

**ESTADO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN EL
PENSAMIENTO CRÍTICO DE OTTO KIRCHHEIMER**

***STATE AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY IN THE CRITICAL
THOUGHT OF OTTO KIRCHHEIMER***

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del trabajo y de la seguridad social

Universidad de Granada

<https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

Cómo citar este trabajo: Monereo Pérez, J. L. (2026). Estado y democracia constitucional en el pensamiento crítico de Otto Kirchheimer. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 16 (1), 1–114. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.12847>

RESUMEN

El siglo veinte, y muy especialmente los años de las dos guerras mundiales, fueron años difíciles, años de transición de cambios civilizatorios y trágicos. Desde ese mismo periodo quedó claro que el siglo veinte sería una mezcla confusa de situaciones de emergencia, desastres, improvisaciones y soluciones artificiales. En 1914, y en pocas semanas, se cambia desde una corriente apacible -al menos aparentemente- a un torrente de aguas turbulentas. Con los cambios económicos y políticos de entreguerras, los pesimistas y los que creían en un estancamiento tenían buenas razones para sentirse desanimados. Eran los realistas. La República de Weimar nació en plena crisis de la primera postguerra mundial, en una Alemania derrotada que tendría que asumir las imposiciones económicas, singularmente duras (y en algún caso casi de imposible cumplimiento), que como potencia vencida se establecían en el Tratado de Versalles. Otto Kirchheimer se mostró especialmente

crítico con la República de Weimar y su legalidad formal, y lo hizo de forma ciertamente lúcida y controvertida en sus planteamientos en una época trágica de crisis de la República de Weimar y de intenso debate intelectual; una verdadera "fábrica de ideas", y al mismo tiempo una anticipación del modelo de constitucionalismo social de la segunda postguerra mundial. Un constitucionalismo que entrañaría una línea disruptiva respecto del constitucionalismo tradicional sustentado en la ideología liberal. Es también un elemento esencial de toma de conciencia en los países civilizados sobre los fundamentos de la propia existencia política. No se olvide que Kirchheimer prestó una especial atención a las transformaciones del Estado moderno y al sistema de partidos.

PALABRAS CLAVE: Estado Social de Derecho y Pluralismo, Estado totalitario, Socialismo democrático, Derecho Social, Otto Kirchheimer,

ABSTRACT

The twentieth century, and especially the years of the two world wars, were difficult years, years of transition marked by civilizational changes and tragedies. From that very period, it became clear that the twentieth century would be a confusing mix of emergencies, disasters, improvisations, and artificial solutions. In 1914, in just a few weeks, things changed from a peaceful current—at least apparently—to a torrent of turbulent waters. With the economic and political changes of the interwar period, pessimists and those who believed in stagnation had good reason to feel discouraged. They were the realists. The Weimar Republic was born in the midst of the crisis of the first post-war period, in a defeated Germany that would have to assume the singularly harsh (and in some cases almost impossible to fulfil) economic impositions established in the Treaty of Versailles as a vanquished power. Otto Kirchheimer was particularly critical of the Weimar Republic and its formal legality, and he did so in a lucid and controversial manner in his proposals during a tragic period of crisis for the Weimar Republic and intense intellectual debate; a true “idea factory,” and at the same time a foreshadowing of the model of social constitutionalism of the post-World War II era. A constitutionalism that would entail a disruptive break with traditional constitutionalism based on liberal ideology. It is also an essential element of awareness in civilized countries about the foundations of their own political existence. It should not be forgotten that Kirchheimer paid special attention to the transformations of the modern state and the party system.

KEYWORDS: Social State of Law and Pluralism, Totalitarian State, Democratic Socialism, Social Law, Otto Kirchheimer.

SUMARIO

1. Introducción.

2. La crítica a la concepción formal del Estado de Derecho en la crisis de la República de Weimar.

3. ¿Constitución “sin decisión” o Constitución para el Estado democrático de Pluralidad de Clases?

“...Todo lo que yo veía ahora, me encontrase donde me encontrase, se hallaba al borde de una catástrofe que podía aparecer de un momento a otro”
ELÍAS CANETTI¹

1.-Introducción

Otto Kirchheimer, nacido el 11 de noviembre de 1905 en Heilbronn, es, como Franz Neumann, de padres judíos. Realizó estudios de Derecho y Política entre 1924 y 1928, primero en Múnich, Colonia y después en Bonn y Berlín. Es, pues, un jurista (principalmente como investigador en los campos de la ciencia política, del Derecho político, y del Derecho constitucional y del Derecho penal y la criminología) y un politólogo. Su pensamiento es complejo y rico en el dominio de distintos saberes en el campo de las ciencias sociales y jurídicas. Ha tenido recepción destacada, con estudios pioneros en nuestro país sobre su relevancia jurídica y sus aportaciones en el campo del Derecho constitucional y de la ciencia política². Fue un gran jurista ya desde su juventud durante la República de Weimar y al tiempo de convertirse en un clásico de la ciencia política, que con inusitada lucidez analizó la época que le tocó vivir y vislumbró, en gran medida, las tendencias del futuro. Comenzando por el diagnóstico de sistema político y jurídico de la República de Weimar y el sentido de los debates políticos y constitucionales que se suscitaron y terminando, en su época madura, con un brillante análisis del sistema de partidos, el advenimiento de sus crisis y el resurgimiento del pensamiento neconservador y autoritario en las democracias de masas

¹CANETTI, E.: *El juego de ojos. Historia de mi vida 1931-1937*, trad. A. Sánchez Pascual, Barcelona, Muchnik, 1985, pág.12.

² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la bibliografía allí citada. Estudio preliminar que en realidad es una monografía de cerca de doscientas páginas. Por otra parte, este libro de Kirchheimer constituye una aportación fundamental, alcanzando a la categoría de clásico del pensamiento político y jurídico. De ahí su incorporación a la Colección Crítica del Derecho de la prestigiosa Editorial Comares.

(a subrayar aquí la dirección autoritaria del Derecho penal). Militó en el ala izquierda del partido socialdemócrata alemán³. Participó como alumno en los seminarios de Karl Vorländer, Max Scheler, Heinrich Triepel, Rudolf Smend y Carl Schmitt (el más influyente en él) con el cual se laureó en 1928 con la tesis intitulada *Zur Staatstheorie des Sozialismus und Bolschewismus*. En su disertación doctoral en Bonn criticó la cosmovisión del Estado de bolcheviques y socialistas, a través de una argumentación muy influida por la teoría decisionista de Carl Schmitt y su configuración política sobre la "situación de emergencia"⁴. Trabajaría como abogado en el despacho berlinés de Franz Neumann en el cual trabajaba también Fraenkel. Se afilió en el SPD adscribiéndose al ala izquierda y permaneció en el partido socialdemócrata alemán durante todo el período de Weimar. Emigró a París en 1933⁵, e inició en 1934 su colaboración con el *Institute of Social Research* (ese Instituto de Investigación Social⁶ marca la fase americana de la Escuela de Frankfurt), dirigido por Horkheimer y Adorno, manteniéndose formalmente en el mismo durante su exilio en Nueva York de 1937 a 1942⁷. Desde esa fase inicial, Kirchheimer acoplaría en su pensamiento la

³ Para su biografía intelectual, véase LUTHARDT, W. y SOLLNER, A. (Hrsg.): *Verfassungsstaat, Souveränität, Pluralismus. Otto Kirchheimer zum Gedächtnis*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1989; VAN OUYEN, R.C. y SCHALE, F. (Hrsg.): *Kritische Verfassungspolitologie. Das Staatsverständnis von Otto Kirchheimer*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

⁴Véase KIRCHHEIMER, O.: "The Socialist and Bolshevik Theory of the State", reimpresso en *Politics, Law and Social Change, Selected Essays*, a cargo de Burin, F.S. y Shell, K.L, Nueva York y Londres, Columbia University Press, 1969, pág.15. Más tarde, Kirchheimer abandonó las ideas de Schmitt sobre las situaciones de emergencia. Véase "In Quest of Sovereignty", reimpresso en dicha obra, pág.191. Una reflexión relevante sobre la crisis de la democracia de la República de Weimar y las perspectivas de su superación, puede encontrarse en su estudio "*Weimar -und was dann?*", Berlín, 1930, reimpresso en *Politics, Law Social Change*, cit., ensayo en el que, como sería frecuente en su primera etapa, se hace sentir la penetrante influencia del pensamiento de Karl Marx y Carl Schmitt. Estos estudios están recogidos igualmente en la versión italiana KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982.

Para comprender y explicar el clima cultural en que se producen los debates de la época es útil la consulta de los estudios recogidos en la obras colectivas de GOZZI, G. y SCHIERA, P. (a cura di): *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Primera guerra mondiale*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 24, Bologna, il Mulino, 1987; y CORNI, G. y SCHIERA, P. (a cura di): *Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 22, Bologna, il Mulino, 1986; igualmente, MARRAMAO, G.: *Dopo il leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Torino, G.Giappichelli Editore, 1995, págs.175 y sigs. («La Viena de Wittgenstein y la Viena de Bauer»). Sobre la dialéctica entre situación de excepción y normalidad en Carl Schmitt, véase GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, espec., págs. 37 y sigs.; ULBRICHT, J.H. (Hrsg.): *Weimar 1919. Chancen einer Republik*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar, 2009; DREYER, M. y BRAUNE, A. (Hrsg.): *Weimar als Herausforderung. Die Weimarer Republik und die Demokrartie im 21. Jahrhundert*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 2016.

⁵Podría reclamarse aquí la propia reflexión de Kirchheimer a propósito de las formas de escapar de cierta "justicia política". Dice Kirchheimer que "Cuanto más problemático sea el carácter de la justicia política, más intenso será el interés en institucionalizar las formas de escapar y mitigar su efecto. Tanto el asilo como la clemencia invalidan el curso de la justicia política. El que busca asilo escapa de una zona de jurisdicción presumiblemente hostil y solicita refugio en un lugar donde la disposición de los gobernantes políticos hacia él está, hasta nuevo aviso, sujeta a conjeturas". Cfr. KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos* (1961), edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág. 453.

