ideas, which, according to Schmitt, resulted in the formation of states that were structurally less "democratic" (characterized by stronger monarchs and low representation of the masses). The second, deeper tension concerns the presence of social state principles in the Weimar Constitution –as analyzed and criticized by Böckenförde–, which, according to Heller, resulted in the suicidal betrayal of the bourgeoisie against the democratic-liberal regime (in favor of fascism). The hypothesis is that there is a contradiction between the rule of law and the social state, but the rule of law is inseparable from democracy and political rights.

Keywords: Rule of Law, Political Representation, Fundamental Rights, Constitutionality, Social State.

Recibido el 11 de marzo de 2025.

Aceptado el 7 de junio de 2025.



I. Introducción: el "monstruo constitucional"

El Sacro Imperio Romano Germánico fue generalmente comparado de forma negativa con los otros Estados europeos de la modernidad

que lograron centralizarse desde el absolutismo (esto es, comparado con Francia, Suecia, Rusia, Prusia o los principados territoriales alemanes como Austria). Así se refería a él en el siglo XVII Samuel Pufendorf –bajo el seudónimo Severinus de Monzambano y en latín–:

Por la negligente indulgencia de los emperadores, las ambiciones de los príncipes y las maquinaciones del clero se volvió [...] algo que no es ya una monarquía limitada [...] ni una federación de varios Estados, sino una cruz entre ambas [...] fuente constante de la enfermedad mortal y conmociones del Imperio.¹

Unos ciento treinta años después, un joven Hegel sintetiza la enfermedad mortal: “El edificio del Estado alemán no consiste en otra cosa que en la suma de los derechos que le quitaron las partes individuales al todo”.² En sus palabras, Alemania ya no es un Estado y lo que hay en su lugar es anarquía. No en el sentido de una guerra de todos contra todos, de caos, como aclara Boyd,³ sino de un anarquía legal, en la que no hay un poder central, si bien sí hay un orden jurídico de pequeñas unidades territoriales –imagen inspirada en Maquiavelo y su análisis de la Italia renacentista–. Claro está, el Sacro Imperio Romano Germánico tenía también sus defensores. Contemporáneo de Pufendorf, y opuesto a este, Leibniz era un defensor del modelo federal de hegemonías territoriales como uno en el que las libertades de cada territorio sobrevivían dentro de la unidad soberana.⁴ Opuesto a Hegel, se encontraba el historicista Savigny, quien veía una amenaza extranjerizante en el modelo de unificación y mayor libertad e igualdad en el Sacro Imperio (postura que compartía con los románticos alemanes tempranos).⁵ Como Hegel, su opinión sobre el Sacro Imperio es posterior a la defunción de este como imperio.

1. Samuel Pufendorf. *Die Verfassung des deutschen Reiches*. Stuttgart, P. Reclam, [1667] 1976, p. 106. Traducción propia de la traducción alemana del original en latín.

2. Georg W. F. Hegel. *Principios de la filosofía del Derecho*. Barcelona, Edhasa, [1820] 1999, p. 17.

3. Ver Nathaniel Boyd. “The Constitution of Crisis: Politics, Decline and Decision in Hegel’s *Verfassungsschrift*”, en Cesare Cuttica y László Kontler (eds.): *Crisis and Renewal in the History of European Political Thought*. Leiden, Brill, 2021, pp. 280-302, esp. pp. 293-1944.

4. Ver Mogens Laerke. “Leibniz in Europe”, en Darian Meacham y Nicolas de Warren (eds.): *Routledge Handbook on Philosophy and Europe*. London, Routledge, 2021, pp. 30-43, acá pp. 31-32: “A sovereign, while remaining sovereign, can freely submit himself to the jurisdiction of another, such as a federal jurisdiction: ‘Several territories can unite into one body, with the territorial hegemony of each preserved intact’”.

5. Ver Frederick C. Beiser. *The German Historicist Tradition*. Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 262: “Finally, Savigny’s political ideals are also typical of *Frühromantik*. Like Friedrich Schlegel and Novalis, Savigny looked back with nostalgia to the old constitution of the Holy Roman Empire, [...] This nostalgia for the old Empire did not derive from any reactionary hatred for the ideals of the Revolution, [...], but from the conviction that these very ideals were better ensured by the old constitution of the Middle Ages”.

Hegel y Pufendorf parecían sostener que lo deficiente del Sacro Imperio fue el resultado de pérdidas de lo que son las capacidades esenciales de un Estado, extirpadas por las unidades territoriales y aseguradas como fundamentales, incapacitando a la autoridad central. Lo monstruoso funge aquí como desgobierno, incapacidad de dirección, un “ser” estatal disuelto por la extirpación de sus capacidades activas, tanto como sus preceptos ideales. En palabras de Carl Schmitt: “Lo monstruoso de esta situación consiste [...] en que el Emperador no puede imponer nada a los estamentos contra su voluntad, pero, en cambio, estos estamentos pueden obtener y afianzar en “leyes fundamentales” cualquier ventaja para sí contra la voluntad del Emperador y a costa del Imperio”.⁶ Al desgobierno resultado de la incapacidad de dirección que señala Hegel, Schmitt termina de etiquetarlo por medio de Pufendorf como monstruoso. Pero no es solo la desunión por parte de las unidades políticas la que provoca el desgobierno monstruoso, como puede verse plasmado en el trabajo de Schmitt sobre teoría constitucional y a lo largo de varios textos de filosofía jurídica germánica. Este artículo se propone demostrar otros casos de monstruosidad constitucional en el debate constitucional germánico, siglos después de esta aparición —en específico, las tensiones de clase dentro de la sociedad civil—.

II. *Verfassungslehre*: tipos de constitución, poderes constituyentes y la constitución liberal (*Rechtsstaat*)

En *Teoría de la Constitución*, Schmitt se refiere a cuatro sentidos de la palabra “Constitución” —aunque aquí haremos referencia sobre todo a tres—. Existe la constitución absoluta, que se refiere al *status* de la unidad política, su forma de ser política como entidad. “Constitución en sentido absoluto puede significar, por lo pronto, la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política”.⁷ Esto puede referirse entonces, por ejemplo, a su forma de dominio o gobierno: un pueblo bajo un mismo *status* de unión política puede tener varias formas de organizarse (monarquía absoluta, monarquía parlamentaria, república unitaria, federal, etc.). Pero en los manuales de su época y en el sentido común de referirse al lenguaje, es en sentido absoluto su “regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas (Constitución = norma de normas)”.⁸ Este es el sentido más común a la

6. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, [1928] 1982, p. 69.

7. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 30.

8. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 33.

hora de hablar de la Constitución: la legislación principal de una nación o Estado, de la cual responden todas las demás leyes. Llamada también “norma fundamental” en la *Teoría pura de Derecho* de Hans Kelsen, que vendría a ser como el primer principio del cual depende todo el sistema jurídico positivo: “Es pues, en último análisis, la norma fundamental en donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un sistema jurídico”.⁹

Schmitt aborda entonces el concepto de Constitución positiva como contrapuesto a la noción relativa. La noción relativa trata a la Constitución como otra legislación más, un conjunto de leyes que son de carácter constitucional, no como la norma fundamental —estando el foco en que son leyes, no en su tipo o peso—. Por eso señala que la constitución entendida como positiva es fruto de “un acto del poder constituyente”, y que este no tiene tal o cual norma si no “la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior”.¹⁰ La unidad política ya existe y decide con el acto constituyente darse tal o cual *forma* de unidad como ley fundamental. Este es el decisionismo constitucional de Schmitt, por el cual el *status* es de cierta forma, por así decir, fruto de una elección. Expliquemos esto considerando a Dotti:¹¹ la ley como tal no gobierna en la comunidad humana por su mera redacción, sino que una decisión-acción humana desde el Estado pasa a configurar el orden existencial humano. Esto separa el trigo de la cizaña de lo que son leyes constitucionales relativas (que podrían reformarse por vías comunes) y las leyes fundamentales. Con su repaso de la constitución weimariana, el jurista ejemplifica esto: se decidió en favor de la democracia “en virtud de su existencia como Pueblo, encuentra su expresión en el preámbulo (“el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución”) y en el art. I, 2: “El poder del Estado emana del Pueblo”.¹² El pueblo (decisor) se constituye (decisión) como democracia.¹³

9. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, [1934] 1987, p. 139.

10. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 45-46.

11. Ver Jorge E. Dotti. “La representación teológico-política en Carl Schmitt”, *Avatares filosóficos*, Nº 1, 2014, pp. 27-54, esp. p. 32

12. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 47-48.

13. Agustín José Menéndez sostiene que ya la teoría decisionista de Schmitt —como aparece en *Verfassungslehre*— era un signo de su pensamiento reaccionario, al hacer descansar la decisión política fundamental en una idea irracionalista de pueblo que luego tiene como principal existencia política el conflicto amigo-enemigo. Nos abstenemos de afirmar o negar tal postura, pero es algo a tomar en cuenta. Ver Agustín José Menéndez. “El pensamiento constitucional de Hermann Heller en la crisis de entreguerras” en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar. La crisis de la globalización en Euroamérica (1918-1933)*. Madrid, Tecnos, 2020, pp. 128-144.

Y luego está la constitución ideal, la idea de que hay *un* tipo válido de constitución, legítimo, y el resto son inválidos. “Con frecuencia se designa como “verdadera” o “auténtica” constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución”.¹⁴ Uno puede leer desde esta noción las críticas previamente leídas de Pufendorf y Hegel sobre el Sacro Imperio Germánico: debía ser un imperio unificado políticamente, pero en la práctica, es una organización de unidades políticas independizadas del poder imperial (imagen muy distinta y diferenciada respecto de las monarquías absolutas unificadas contemporáneas, como la Francia de los Luises o la Prusia de los Hohenzollern). Pero a lo que se refiere aquí Schmitt como “Constitución ideal” es la del Estado de Derecho, que viene de la mano de la Revolución Francesa: “La segunda significación de la Revolución francesa consiste en que condujo a una Constitución del Estado burgués del Derecho, esto es, limitadora y controladora del ejercicio del poder del Estado, dando así al Estado francés un nuevo modo de ser políticamente”.¹⁵ Luego consideraremos el contenido de la constitución del Estado de derecho burgués.

Aparte de los tipos de constitución previamente considerados, cabe considerar el surgimiento de la constitución, tópico que vimos en cierta medida con la constitución positiva. Siempre supone un poder constituyente (o más de uno, suponiendo otras unidades territoriales que decidan como parte del pueblo constituir al Estado) “que decide de forma unilateral”.¹⁶ Respecto al poder constituyente, Schmitt cataloga dos principios: el monárquico y el democrático. El segundo es el poder del pueblo para determinarse como tal, partir de una “nada” a ser “algo”: “1. ¿Qué es el Tercer Estado? – Todo. 2. ¿Qué, hasta ahora, ha sido en el orden político existente? – Nada. 3. ¿Qué es lo que quiere ser? – Algo”.¹⁷ Es así una doctrina y cosmovisión surgida en la Revolución Francesa, por la cual el poder constituyente supone al pueblo como ente: “la palabra “Nación” signa en sentido expresivo un Pueblo capaz de actuar, despierto a la conciencia política”.¹⁸ El que haya más de un poder constituyente posible no supone necesariamente la presencia de entidades constituyentes de tipos distintos (veremos más adelante que eso puede pasar, pero de forma más compleja), sino varias del mismo tipo: “El pacto federal entre varias unidades políticas independientes es un auténtico pacto constitucional”.¹⁹

14. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 58.

15. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 71.

16. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 66.

17. Emmanuel-Joseph Sieyès. *Qu'est-ce que le tiers état?* Paris, Flammarion, [1789] 1988, p. 28.

18. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 71.

19. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 82.

No es casual ni el autor que funda el principio del poder constitucional del pueblo (el Abate Sieyès) ni las fechas en las cuales lo sostuvo: 1789, la Asamblea de los Estados Generales del Reino de 1789 que daría paso a la Revolución Francesa. Otro jurista germano contemporáneo de Schmitt, Heller, justamente criticaba la sinonimia del principio Estado con el de la nación como una tendencia muy marcada por culpa de la revolución y el concepto de la generalidad y unanimidad —sin olvidar tampoco como la rivalidad histórica entre Francia y Alemania puede condicionar esta lectura—:

Es a partir de la Revolución francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción contra éste, cuando las naciones, en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas formadoras del Estados. En ciertos círculos era de tal evidencia el concepto de Estado nacional que se pudo afirmar que “el Estado y la nación” eran “compañeros inseparables”. Las ideas nacionalistas y demoliberales contribuyeron por igual a introducir, subrepticamente en el concepto de nación el de la unidad política de acción que, propiamente, solo corresponde al Estado [...] La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aun en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en la actuación del Estado, un grupo en el pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios.^{20 21}

Con todo, el poder constituyente del pueblo sigue siendo el primer y principal principio del poder constituyente. El segundo principio surge como reacción a la Revolución Francesa y es parte del proceso de la Restauración Monárquica coordinada por Metternich luego del colapso del Imperio Napoleónico después de Waterloo. Sostiene Schmitt que esto es fruto de la confusión entre el concepto de Carta estamental medieval con el de la constitución:

Allí donde se formaban concentraciones estamentales (alta nobleza, baja nobleza, clero, burguesía de las ciudades) se basaban en pactos jurados de los miembros. Estos estamentos concluían pactos de múltiples clases, entre sí y con el señor del país, pero también con príncipes extranjeros. Sus pactos con el príncipe del país afectaban a la garantía de privilegios, limitaciones del poder del príncipe, e incluso con frecuencia, al derecho de resistencia armada.²²

20. Hermann Heller. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, [1934] 2014, pp. 151-152.

21. Esta crítica al nacionalismo responde al distanciamiento de Heller para con el nacionalismo provocado por su exilio y el alza del nazismo —comparado a su nacionalismo durante los 1920s—, como bien hace notar Hernández Marcos. Ver Hernández Marcos, Maximiliano. “Hermann Heller ante el nacionalismo”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp.145-166.

22. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 67.