⁶El Instituto de Investigación Social ("*Institut für Sozialforschung*") fue creado en Alemania en 1923.

⁷El Instituto de Investigación Social de Frankfurt, fundado, como se ha indicado, en 1923, contando con el

influencia de Carl Schmitt y Karl Marx, generando una "peculiar amalgama"⁸. Durante el periodo de exilio, y en el marco de la fase americana de la Escuela de Frankfurt, Kirchheimer junto con otros miembros destacados de esta Escuela alemana (entre ellos Franz Neumann) realizaron trabajos que permitían disponer de un conocimiento riguroso a las autoridades políticas y militares estadounidenses de las características fundacionales y las transformaciones internas del por entonces “enemigo alemán”. Pero también proponiendo al mismo tiempo un proyecto completo de reconstrucción de la nueva Alemania democrática de la postguerra. Muchos de estos trabajos eran trabajos secretos o confidenciales que han permanecido en los archivos de Estados Unidos⁹, y que reflejan la influencia de estos intelectuales convertidos ya en “intelectuales orgánicos” en el sentido gramsciano de la expresión¹⁰ y que aportan en sí mismo elementos de comprensión y explicación del fenómeno del nazismo y una de las escasas tentativas de hacer de la Escuela de la “Teoría Crítica” de Frankfurt una praxis política, jurídica y cultural en el tiempo presente y, así, en estrecha relación con la coyuntura de cada época histórica. El mundo que emergería de la segunda postguerra mundial acabaría por establecer un nuevo orden internacional con nuevas estructuras de dominio político y cultural, que de manera inmediata enfrentaría a las dos grandes potencias mundiales bajo premisas ideológico-políticas construidas entre el “mundo occidental” y el “mundo soviético” (“comunismo soviético” considerado como

mecenazgo de Felix Weil, su primer director fue Carl Grünberg. Él era un “marxista de cátedra” que quiso establecer un Instituto de investigaciones sobre la historia del socialismo y el movimiento obrero. Ahí se inicia la llamada Escuela de Frankfurt. Véase la obra JAY, M.: *La imaginación dialéctica*, Madrid, Taurus, 1974; WIGGERSHAUS, R.: *Die Frankfurter Schule*, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1988. La Escuela de Frankfurt es más que una corriente teórica, es una parte central de la historia de las ciencias sociales. Cfr. WIGGERSHAUS, R.: *La Escuela de Fráncfort*, trad. M. Romano Hassán, revisión, M. Madureira, México D.F., Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, págs. 9 y 37 y sigs. Esa pertenencia a la Escuela de Frankfurt es notoria en los escritos de Kirchheimer y Neumann, véase, por ejemplo, Escuela de Frankfurt, ver Keith Tribe, “Introduction”, en KIRCHHEIMER, O., Y NEUMANN, F.: *Social Democracy and the Rule of Law*, Routledge, New York, 2021. Los dos contribuyeron en la praxis como juristas, como politólogos y militantes socialdemócratas comprometidos con el socialismo democrático.

⁸Véase HERZ, J.H. y HULA, E.: *Introduzione alla vita e all'opera*, KIRCHHEIMER, O.: *Politics, Law and Social Change, Selected Essays*, a cargo de Burin, F.S. y Shell, K.L, Nueva York y Londres, Columbia University Press, 1969, pág. X.

⁹ Estos intelectuales exiliados participaron en calidad de analistas políticos del “Research and Analysis Branch” (R&A) de la “Office of Strategic Services (OSS)”, la primera agencia de *intelligence* de los Estados Unidos, cuando la CIA todavía no había sido creada y no adquiría las connotaciones que ésta última tendría con posterioridad. Estos intelectuales exiliados se integraron en la movilización total del mundo universitario e intelectual de Estados Unidos en el periodo bélico e inmediatamente postbélico. Todo ello en una coyuntura crítica de la *Escuela de Frankfurt*. Véanse algunas de estas aportaciones en la recopilación NEUMANN, F., MARCUSE, H. e KIRCHHEIMER, O.: *Il nemico tedesco. Scritti e rapporti riservati sulla Germania nazista (1943-1945)*, edizione a cura di Raffaele Laudani, Bologna, Il Mulino, 2012. Para la situación crítica de la *Escuela de Frankfurt* en el exilio, consúltese WIGGERSHAUS, R.: *La Escuela de Frankfurt*, trad. M. Romano Hassán, revisión, M. Madureira, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011; SÖLLNER, A.: *Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland*, 2 Vols., Frankfurt a. M. Fischer Verlag, 1986, pág. 47 del vol. II. Todos ellos eran pensadores destacados, aunque había un consenso en reconocer a Franz Neumann como la personalidad más relevante y competente en ese momento histórico.

¹⁰ GRAMSCI, A.: *La formación de los intelectuales*, trad. Á. González Vega, edición, revisión y estudio preliminar, “El sistema educativo y la función de los intelectuales en una nueva sociedad regulada” (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

régimen totalitario de nuevo tipo). De ahí a la “guerra fría” sólo había un breve camino que se transitó durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo veinte, en cuyas últimas décadas desaparecería la URSS y emergería también una nueva gran potencia mundial: la “China comunista”, considerada como nuevo sistema colectivista que operaría como “capitalismo de Estado” autoritario o totalitario. En definitiva, un nuevo orden geopolítico¹¹. La experiencia política muestra, como observara el propio Kirchheimer –no sin cierta influencia de Carl Schmitt-, que todo régimen político tiene sus enemigos y al tiempo debe crearlos¹². Al designar al enemigo, estructura su esfera política de dominio y la legitimación de su toma de decisiones. En este sentido, la toma de decisiones políticas se realiza bajo las contingencias del poder, los riegos, los intereses y los valores en disputa y sin que el principio de responsabilidad de la adopción de dichas decisiones se halle siempre garantizada. Su enfoque se sitúa, así, en una perspectiva de realismo político y constitucional, que atiende a la realidad del poder y su distribución en la sociedad pluralista. Aquí la influencia del marxismo en su concepción política y en su metodología resulta innegable, tanto en su juventud como en su madurez intelectual. No es de extrañar que su enfoque de la Constitución fuese, en su teoría política y jurídica, la propia de la constitución material que conecta la forma Constitución-Estado con la praxis de la realidad constitucional conexas a la correlación de fuerzas políticas, económicas y sociales detentadoras de factores base de poder.

Como se hizo notar hace tiempo el pensamiento de Otto Kirchheimer no ha dejado de crecer como referente de muchos de los problemas contemporáneos que se intuían en la República de Weimar, pero explotaron a partir la Segunda Postguerra mundial. Sus aportaciones a la ciencia política y al Derecho constitucional continuarían seduciendo hasta la fecha de su fallecimiento todavía prematuro cuando estaba en la cima de su producción intelectual¹³.

¹¹ Para el orden geopolítico mundial y su impacto jurídico, puede consultarse PANITCH, L. y GINDIN, S.: *La construcción del capitalismo global. La economía política del imperio estadounidense*, Madrid, Akal, 2015, págs. 333 y sigs., y 405 y sigs.; ARRIGHI, G.: *Adam Smith en Pekin. Orígenes y fundamentos del siglo XXI*, Madrid, Akal, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III, págs. 277 y sigs. Desde otra perspectiva, SASSEN, S.: *Territorio, autoridad y derechos*, Buenos Aires-Barcelona, Katz, 2010; PANITCH, L., ALBO, G. y CHIBBER, V. (eds.): *The Crisis This Time: Sozialist Register 2011*, Londres, Merlin, 2010.

¹² KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág.3, donde se indica expresa y literalmente que: “*TODO RÉGIMEN político tiene sus enemigos o llega a crearlos con el tiempo*. Si en su estructura y en las reglas básicas para la circulación de sus élites, el régimen porta la marca característica del rey-filósofo de Platón, podría estar en aptitud de distribución de bienes ideológicos y materiales según determinado patrón preconcebido. Pero cualquier régimen muestra mayor tendencia a representar el producto combinado de la tradición, accidente de la historia, más el acrecentamiento lógico debido a las reacciones naturales ante las presiones de su época. Así pues, los méritos de aquellos argumentos presentados para validar los poderes en vigor siempre son susceptibles de provocar reacciones de controversia [...]. La lucha por el dominio político puede, pues, abarcar vastísimos campos...” (*Ibid.*, págs. 3-4).

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV. Por cierto, ésta ha sido y continúa siendo la primera Monografía de Otto Kirchheimer en España. Distinta fue la fortuna en otros países y en

Otto Kirchheimer y Franz Neumann llegaron a Nueva York incluso antes de que lo hiciera Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno. Habían estado vinculados al Instituto como emigrantes en Europa. Sin embargo, en la dirección del Instituto no hubo, sorprendentemente, un excesivo interés en contratar a Kirchheimer y a Neumann como científicos profesionales del Derecho, el Estado y la Política, que realizaban su tarea precisamente desde una orientación social crítica de izquierdas. Esto no impidió que colaboraran con el Instituto (Neumann ocupándose de tareas vinculadas a la biblioteca del Instituto; y Kirchheimer realizando determinados encargos de investigación para él). Ambos estaban influenciados por toda la corriente de los iussocialistas germanos (alemanes y austriacos), como Hugo Sinzheimer, Karl Renner, Otto Bauer, y Hermann Heller, aunque Kirchheimer en sus inicios tuvo una estrecha vinculación con Carl Schmitt apartándose de él progresivamente en la medida en que éste se iba radicalizando y comprometiéndose teórica y prácticamente con el régimen nacionalsocialista¹⁴. Por su parte, Neumann tenía ya como uno de sus maestros a Harold Laski, director de su tesis doctoral inglesa (“The Governance of the Rule of Law. An investigation into the Relationship between the Political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society”; “La gobernabilidad de la regla de la ley. Una investigación sobre la relación entre las teorías políticas, el sistema legal y el trasfondo social en la sociedad competitiva”), y que estaba situado en la tradición del marxismo crítico. Otto Kirchheimer desde 1924 hasta 1928 estudió primero en Múnich filosofía e historia, y luego en Colonia, Berlín y Bonn derecho y ciencias sociales, entre otros, con Max Scheler, Carl Schmitt, Hermann Heller y Rudolf Smend. En el año 1928 fue doctor en Bonn con la dirección de Carl Schmitt. El título de su tesis fue “Zur Staatstheorie des Sozialismus und Bolschewismus” (“Sobre la teoría del Estado del socialismo y del bolchevismo”), en ella se criticaba los límites del Estado liberal de Derecho y la concepción de la vía al socialismo de la socialdemocracia con su concepción de la teoría del derrumbe y del progreso finalísticamente orientado¹⁵. Kirchheimer criticaba el sistema de equilibrios de la Constitución de Weimar (cuyo centenario se celebró en 2019, en condiciones no especialmente propicias desde el punto de vista de la crisis del constitucionalismo democrático-social presente en la coyuntura actual de nuevas ideologías neoliberales *intervencionistas*)¹⁶, que, en su opinión, establecía un marco favorable para los