Estas cartas estamentales o estipulaciones –como la Carta Magna inglesa– no afirman ni establecen la forma de gobierno de una unidad política para Schmitt, sino que son la confirmación de derechos, intereses y privilegios de un grupo de poder. Schmitt rechaza la tesis de que estas cartas –sobre todo la Carta Magna, que es generalmente señalada como el principio de la vida constitucional inglesa– puedan ser interpretados como documentos constitucionales (en sentido moderno), punto en el que concuerda Heller, para quien no había Estado en el medioevo sino poliarquía: “Casi todas las funciones que el Estado moderno reclama para sí hallábanse entonces repartidas entre los más diversos depositarios: la Iglesia, el noble propietario de tierras, los caballeros, las ciudades y otros privilegiados”.²³

Bajo esta lógica, los monarcas europeos emitían una Constitución para la sociedad civil y sus estamentos con tal de no suprimir o reconocer el principio constitucional democrático. Schmitt afirma: “Adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral, como sujeto del Poder constituyente, pero sin soltar con ello este Poder constituyente”.²⁴ Es la diferencia entre la Carta Constitucional que Luis XVIII, rey de Francia, da al pueblo francés, y la Constitución de Luis Felipe I de Orleans, rey de los franceses (y todas las posteriores). Caso similar: la constitución de Württemberg, que Hegel comenta y estudia como signo de época, en la que la nobleza “que aún pretendía derechos que se contradicen con el interés y el derecho del pueblo y del Estado, que de ese modo ponía en duda su adhesión al reino y que hablaba de condiciones bajo las cuales aceptaría con benevolencia únicamente un acuerdo de sujeción”.²⁵ Lo que sucede no es un cambio menor: se supone que la capacidad positiva de dar la constitución está en el *pueblo francés*, no en el rey (por eso, Luis XVIII es rey de Francia –posesión la segunda del primero–, y Luis Felipe I, rey de los franceses –el gobernante y representante de los segundos–). Volviendo a la nación que es nuestro foco, luego de las Cartas monárquicas, se prueba con un “dualismo constitucional” –por el cual no se terminaría de afirmar ni que uno ni el otro son el constituyente sino los dos por compromiso²⁶– en las monarquías territoriales alemanas y, luego, en el Segundo Reich.

El tipo ideal de constitución que propone la burguesía durante el siglo XIX y que se generaliza en el XX es uno que Schmitt llama “Estado de Derecho civil liberal”. Ahora bien, Schmitt no era el único jurista

23. Hermann Heller. *Teoría del Estado...*, p. 120.

24. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 73.

25. Georg W. F. Hegel. “[Examen crítico de las] Actas de la asamblea de estamentos del reino de Württemberg en los años 1815 y 1816”, en Id.: *Dos escritos políticos*. Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, [1817] 1987, pp. 9-109, acá p. 62.

26. Ver Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 98-99.

de peso germano del periodo de entreguerras, así, por ejemplo, Kelsen sostenía:

La tentativa de legitimar un Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el Derecho, como un *Rechtsstaat*, es enteramente vana. Todo Estado se funda necesariamente sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico.²⁷

El dictamen de Kelsen en un primer vistazo puede ser criticado como algo que ignora la historicidad o peso semántico de las categorías jurídicas acá presentes, y de hecho lo fue; fue efectivamente criticado como un positivismo ideológico, por el cual el derecho adquiriría su fundamentación legal en virtud solo de ser un derecho positivamente legislado, que debe obedecerse en virtud de ser derecho y ya, como le criticaba Heller:

Si fuera cierto que la jurisprudencia constituye una “matemática de las ciencias del espíritu” habría que despersonalizarla radicalmente; matemáticamente no podría haber ni un derecho subjetivo ni un sujeto de derecho y tampoco un Estado. [...] Su idea abstracta de la ley solo admite individuos abstractos, ninguna individualidad concreta.²⁸

Pero, consideramos, dado el objetivo de la Teoría Pura de Kelsen – hacer una teoría del derecho “depurada” de lo ideológico–, que esto es más para poner en blanco sobre negro de lo que se llama “Estado de Derecho”: la *Teoría Pura* critica varias veces la postura común de tomar ítems que son liberales –por ende, históricamente situados– como sinónimo de lo que es el derecho:

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables.²⁹

Esto es, Kelsen no estaría necesariamente en contra de señalar que las categorías jurídicas presentes o de los últimos siglos tienen una connotación de tipo ideológico y un desarrollo histórico situado, sino que su

27. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho...*, p. 196.

28. Hermann Heller. “Europa y el fascismo” en Id.: *Escritos políticos*. Madrid, Alianza, 1985, pp. 21-132, acá p. 31.

29. Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho...*, p. 116.

tarea en la *Teoría Pura* es trabajar y concebir un concepto de derecho y orden jurídico que esté más allá de eso. Considerado eso, volvamos a la descripción del concepto de constitución del Estado de derecho liberal civil que hace Schmitt.

Uno de sus principios radica en la decisión fundamental en favor de libertades fundamentales, como las políticas o de movimiento, que son inalienables, en tanto se obedece un principio de distribución: “la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio*”.³⁰ Esta consideración de los derechos fundamentales como libertad personal es lo que, para Bobbio, constituye al Estado de derecho como tal: “Pero es necesario distinguir bien la libertad personal de los otros derechos naturales: la primera es el fundamento del Estado de Derecho, fundado sobre el principio del *rule of law*”.³¹ Ahora bien, de esto concluye el jurista italiano que la democracia es la forma de gobierno que se extrae al partir de la individualidad como basamento de la sociedad civil o política:

La democracia moderna reposa sobre la soberanía no del pueblo, sino de los ciudadanos [...] En una democracia moderna quien toma las decisiones colectivas, directa o indirectamente, son siempre y solamente los ciudadanos *uti singuli*, en el momento en el que meten la papeleta en la urna. No es un cuerpo colectivo. [...] Elimina la concepción individualista de la sociedad. No conseguiréis justificar la democracia como una forma de gobierno.³²

En los textos de autores clásicamente liberales es posible leer esta idea de la protección de las libertades individuales —no necesariamente la participación democrática como afirmaría Bobbio luego—: Locke: “los hombres, al incorporarse a una sociedad, renuncian a la igualdad, la libertad y el poder ejecutivo que poseían en el estado de naturaleza y los depositan en manos de la sociedad [...] con la intención de resguardar mejor su libertad y propiedad”.³³ Libertades que son las libertades civiles: “Esta clase de Constitución contiene, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio”.³⁴ El Estado y su poder son pensados desde una faz negativa:

30. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 138.

31. Norberto Bobbio. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991, p. 166.

32. Norberto Bobbio. *El tiempo de los derechos...*, p. 164.

33. John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, [1690] 2010, p. 150.

34. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 137.