los países latinoamericanos. Las editoriales y revistas españolas tan sólo habían ofrecido en castellano a ese momento algún que otro artículo y capítulo de libro.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría crítica de la política y del Derecho en la República de Weimar: Otto Kirchheimer*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2025, pág. 21 y Capítulo II (“El pensamiento político y jurídico de Kirchheimer: Estado constitucional, democracia y “decisionismo político”), págs. 85 y sigs., Capítulo II.2 (“¿Constitución “sin decisión” o Constitución para el Estado democrático de pluralidad de clases?”), págs. 211 y sigs., y Capítulo II.3 (“Teoría de la democracia (I): Democracia, oposición y teoría del partido político”), págs. 346 y sigs.

¹⁵ WIGGERSHAUS, R.: *La Escuela de Frankfurt*, trad. M. Romano Hassán, revisión, M. Madureira, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, págs. 80 y sigs.

¹⁶ Es manifiesto que el nuevo neoliberalismo reivindica para sí una nueva “re-regulación” y un nuevo tipo de apoyo a las libertades económicas de las empresas y una nueva adaptación funcionalista (sic.) del

intereses de las clases dominantes en el poder. Este modo de pensar quedó reflejado en un brillante artículo: “Weimar –un was dann?” (“Weimar - ¿Y luego qué?”, 1930). En dicho ensayo critica la ilusión de la socialdemocracia de aferrarse a la Constitución de Weimar simplemente sin tener en cuenta la realidad constitucional que determinaba el estado actual de la Constitución, pues las fuerzas de poder contrarias a la República ya estaban planeando una Dictadura como solución ofensiva frente a la incertidumbre de la coyuntura política y económica.

Kirchheimer criticó, igualmente, no sólo –o no tanto- el tratamiento desequilibrado de los poderes y derechos como la propia práctica de cómo los derechos sociales y el proceso de democratización previsto en la Constitución iban siendo socavados por la acción directiva de la jurisprudencia y por un amplio e influyente sector de la doctrina jurídica académica. El proceso era propiamente de neutralización de los aspectos política y socialmente más avanzados con el restablecimiento en la práctica del Estado de Derecho burgués¹⁷. Kirchheimer defiende el principio de igualdad jurídico-material, y no sólo en sentido jurídico-formal de igualdad ante la ley; y denunciaba que para ello era insuficiente reclamar

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En otras palabras: demanda –y con capacidad de decisión para imponerla- la ruptura de los equilibrios constitucionales entre la conformación de la “constitución de la economía” y la “constitución social del trabajo”, de manera que se produzca no sólo una mayor subordinación de ésta a aquélla, sino también –y con mayor calado- una funcionalidad de ésta a las exigencias de la economía. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho Flexible del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; MONEREO PÉREZ, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El derecho de la economía*, estudio preliminar al libro clásico de RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL. El paradigma de constitución democrático-social del trabajo en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, espec., cap. IV (“Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora”), págs. 191 y sigs. Con el surgimiento de una nueva dimensión de la noción de orden público económico-social que penetra y tiende a colonizar –a través de las categorías económicas- las propias instituciones del Derecho privado. Es una nueva versión de la tendencia a la publicación y “socialización” (sic.) del Derecho privado en un sentido menos “social” (menos socializado a través de la noción de función social de las instituciones jurídicas reguladoras del Estado Social de Derecho). Debe dejarse constancia, ya inicialmente, de que la fórmula del Estado Social de Derecho en su construcción constitucional contemporánea se debe a Hermann Heller, que afirma el cambio de paradigma que suponía respecto al anterior Estado de Derecho liberal, que afirmaba una libertad e igualdad formalistas (o legalistas), mientras que el Estado Social de Derecho era típicamente un Estado de Derecho material, que atendía a la realidad constitucional de las desigualdades que habría que remover para que efectivamente se alcanzase un Estado de Derecho en condiciones reales de libertad e igualdad entre todos los ciudadanos. De manera que si no se toma en serio la realidad constitucional el mismo Estado de Derecho se encuentra profundamente cuestionado en sus bases fundamentales, y desde luego no podrán realizarse los derechos sociales de libertad y los derechos sociales prestacionales, que implican precisamente acciones positivas del Estado (acciones de “desmercantilización” de los modos de satisfacción de las necesidades fundamentales). Cfr. HELLER, H.: *Rechtsstaat oder Diktatur*, JCB Mohr, Tübingen, 1930. En la traducción castellana, HELLER, H.: “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Selección y prólogo de A. López Piña, Madrid, Alianza editorial, 1985; asimismo HELLER, H.: “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. Francisco Javier Conde, edición y estudio preliminar, “El fascismo y la crisis política de Europa”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. 117-135.