Estado de Derecho significa el contraste frente al Estado de fuerza [...] el contraste con el Estado de policía, de bienestar, o cualquier otra clase de Estado que no se proponga exclusivamente el mantenimiento del orden jurídico. Por orden jurídico es preciso entender un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en libertad personal, y considerar al Estado como la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa.³⁵

Pudiendo infringirse estas libertades solo con arreglo a la ley: “Solo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino a base de una ley”.³⁶ El legalismo liberal, el imperio de la ley que limita la acción arbitraria del Estado, está determinado por una universalidad que separa el texto de la ley de la acción de los poderes estatales: “El Estado burgués de Derecho se basa en el “imperio de la Ley”. Por eso es un Estado legalitario. Pero no es cualquier tipo de legislación, sino que debe ser una norma general no arbitraria: “La vinculación del Legislador a la Ley es posible, sin embargo, solo en tanto que la Ley es una norma con ciertas propiedades: rectitud, razonabilidad, justicia, etc. Todas estas propiedades presuponen que la Ley es una norma general”.³⁷ Legislación que debe ser conocida públicamente. Volviendo a Locke: “cualquiera sea la forma que adopte el Estado, el poder supremo debe gobernar mediante leyes debidamente promulgadas y conocidas, y no a través de dictados extemporáneos y resoluciones inciertas”.³⁸ Pensamiento que se corresponde con la idea de que la constitución debe encontrarse escrita: “la burguesía, en lucha con la Monarquía absoluta, venía exigiendo una Constitución escrita. Aquí el concepto de Constitución escrita se convierte en un concepto ideal, en el que se encuentran ínsitas las más distintas exigencias del Estado burgués de Derecho”.³⁹

Ahora bien, si bien aquí los exponemos en dos párrafos distintos por una idea que va a ser recuperada a posteriori, esta fórmula del Estado de derecho viene con un componente de la forma de gobierno: Estado mixto con separación y división de poderes. Para poder asegurar, posibilitar y materializar las libertades fundamentales que implica el principio de distribución, es necesario “un principio de organización [...]: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas”.⁴⁰ Es la doctrina de la división de poderes: Ejecutivo (Administrativo), Legislativo y Judicial. Según

35. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 141.

36. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 149.

37. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 150.

38. John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil...*, p. 170.

39. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 39.

40. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 138.

Schmitt, sus orígenes datan de Lord Bolingbroke y Locke (quien, separando Legislativo y Ejecutivo, divide luego a este en un Ejecutivo interno que juzga y administra en base a las leyes, y un Federativo encargado de la política exterior sin estar sujeto a las leyes⁴¹) en Inglaterra y terminan de definirse en Francia con Montesquieu:

Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro. Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o mismo cuerpo no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado ni del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares.⁴²

Quien crea las leyes, no puede ejercerlas, ni juzgar sobre qué significan; estas tres funciones deben estar separadas con tal de asegurar la no arbitrariedad del régimen civil. Este principio de organización mixta del Estado tiene un representante en la tradición liberal alemana con Kant:

El gobernante del Estado [...] es la persona a la que corresponde el poder ejecutivo (*potestas executoria*): el agente del Estado, que nombra a los magistrados, prescribe al pueblo las reglas por las que cada cual puede en él adquirir algo o conservar lo suyo legalmente subsumiendo un caso bajo la ley) [...] El soberano del pueblo (el legislador) no puede, por tanto ser a la vez gobernante, porque éste está sometido a la ley y obligado por ella, por consiguiente, por el soberano. [...] Por último, ni el soberano del Estado ni el gobernante pueden juzgar sino solo investir jueces como magistrados. El pueblo se juzga a sí mismo a través de aquellos conciudadanos que, mediante libre elección, son reconocidos como sus representantes para ello, o sea, para cada acto.⁴³

Este es el último componente de la organización política formal del Estado de derecho, más importante incluso, cuyo legislativo tiende a ser sometido a elección para asegurar la representación política de la comunidad y la libertad legal –que las leyes de la ciudadanía tengan su consentimiento–. Volviendo a Kant:

41. John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil...*, p. 170.

42. Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Tomo I. Buenos Aires, Tecnos-Orbis, [1748] 1984, pp. 143-144.

43. Immanuel Kant. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, [1797] 2008, pp. 147-148.

El poder legislativo solo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta algo respecto de otro, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo. De ahí que solo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, solo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora.⁴⁴

Con Kant empieza una tensión bastante importante que puede leerse en el tópico del derecho a votar como cualificación de la ciudadanía y la división entre ciudadano activo y pasivo. O más bien, el planteo de que una lógica que intervenga en la participación política civil que eventualmente generaría una tensión. Esta tensión es propiamente una tensión de clases que contrapone las ideas liberales con la democracia como tal. Porque Kant no divide ni lee la sociedad civil en términos de clases, pero al plantear que hay una ciudadanía activa –poseedora, tanto de bienes de producción como de una arte o certificación que le permite ser autónoma– y una pasiva –votando la primera por estos segundos a su cargo–, sostiene la legitimidad liberal de que la democracia no sea un verdadero sufragio de masas (sino un sufragio de los propietarios).

III. La tensión constitucional: democracia contra liberalismo

Un factor de tensión constante que va a considerar este artículo no es jurídico necesariamente en principio, sino social, y responde a las diferencias de clase que surgen con el desarrollo del mercado y la sociedad civil, entre grandes propietarios y no propietarios (o incluso, propietarios de las clases medias y bajas), y cómo esto afecta las discusiones sobre: el sufragio de masas, la legitimidad de la representatividad parlamentaria, la correspondencia entre derecho privado y público (¿puede el Estado de derecho estar separado de la separación de poderes y la representación política, de modo que haya declaraciones de libertades civiles como libertad de prensa, movimiento e inviolabilidad de la propiedad privada sin que la ciudadanía elija sus representantes o que las atribuciones jurídicas, legislativas y ejecutivas no estén separadas? ¿Puede una dictadura (o una monarquía absoluta) ser, a la vez, un Estado de Derecho?), y el debate sobre la legitimidad de un derecho “social” (O *Sozialstaat*). En esta sección consideraremos el tópico de la representatividad parlamentaria y el voto de masas, en la siguiente la disputa por el Estado social,

44. Immanuel Kant. *Metafísica de las costumbres...*, p. 143.

y concluiremos considerando la cuestión de la relación libertad personal-libertad política.

La historia del pensamiento jurídico y del desarrollo constitucional de una nación puede ser reflejo de sus desarrollos económicos y sociales y del mundo, en el sentido de que una nación, por más que tenga una tradición propia de pensamiento y una forma de organizarse socialmente, no solo va a verse afectada por las tendencias sociales que afectan al mundo (y por ende, reaccionar intelectualmente también a los cambios que sufra por ello), sino también tomar nota de los desarrollos intelectuales que se den más allá de sus fronteras. La *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt en ese sentido es expresión de ello: para el jurista católico, la continuación del principio monárquico constituyente responde más al temor de una democracia anti-capitalista a causa de la participación de las masas en los procesos electorales que por una justificación teórica verdadera del principio constituyente del monarca. El monarca ya es una institución constituida, pero sufre el problema de que “descansa en el principio dinástico, es decir, en la sucesión hereditaria dentro de una familia, y, por lo tanto, no en conceptos específicamente políticos, sino en el Derecho de familia”;⁴⁵ ya es una entidad la familia monárquica, no la sustancia indefinida (el todo que quiere ser algo, volviendo a Sieyès) de toda la sociedad que luego va a conformar la vida política. Absorber el principio del poder constituyente y dárselo al monarca absoluto es, para Schmitt, una “simple defensiva solo posible como antítesis extrema”.