¹⁷ KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185.

el Estado formal de Derecho, pues era preciso que ese Estado de Derecho fuese también Estado material de Derecho para luchar contra las situaciones de desigualdad y garantizar una participación auténtica de las clases económicamente débiles en la vida democrática; una igualdad de derechos económicos, sociales y culturales, inevitablemente vinculados por la igualdad política y de factores base de poder entre trabajadores y empresarios¹⁸. Esto es importante, porque es infundado el criterio según el cual Kirchheimer no era consciente desde siempre del valor de la Constitución de la República de Weimar, aunque también pusiera de manifiesto sus debilidades respecto a los desequilibrios alcanzados en esa Constitución *compromisoria* pactada y aprobada en una situación crítica, bien es cierto que pensada para durar en el tiempo¹⁹. Kirchheimer defendía la superlegalidad constitucional como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Pero llegado el caso, esa defensa de una Constitución dotada de tan poderosa fuerza normativa exigirá el apoyo y la lucha activa de las fuerzas sociales y políticas comprometidas con el orden constitucional democrático precisamente cuando los poderes antagonistas incumplen las reglas de juego diseñada en el mismo texto constitucional. En no poco el desarrollo –no simple- evolución de la Constitución depende de las fuerzas sociales que imprimen la dinámica de los cambios. En esa defensa coincidía con iussocialistas emitentes como Hermann Heller y Gustav Radbruch. Tanto Heller como Radbruch habían percibido de manera más inmediata la innovación disruptiva que representaba la Constitución de la República de Weimar, la cual construía una nueva forma-Estado: el Estado Social de Derecho (fórmula técnica que Hermann Heller había diseñado) en el marco de una sociedad pluralista. Lo cual se opone, en todo momento, a la instauración de toda forma de Estado autoritario o dictatorial. Una Constitución jurídica fundamental de la comunidad política basada en los principios irrenunciables de libertad, igualdad y solidaridad y justicia social (“derecho justo”)

¹⁸ KIRCHHEIMER, O.: “Die Grenzen der Enteignung” (“Los límites de la expropiación”), en *Funktionen des Staats und der Verfassung* (“Funciones del Estado y de la Constitución”), Frankfurt am Main, 1972, págs.257 y sigs.; KIRCHHEIMER, O.: “Weimar –und was dann? Analyse einer Verfassung” (1930), Berlín, 1930, reimpreso en *Politik und Verfassung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1964, pág. 13. Sólo con estas condiciones constitucionales sería posible encauzar las luchas sociales (los conflictos de clase) hacia el espacio político y los procedimientos legalmente establecidos en consonancia con el régimen constitucional (*Ibid.*, pág. 46). Otra cuestión sería la falta de materialización práctica del programa constitucional, dadas las tensiones políticas, el boicot del capitalismo monopolista y la desnaturalización del modelo constitucional a través de una interpretación judicial generalizada que rehusaba dar cumplimiento a las previsiones constitucionales de transformación del Estado liberal de Derecho en Estado Social de Derecho. De ello se ocuparían los socialistas jurídicos. Ello fue explicitado por NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), México D.F., FCE, 1983. Tanto Kirchheimer como Neumann percibieron lúcidamente que en la época de entreguerras se estaba produciendo una mutación del Estado abocado a intervenir en la economía, pero en la tensión entre las presiones de las fuerzas económicas y las demandas de intervención de las fuerzas del trabajo. Los grandes poderes económicos hacían valer su potencia. Ello sería interpretado por Pollock –al que siguieron en parte Marcuse o Horkheimer- veía la emergencia de un “capitalismo de Estado”. Al respecto, véase MARTIN JAY: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*, Madrid, Taurus, 1988, espec., págs. 237 y sigs.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185, y la bibliografía allí citada. Véase también NEUMANN, F.: *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System of Modern Society* (1936), Leamington Spa, Berg, 1986.