Sobre el dualismo constitucional, en el que gobierno monárquico y representación popular son quienes encaran la representación de la unidad política, para Schmitt lo que hay es una decisión relegada. Es un compromiso dilatorio: “Ambas partes, Príncipe y Representación popular, están de acuerdo en que la decisión debe ser suspendida. Pero un compromiso semejante no es por ello nunca un auténtico compromiso objetivo, sino el compromiso de fórmula dilatoria”: una solución de compromiso.⁴⁶ Y la dilación se podía sostener en la medida que la economía y la estabilidad acompañaran (el periodo subsiguiente fue la supremacía bismarckiana). Pero la dilación descansa acá en que la representación popular no es una figura política de peso (“Aquellas atribuciones en que participa constitucionalmente la Representación popular son limitadas en principio”) al igual que no es el poder constituyente el Pueblo sino el monarca (y acá el argumento liberal de la época es que en realidad la soberanía es de la Constitución, que es el mismo argumento

45. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 98-99.

46. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 74-75.

de los liberales franceses respecto a la monarquía de Julio, que no es el Pueblo el soberano constituyente, sino la Constitución).⁴⁷ Rosanovich recupera el debate sobre el dualismo monárquico y señala que, si bien para Schmitt hubo un compromiso dilatorio, para Boldt había una afirmación directa del principio monárquico: “Boldt ha interpretado este proceso bajo la idea de que el principio monárquico del *Vormärz* define claramente una soberanía del monarca que se opone a la soberanía popular, determinación que, en términos constitucionales, aparecería con las vestimentas de la monarquía constitucional”.⁴⁸

Según Schmitt, la burguesía liberal del siglo XIX no solo busca asegurar su propiedad y libertad civil sino también tener un rol en la legislación. Lucha “ante todo, por los derechos de la “representación popular”, es decir, por una extensión y ampliación de las facultades y competencias del Parlamento. Como última consecuencia, eso conducía a la Democracia”.⁴⁹ La burguesía liberal no puede fundamentar la ley como norma general del Estado de derecho solo con contenido iusnatural, sino que también debe ser político: es la Ley del Pueblo, sujeto soberano. Pero esto supone distintos tipos de derechos, de “Derechos fundamentales” frente a los derechos liberales: los derechos de la democracia presuponen “al ciudadano que vive en el Estado”,⁵⁰ son políticos, no son meras libertades sino que “se mueven dentro del Estado, y afectan solo a una cierta medida de la participación del Estado”, Y como democráticos, afectan a toda la ciudadanía por igual: igual sufragio, igual petición, igualdad de acceso a cargos públicos en virtud de las aptitudes.

La burguesía del siglo XIX está a favor de un régimen de representación popular en el que por medio del Parlamento pueda intervenir en la legislación, pero no así en favor de una democracia amplia. “El contraste [...] entre Liberalismo y Democracia se muestra aquí en su significación decisiva como contraste de los principios del Estado burgués de Derecho frente a las consecuencias de un principio político-formal”.⁵¹ Situación de estar entre la espada y la pared: reivindicar la participación política frente a la monarquía absoluta, reivindicar la propiedad privada y el Estado de derecho liberal frente a una democracia de masas. Esto se materializa por la idea de que la participación política esté mediada por la formación intelectual por un lado, en efecto, pero también por

47. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 73.

48. Damián Rosanovich. “Un acertijo, envuelto en un misterio, dentro de un enigma: la relación entre el Estado de Derecho y el Estado social”, *Prohistoria*, N° 40, Rosario, 2023, pp. 1-42, acá p. 14.

49. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 156.

50. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 174.

51. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 298.

la propiedad privada, por el otro. Antes de esta crisis, la idea ya estaba presente en Kant:

Solo la capacidad de votar cualifica al ciudadano; pero tal capacidad presupone la independencia del que, en el pueblo, no quiere ser únicamente parte de la comunidad, sino también miembro de ella, es decir, quiere ser una parte de la comunidad que actúa por su propio arbitrio junto con otros. Pero la última cualidad hace necesaria la distinción entre ciudadano activo y pasivo, aunque el concepto de este último parece estar en contradicción con la definición del concepto de ciudadano en general.⁵²

La pasividad y actividad, como comentamos más arriba, responde a grados de autonomía posible de ejercitarse en Kant –por la cual los que responden a las órdenes y viven bajo la órbita de otra persona tienen su voto realizado por esta–. Una gran cantidad de miembros de la comunidad política serían, entonces, por definición, privados de voto en la comunidad política. Ello materializa las condiciones de posesión y desposesión personal que habría teóricamente en naturaleza dentro del derecho público para Kant:

Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva.⁵³

La protección del derecho privado motiva la existencia jurídica de la comunidad. Como pasa con un jurista contemporáneo de la crisis de 1848, von Stein. Inspirado en Hegel, la sociedad civil es el ámbito en el que se desarrolla filosóficamente, conceptualmente, el capitalismo como sistema económico, y aquí el jurista de Schleswig-Holstein habla de cómo la acumulación de capital termina en una situación de sujeción, por la cual la clase trabajadora pasa a estar dominada por completo por la clase propietaria: la división pasa a ser entre clase dominante y dependiente.⁵⁴ Esta clase dominante busca sujetar también al Estado, esfera de la libertad, estableciendo que solo ellos puedan participar en la constitución –o determinación de la voluntad estatal a través del censo– y estableciendo condiciones en la política administrativa que “solo miembros de la clase dominante pueden reunir y sobre cuya existencia deciden los miembros de la clase dominante”.⁵⁵

52. Immanuel Kant. *Metafísica de las costumbres...*, p. 144.

53. Immanuel Kant. *Metafísica de las costumbres...*, p. 137.

54. Ver Lorenz von Stein. *Movimientos sociales y monarquía*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, [1850] 1957, p. 60.

55. Lorenz von Stein. *Movimientos sociales y monarquía...*, p. 72.

Para Schmitt, la propiedad no puede representarse, pero sí “pueden representarse los intereses de los propietarios”.⁵⁶ Algo que puede establecerse por el sufragio censitario, en el que solo los burgueses propietarios pueden pagar —señala aquí el *dictum* revolucionario estadounidense “Ningún tributo sin representación” (*no taxation without representation*)—.

En la medida en que la burguesía condujo la lucha política solo bajo el punto de vista de su interés económico, y desapareció la fe en el carácter representativo, pudo contentarse también con ejercitar el influjo político que necesitaba, con ayuda de su poder económico, arreglándose con los más distintos gobiernos.⁵⁷

Señala también que, por ejemplo, el sistema electoral de la democracia parlamentaria no es realmente democrático, sino liberal (señalando aquí a Bentham): el sufragio secreto, según el jurista, está pensado para proteger al individuo, no expresar la voluntad general —siguiendo a Rousseau—:

La ley o votación es, antes bien, una votación individual secreta. El método del sufragio secreto no es, sin embargo, democrático, sino expresión del individualismo liberal [...] contradice al principio político de la democracia. Pues la aplicación consecuente de la votación secreta transforma al ciudadano, al *citoyen*, es decir, a la figura específicamente democrática, política, en un hombre privado.⁵⁸

Para Schmitt, este individualismo solo puede terminar en un corporativismo que amenaza con suprimir la neutralidad del Estado. La neutralidad del Estado es la “expresión de una unidad y totalidad que abarca a los agrupamientos contrapuestos, con lo cual relativiza a todos en la misma”.⁵⁹ En cambio, el corporativismo o pluralismo hace que el Estado aparezca “como dependiendo en amplia medida de los distintos grupos sociales, sea como una víctima, sea como el resultado de las componendas entre ellos, digamos, como objeto del compromiso entre grupos de poder sociales y económicos, que forman un conglomerado de factores heterogéneos, como partidos, asociaciones de intereses, uniones empresariales, sindicatos Iglesias, y similares, que llegan a acuerdos entre ellos”.⁶⁰ Estas son tesis contrarias a la que sostuvo, por ejemplo, Max

56. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 300-301.

57. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 301.

58. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 239.

59. Carl Schmitt. *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, [1932] 1991, p. 129.

60. Carl Schmitt. “Ética del Estado y Estado pluralista [1929]” en *Deus Mortalis*, N° 10, 2010, pp. 291-307, acá p. 269.

Weber: “En lo esencial, ambas actividades son absolutamente análogas. Considerado desde las ciencias sociales, tan ‘empresa’ [*Betrieb*] es el Estado moderno como una fábrica.”⁶¹

Con todo, es difícil sostener la validez de un voto censitario a la vez que la crítica al miedo de un derecho de casta de la nobleza: el único sentido en que los ciudadanos “pasivos” no son participantes de los asuntos civiles o de la economía de una nación es en el que no son propietarios o sujetos económicamente autónomos (pero sí son necesariamente parte de la cadena económica; por más que no sean autónomos, son parte de la producción económica tanto como trabajadores como consumidores). Por fuera de ello, no parecen exentos ni de pagar impuestos, ni de tener que tomar las armas en caso de guerra con el extranjero. O la soberanía de la nación se afirma no solo en la afirmación de su principio constituyente sino también en la participación en las funciones legislativas por parte de la población (que, convalidaría en la práctica política común la legitimidad de las leyes como reconocidas por parte de la ciudadanía), o no, y no se trata de una *res publica* mediada por normas generales reconocidas por la nación, sino una en la que se realizan excepciones arbitrarias respecto de gran parte de la población (la mayoría incluso) y en la que una franja de la sociedad (no por sangre, sino por propiedad) tiene privilegios que el resto no.

IV. Weimar y el Sozialstaat: incoherencia y traición

Finalizada la Gran Guerra, la “bonanza económica” previamente mencionada está más que terminada y en el proceso de redacción constitucional tienen bastante peso en el documento final la intervención de los socialdemócratas alemanes. Así, en Weimar surge el “Estado social” (*Sozialstaat*) o Estado de derecho social. Este es uno de los debates principales del período Weimar. La noción de intervención estatal en la economía capitalista “libre”, sin embargo, tiene ya sus orígenes en la bibliografía jurídica del siglo pasado. Antes de que von Stein expusiera su tesis acerca de que el monarca absoluto debe intervenir para asegurar la sociedad del interés recíproco contra los intereses de sujeción capitalista de la clase dominante,⁶² Hegel ya proponía que el poder policial tuviese en su previsión y control “la finalidad de mediar entre el individuo y la posibilidad general existente para el alcance de sus fines individuales. Tiene que preocuparse por la iluminación pública, la construcción de

61. Max Weber. “Parlamento y Gobierno en una Alemania Reorganizada [1917-1918]” en Id.: *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, (1918) 2008, p. 98.

62. Ver Lorenz von Stein. *Movimientos sociales y monarquía...*, pp. 483-484.

puentes, los precios de los artículos de primera necesidad, la salud, etcétera”.⁶³ Hegel busca prevenir el engendramiento de una plebe, una masa de la población que entregada “a la contingencia se vuelve negligente y toma aversión al trabajo”, “una gran masa por debajo de un cierto nivel mínimo de subsistencia” que sufre “la pérdida consiguiente del sentimiento del derecho, de lo jurídico y del honor de existir por su propia actividad y trabajo”.⁶⁴

Max Weber también participaría en este debate, siendo una figura intelectual importante para el SPD y un estudioso de los sistemas parlamentarios y la sociedad industrial de su tiempo. Schmitt, en su debate con Richard Thoma en el texto “La Crisis del Parlamentarismo” señala que los principios liberales fundamentales son los clásicos del siglo XIX, ingleses y franceses, y que el sociólogo no tiene tanto peso real porque los habría repuesto en terreno alemán. “Aunque él efectivamente conocía los trabajos de Naumann, Preuss y Weber, Schmitt insistió en que ellos no agregaron nuevos argumentos principales para el parlamentarismo; más bien, sus posturas asumían las teorías ‘clásicas’ del liberalismo”.⁶⁵ Pero es argumentable que Weber estuviera a favor de un proceso no liberal como la socialización para salvar a Alemania de la guerra de clases, como señala Villacañas-Berlanga.⁶⁶

Solo un presidente del Estado que tenga detrás de sí millones de votos puede poseer la autoridad para poner en marcha los procesos de nacionalización, pues para estos procesos no valen nada los artículos de las leyes mientras que con una Administración unificada se puede lograr todo. [...] Que piense [la socialdemocracia] que la tan cacareada «dictadura» de las masas requiere precisamente de un «dictador», un hombre de confianza de las masas elegido por ellas, al que se sometan por el tiempo en que aquél posea la confianza de ellas.⁶⁷

Esto es similar, aunque con diferencias muy marcadas, al rol del monarca en la teoría social-estatal de von Stein: “que la monarquía actúe, precisamente contra la voluntad y la natural tendencia de la clase dominante y en pro del levantamiento de la clase inferior, hasta entonces social y políticamente sometida, utilizando en este sentido el supremo

63. Georg W. F. Hegel. *Principios de la filosofía del Derecho...*, p. 354.

64. Georg W. F. Hegel. *Principios de la filosofía del Derecho...*, p. 359.

65. Ellen Kennedy. “Introduction: Carl Schmitt’s *Parlamentarismus* in Its Historical Context”, en Carl Schmitt: *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, The MIT Press, [1923] 1988, pp. XIII-L, acá p. XVII.

66. Ver José Luis Villacañas-Berlanga. “Weber y Schmitt sobre Weimar: La legitimidad de una continuidad”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 69-109, esp. p. 91.

67. Max Weber. “Parlamento y Gobierno...” p. 338.

poder del Estado confiado a ella”.⁶⁸ El problema con el planteo de von Stein vendría a ser ¿por qué el monarca, que es también parte de la clase dominante como el principal de los nobles (un propietario de abolengo atado a normas de derecho familiar aún más antiguas, del Antiguo Régimen) actuaría en contra de la tendencia de la clase dominante, si como ellos no solo es un propietario, sino que su poder en el Estado está también regido por la herencia familiar? El argumento del jurista parece ser solo que convendría para evitar el conflicto de la guerra de clases entre dominantes y dominados, evitar el comunismo o la dictadura de la casta, sí, pero, ¿y si el monarca está a favor de la dictadura de casta? La objeción que hacemos acá es que von Stein presupone que la autoridad que el monarca tendría, que “neutralizaría” en términos de derecho y poder de decisión la disputa –porque vendría a ser la suma del poder público como cabeza del Estado–, neutralizaría los matices ideológicos por los que este realizaría sus actos o la lectura ideológica que se haga de ellos. No por decir que no podría darse esta acción puntual, claro está, sino que como argumento termina siendo insuficiente. Von Stein expresa más un *deseo* que el de hacer un argumento real.

Volviendo a la tesis de Weber de que el rol del presidente del Reich es la socialización, a ojos de Schmitt, eso sería el fin de la neutralidad del Estado ante la economía por parte de las corporaciones –sindicatos, SPD–, frente a la cual, al contrario de Weber, el presidente del Reich tiene que intervenir en contra, siendo el único que puede por ser el que “representaba al pueblo constituyente”.⁶⁹ este fallo en favor de un Ejecutivo fuerte que asegure contra la representación diversa ideológica en el parlamento y la “neutralidad” de la economía liberal le valen al jurista católico –para Villacañas-Berlanga– la acusación de autor originario del neoliberalismo.

Schmitt considera que el presidente del Reich, como electo por la comunidad política en total –no por estados (*Länder*), como los diputados, senadores y gobernadores– y por la posesión de poderes de excepción –art. 48, lo que lo vuelve la persona que encara la soberanía en tanto quien decide en la excepción⁷⁰– sería quien pueda sostener como “guardián de la Constitución”⁷¹ el orden normativo del Estado de Derecho y el Reich contra el corporativismo parlamentario del SPD y el comunismo. Si bien el presidente del Reich es el único funcionario que, como representante, carga con la elección de la comunidad política entera, eso no quita

68. Lorenz von Stein. *Movimientos sociales y monarquía...*, p. 309.

69. José Luis Villacañas-Berlanga. “Weber y Schmitt sobre Weimar...”, pp. 84-85.

70. Ver Carl Schmitt. *Teología política*. Madrid, Trotta, 2009, p. 13.

71. Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Tecnos, [1931] 1983, pp. 215-216.

que no sea (por necesidad) el candidato de tal o cual partido (y entonces el propio Schmitt refuta a Schmitt en el tema de negar la representación de la totalidad nacional: ¿es una corrupción de la neutralidad que tales o cuales diputados sean de tal partido –esto es, del SPD o comunistas–, pero no que la cabeza del ejecutivo lo sea? ¿Es realmente “neutral ideológicamente” el presidente Hindenburg interviniendo federalmente Prusia en el 1931, juicio que defiende Schmitt puntualmente contra Heller? (Gómez Orfanel,⁷² Franco de Sá⁷³)?

Con todo, y volviendo a lo dicho previamente con von Stein, la cabeza del ejecutivo *puede* tomar acciones tanto para encarar la socialización como para no fomentarla, pero el tópico de la constitucionalidad del Estado social y el Estado de derecho (liberal, civil, burgués) ya está decidido como parte de la constitución de Weimar y con toda su acción en favor de una u otra tendencia respecto de la propiedad privada no constituiría algo neutro ideológicamente, sin mencionar que el tener mayor representación que identificación que el parlamento no implica derecho ni legalidad de sus actos.⁷⁴ En suma, sería antidemocrática la preeminencia del principio ejecutivo contra el legislativo, siendo que tanto presidente como parlamento son cuerpos electos por igual: incluso considerada la tradición germánica del dualismo para moderar la representación popular, eso no hace más ni menos representativo, o más ni menos representativo de ciertos intereses, al parlamento que al presidente.

Schmitt y Heller concuerdan en la naturaleza contradictoria de los famosos compromisos constitucionales, en los que se falla en favor de principios políticos que se revelan contrarios entre sí. Heller comenta así los artículos 151 al 154, por los que la ordenación de la economía se ajusta a los principios de justicia con tal de garantizar una existencia digna: “Hay que decir que esta sección ostenta del modo más aparente la huella que deja la dificultad de conciliar el desequilibrio de antagonismos sociales. A las proposiciones claramente liberales se yuxtaponen otras contrarias a ellas y de signo socialista no menos claro”.⁷⁵ Schmitt los lee como compromisos dilatorios, que admiten en el texto constitucional el problema y la necesidad de socialización pero que se niegan a

72. Ver Germán Gómez Orfanel. “Los poderes de excepción del Presidente del Reich y el final de la república de Weimar” en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 19-32, esp. pp. 27-31.

73. Ver Franco de Sá, Alexandre. “Dangerous Liaisons: Carl Schmitt y la República de Weimar”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 33-48, esp. pp. 35-39.

74. Ver Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, pp. 206-207.

75. Hermann Heller. “El derecho constitucional de la república de Weimar. Derechos y deberes fundamentales”, en *Escritos políticos...*, pp. 269-281, acá p. 271.

terminar de definir porque es un punto contencioso y dejan la definición a la legislación común, lo que, a efectos prácticos, termina siendo un fallo en favor del Estado de derecho burgués:

En realidad, sin embargo, se introdujeron en parte, y en parte se proclamaron como programa, solo una serie de reformas sociales, mientras que no se extrajeron consecuencias políticas específicas de los principios del socialismo. La decisión fundamental recayó por completo a favor del Estado burgués de Derecho y de la democracia constitucional.⁷⁶

Lo dilatorio termina de afirmarse así como la resignación efectiva a decidir sobre la discusión constitucional y dejar que el legislativo común decida.

Décadas después, E. W. Böckenförde repondría la postura de Forsthoft acerca de la incompatibilidad constitucional entre Estado social y Estado de derecho: “si se mantienen las condiciones propias del Estado de derecho, la realización del Estado social no puede (ni tiene que) plantearse a nivel constitucional, sino solo y específicamente a través de la legislación y de la administración. En su estructura de garantía de la libertad, el Estado de derecho está vinculado de forma inmediata e inquebrantable a garantías jurídico-constitucionales, y en especial a las tres garantías de la igualdad jurídica, libertad de adquisición y propiedad”.⁷⁷ La intervención del Estado en el ámbito social no se realizaría con leyes generales sino con leyes medida⁷⁸ —esto es, normas que abandonan el principio de generalidad y abstracción de las normas jurídicas liberales e intervienen jurídicamente en situaciones concretas—, y que “la pretensión de una ilimitada potestad fiscal del Estado que responda a los objetivos de una redistribución social puede rebajar y vaciar la garantía de la propiedad, del mismo modo que la creación de un sistema de seguridad social puede afectar la garantía de la libertad propia del Estado”.⁷⁹ O, en todo caso, no es que la problemática social se haya eliminado en el Estado liberal de derecho y esté presente en el Estado social, sino que la oposición radica en que “en cada una de estas configuraciones estatales, la unidad y la multiplicidad son inteligidas a la luz de lógicas que ponderan formaciones diversas de lo política y de la vida ética de una comunidad”.⁸⁰

76. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución...*, p. 54.

77. Ernst-Wolfgang Böckenförde. “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, en Id.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-45, p. 36.