garantizados *directamente por la misma Constitución*. Una sociedad heterogénea, una sociedad fragmentada para la cual solo era pensable un Estado Social de Derecho, como Estado de pluralidad de clases. También percibían en la Constitución de Weimar la consagración por vez primera de la nueva generación de derechos económicos, sociales y culturales y un nuevo modelo de constitucionalismo: el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, que buscaba en su racionalidad interna un equilibrio difícil entre la constitución económica y la constitución social. En este sentido, percibían que la Constitución abría un proceso constitucional y de edificación de una sociedad nueva, pues su plena efectividad requería de un desarrollo profundo de las previsiones constitucionales²⁰. El camino hacia la democracia económica –como ampliación de la democracia constitucional en los distintos ámbitos de la formación social- lo veía plasmado Heller, en forma incipiente en el art. 165 de la Constitución de Weimar. Indicando que la normativa constitucional presentaba un carácter compromisorio: “El espíritu –decía- de esa polémica –a tenor de la Constitución- no es el de la lucha de clases marxiana o el de la dictadura, sino el de la conciliación, y en lo posible, del acuerdo recíproco orientados al fin de una justa distribución de los recursos”.

Con relación a toda la Sección V (“De la Economía”), observa que “socialismo es democracia económica. Pero la democracia consiste en que los comuneros participen en la dirección y compartan la responsabilidad de la economía. La médula de la idea de los consejos consiste en que éstos deben ser los órganos de administración autónoma, a través de los cuales participe la población activa en la dirección y responsabilidad de la comunidad”. En el caso de los “Consejos obreros” no se hacía referencia a los soviets de la revolución rusa. Para él “La idea de los consejos es más anfibológica de lo que acostumbran a ser los lugares comunes de la política. Cuán diversamente se ha explicado, consciente o inconscientemente, esa idea, se infiere de las adhesiones obtenidas, que van del comunismo a los partidos burgueses y aun a los grupos ultraconservadores (conde de Westarp)”. Este precepto se enmarcaba en “*una constitución social propiamente dicha*” (haciendo referencia a la reflexión de Sinzheimer). En realización ante todo al art. 165 de la Constitución de Weimar, tanto Heller, como Sinzheimer entendían que la Constitución de Weimar podría permitir la extensión de los principios de la democracia a la esfera de la economía (democracia económica a través de los órganos de planificación concertada y participativa) y de las empresas (democracia industrial o democracia colectiva/sindical a través de los derechos de cogestión y codeterminación por el cauce de la autonomía colectiva negocial y su expresión formal en los convenios colectivos de trabajo). En esa perspectiva se trataba de una profundización de la democracia constitucional, lo cual presupone el rechazo de

²⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: «*El fascismo y la crisis política de Europa*», Estudio preliminar a HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F. J. Conde, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El modelo de jurista crítico en el Estado constitucional: Gustav Radbruch”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año 8, n. 28 (jul.set.-2020), págs. 173-228.

cualquier dictadura o revolución violenta para instaurar un socialismo democrático. La constitución social y del trabajo no era sino una realización de los principios del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, y por tanto plenamente coherentes con la que muy pronto se daría en llamar la cláusula del Estado Social de Derecho²¹. La Constitución de Weimar tenía una textura abierta, pues ha dejado a las fuerzas sociales vivas las válvulas jurídicas que permiten una supresión sin violencia de las contradicciones sociales. Se han institucionalizados los conflictos de clase y se propicia el consenso para resolver los inevitables conflictos que emanan de la sociedad industrial. La reforma constitucional es posible en una Constitución abierta como lo era la Constitución de Weimar con Estado Social de Derecho, de manera que podría transitarse hacia un socialismo democrático respetando integralmente los principios del Estado de Derecho. Para alcanzar esa transición no se precisa de un Estado totalitario, lo cual entraría en contradicción no sólo con el Estado Social de Derecho de Weimar, sino también con el mismo régimen de Estado socialista de Derecho, que no supone una destrucción de las garantías de la democracia constitucional y del pluralismo político y social. El Estado Socialista de Derecho ha de llegar a través de una vía parlamentaria, es decir, a través de una amplia mayoría del Parlamento democrático. Las potestades del gobierno de la economía y de las relaciones laborales facilitarían esa transición cualitativa y racionalizadora. Se avanza hacia el Estado Socialista de Derecho a través de la profundización del “Estado material de Derecho”; esta forma de Estado supone el sometimiento en interés público del orden del trabajo, de la economía y de los bienes. El Estado Socialista de Derecho no es un Estado Total en el sentido otorgado a esta expresión por Carl Schmitt y E. Jünger²². Hay que tener en cuenta que la posición de

²¹ HELLER, H.: “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía”, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Prólogo y Selección de A. López Pina, trad. S. Gómez de Arteche, Madrid, Alianza editorial, 1985, págs. 269-281, en particular págs. 271 y 278-279. Este precepto fue introducido, como es sabido, por Hugo Sinzheimer. Deja constancia de ello el propio Heller, pág. 270, pág. 270. Ampliamente, Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009, Capítulo 1 (“La teoría político-jurídica de Hermann Heller”), págs. 9 y sigs.; Capítulo 2.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs.67-79; y Capítulo 2. (“La ‘constitución política’ de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs.80-112.