78. Ver Ernst-Wolfgang Böckenförde. “Origen y cambio del concepto...”, p. 38.

79. Ernst-Wolfgang Böckenförde. “Origen y cambio del concepto...”, p. 39.

80. Damián Rosanovich. “Un acertijo, envuelto en un misterio...”, pp. 25-26.

V. Conclusiones: inseparabilidad de democracia y Estado de Derecho

No hay forma correcta de separar al Estado de derecho de la democracia, al menos democracia en algún grado. Heller justamente critica a la propia burguesía como clase social al traicionar a la democracia en favor de una dictadura capitalista: en *Estado de derecho o Dictadura*, no solo señala que la vida cultural y jurídica de la burguesía depende de la democracia común, sino que esta es mucho menos propensa a la corrupción que una dictadura:

Es también muy cierto que se oye hablar mucho más de corrupción en el Estado democrático de Derecho que en la dictadura; indiscutiblemente algo tiene que ver con ello la forma de gobierno. Sería, sin embargo, erróneo creer que la corrupción sea más reducida en la dictadura que en la democracia. Cuando justamente sucede lo contrario. También en este punto es el Estado democrático de Derecho mejor de lo que parece y la Dictadura –al menos desde lejos– parece mejor de lo que es. No es menester en absoluto acudir para probarlo la realidad italiana de la dictadura fascista y añadir a eso que allí regla general el más deshonesto enriquecimiento de autoridades superiores y supremas del Estado, y excepción las manos limpias.⁸¹

En un régimen sin legalidad, en el que la suma del poder público está en manos de una sola facción y la participación política o pública están prohibidas, por más que sea el Estado de una clase social, no hay Estado de derecho porque no hay forma de cambiar ni criticar a quienes tienen las riendas del Estado. Además, el Estado corporativo reaccionario real, italiano, es la dominación de las corporaciones por parte del Estado (aquí cita directamente al ministro de Justicia Rocco: “Se está en lo cierto cuando se habla de Estado sindical o corporativo, a condición de explicar el sentido del término. El Estado corporativo no es el Estado en manos de la corporación, sino la corporación en manos del Estado”⁸²): esto es, que van a ser suprimidos por el Estado fascista, no lo van a dirigir, que no son la “aristocracia de sangre” de Spengler:

Es sobremanera consecuente que sean uno y el mismo, el autor de la *Decadencia de Occidente*, y el más auténtico paladín que en Alemania tienen la religión de la violencia y el genio y la idea de la dictadura. Para Oswald Spengler no hay, en efecto, sino «Estados de estamentos, Estados en los que gobierna un único estamento». Pero el estamento «propriamente dicho», «suma de la sangre y de la raza» es solamente la nobleza. [] Pero tal saber acerca

81. Hermann Heller. “Estado de Derecho o Dictadura”, en Id.: *Escritos políticos...*, pp. 283-301, acá p. 293.

82. Hermann Heller. “Estado de Derecho o Dictadura...”, p. 299.

de la dominación sería peligroso para el rebaño. Para él ha menester de aquellos velos quiméricos, de un enmascaramiento de los frentes políticos. Por ello se suele propalar que el blanco de los ataques es el parlamentarismo, y el fin perseguido no es ya la Dictadura sino el Estado corporativo o estamental. Ambas afirmaciones son más o menos conscientes falsedades.⁸³

La supresión del régimen parlamentario, criticado como “corporativista” y de intereses contrarios a la voluntad unánime, parece para Heller una crítica que parte de que la verdadera y única ciudadanía es la burguesía propietaria (volviendo así al derecho de casta temido por von Stein que mencionamos antes). Concluimos volviendo a la imagen inicial, del Estado al que le arrancan las partes esenciales, inseparables. En el caso del Estado de derecho, sostenemos entonces que la democracia y las libertades fundamentales (que suponen el imperio de la ley y la limitación del Estado como fuerza) no se pueden separar. Que, conforme al sentido ideal de esta forma de Estado, la supresión del régimen parlamentario, de las elecciones o de los derechos fundamentales, constituye justamente una monstruosidad; no en el sentido de una anarquía ordenada en la que los países, ciudades y órdenes se gobiernan a sí mismos y de forma independiente del orden central –el primer sentido–, sino aquella en la que se realizó una violación flagrante de los principios ideales del orden jurídico del Estado liberal. No realmente, no sin suponer una cancelación de las posibilidades directas de la legalidad de ese régimen, o, en el caso de una monarquía constitucional sin sufragio universal, un régimen carente de la legitimidad democrática que afirma poseer.

Bibliografía

- Beiser, Frederick C. *The German Historicist Tradition*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000.
- Boyd, Nathaniel. “The Constitution of Crisis: Politics, Decline and Decision in Hegel’s *Verfassungsschrift*”, en Cesare Cuttica y László Kontler (eds.): *Crisis and Renewal in the History of European Political Thought*. Leiden, Brill, 2021, pp. 280-302.
- Dotti, Jorge E. “La representación teológico-política en Carl Schmitt”, *Avatares filosóficos*, N° 1, 2014, pp. 27-54.

83. Hermann Heller. “Estado de Derecho o Dictadura...”, pp. 295-296.

- Franco de Sá, Alexandre. “Dangerous Liaisons: Carl Schmitt y la República de Weimar”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar. La crisis de la globalización en Euroamérica (1918-1933)*. Madrid, Tecnos, 2020, pp. 33-48.
- Gómez Orfanel, Germán. “Los poderes de excepción del Presidente del Reich y el final de la república de Weimar” en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 19-32.
- Hegel, Georg W. F. *Principios de la filosofía del Derecho*. Barcelona, Edhasa, [1820] 1999.
- *La Constitución de Alemania*. Madrid, Aguilar, [1802] 1972.
- *Dos escritos políticos*. Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, [1817] 1987.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, [1934] 2014.
- *Escritos políticos*. Madrid, Alianza, 1985.
- Hernandez Marcos, Maximiliano. “Hermann Heller ante el nacionalismo”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 145-166.
- Kant, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, [1797] 2008.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, [1934] 1987.
- Kennedy, Ellen. “Introduction: Carl Schmitt’s *Parliamentarism* in Its Historical Context”, en Carl Schmitt: *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, The MIT Press, [1923] 1988, pp. XIII-L.
- Laerke, Mogens. “Leibniz in Europe”, en Darian Meacham y Nicolas de Warren (eds.): *Routledge Handbook on Philosophy and Europe*. London, Routledge, 2021, pp. 30-43.
- Locke, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, [1690] 2010.
- Menéndez, Agustín José. “El pensamiento constitucional de Hermann Heller en la crisis de entreguerras” en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 128-144.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Tomo I. Buenos Aires, Tecnos-Orbis, [1748] 1984.
- Pufendorf, Samuel. *Die Verfassung des deutschen Reiches*. Stuttgart, P. Reclam, [1667] 1976.
- Rosanovich, Damián. “Un acertijo, envuelto en un misterio, dentro de un enigma: la relación entre el Estado de Derecho y el Estado social”, *Prohistoria*, N° 40, Rosario, 2023, pp. 1-42.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, [1928] 1982.
- *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Tecnos, [1931] 1983.

- *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, The MIT Press, [1923] 1988.
- *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, [1932] 1991.
- *Teología política*. Madrid, Trotta, 2009.
- “Ética del Estado y Estado pluralista [1929]” en *Deus Mortalis*, N° 10, 2010, pp. 291-307.
- Sieyès, Emmanuel-Joseph. *Qu'est-ce que le tiers état?* Paris, Flammarion, [1789] 1988.
- Villacañas-Berlanga, José Luis. “Weber y Schmitt sobre Weimar: La legitimidad de una continuidad”, en José Luis Villacañas y Jordi Maiso (comps.): *Laboratorio Weimar...*, pp. 69-109.
- Von Stein, Lorenz. *Movimientos sociales y monarquía*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, [1850] 1957.
- Weber, Max. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza, 2008.