La vigente Constitución Alemana (“Ley Fundamental”), establece en su art. 20. 1º que “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”. Puede consultarse BENDA, E. (“El Estado Social de Derecho”), en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse, traducción y estudio preliminar de Antonio López-Pina, Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, págs. 487 y sigs. De interés, al respecto, es THIEL, M. (ed.): *The ‘Militant Democracy’. Principle in Modern Democracies*, Londres, Routledge, 2009; y el ensayo de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.: “España, una democracia militante”, en *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 119 (2024), págs. 135-160.

²² HELLER, H.: “Libertad y forma en la Constitución del Imperio”, “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana”, ambos ensayos recopilados en HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, trad. M. Hernández Marcos y E. Vela Sánchez, Prólogo de M. La Torre, Valencia, Pre-textos, 1996, págs. 61 y sigs., 69 y sigs., respectivamente. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009, Capítulo 3 (“Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller”), págs. 113 y sigs. Para Schmitt y Jünger sobre el Estado Total, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Comares (Colección Crítica

Heller respecto al Estado y al Derecho estaba muy lejos del positivismo jurídico de Kelsen y de la concepción de Schmitt decisionista radical –primero- y más adelante asumiendo un criterio decisionista –nunca abandonado-, que sería combinado –y en parte reconfigurado- con el institucionalismo jurídico bajo la influencia de Maurice Hauriou²³ y el pensamiento del orden concreto. Para él el Estado es un fenómeno social totalizador, que no puede ser analizado ni comprendido abstractamente, aislando aspectos parciales como “lo jurídico” o lo considerado como lo concerniente a “lo político”, pues ha de tomarse en consideración todas sus dimensiones y conexiones económica, culturales y territoriales. El Derecho está inserto en una totalidad cambiante conforme a cada época. En ese marco el Derecho tiene una autonomía decisoria; autonomía relativa que es un rasgo incrustado en otros ámbitos de la realidad social (la política, la economía, la cultura, la religión, etcétera). Su concepción conecta lúcidamente con la idea del carácter instituyente del Derecho. El constitucionalismo moderno refleja perfectamente el *carácter instituyente del Derecho*, conforme a su propia

del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV; KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, "Introduzione" A. Bolaffi, Bari, De Donato, 1982; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulo II (“Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt”), págs. 241-275.

²³ HAURIOU, M.: *La teoría de la Institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, traducción, prólogo y bibliografía del autor, por A.E. Sampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 31-77; *Ibid.*, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Prólogo de Maurice Hauriou para la edición española, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de C. Ruíz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. 7 y sigs., 53 y sigs., 79 y sigs., 177 y sigs., 567 y sigs. Por cierto, para Hauriou la soberanía nacional significa que la nación llega a ser propietaria de su gobierno, A la soberanía nacional la trae directamente la democracia y es la consecuencia política del progreso económico, que hace descender la riqueza hasta el pueblo, y del progreso de las costumbres que extiende las ideas de la igualdad. Llega un momento en que la nación se da cuenta de que es más fuerte que su gobierno, y este desplazamiento de fuerzas se traduce por un desplazamiento de la soberanía. La soberanía es la propiedad del poder y el problema que plantea consiste en averiguar en nombre de quién se gobierna. En la democracia se gobierna en nombre de la nación, y esto significa que la nación adquiere la propiedad del poder de gobierno. Por otra parte, la soberanía comportará esencialmente el poder constituyente, que es el derecho de disposición del poder. Y hasta parece explicable que la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos, que es moderna por completo, sea una consecuencia de la separación de la soberanía y de los poderes de gobierno (págs. 268 y sigs.). La teoría del Derecho y del Poder y sus respectivos límites es en gran medida realista. Discrepando de Duguit y Jèze (la escuela del derecho objetivo), considera que el Derecho positivo no está por encima del poder: “son completamente erróneas”. Hay que desconfiar de las afirmaciones que se ocultan tras de frases como el imperio del Derecho, el reinado de la ley, la sumisión del Estado al Derecho, el gobierno de las leyes o el gobierno del Derecho, etcétera. Todas son hipérboles. En ninguna parte gobierna el Derecho sin la ayuda del poder, ni en el Derecho público ni en Derecho privado, ni en materia nacional, ni en materia internacional. Para él, siempre y en todas partes, cuando se impone a un poder una regla de Derecho es en virtud de otro poder. La gran utilidad de la separación de poderes es que, gracias a ella, hay siempre algún poder oculto detrás de una regla de derecho para contener a otro poder forzándole a observar la regla. La jactancia de que se está bajo el gobierno de las leyes o bajo el gobierno del Derecho, como en los Estados Unidos, significa, en realidad, que se vive bajo el “gobierno de los jueces”; coincide en esta apreciación con E. Lambert. Según Hauriou, las reglas de Derecho positivo no emanan del medio social, sino que son una creación del poder, es decir, un poder dotado de autonomía que funda la regla de Derecho o la institución. En un segundo momento, el medio social, en cuyo seno ha sido formulada esta declaración, se somete o no se somete a ella. (págs. 307 y sigs., sobre “La limitación del poder por el Derecho”). Resulta revelador que para Hauriou la constitución de un Estado sea “el conjunto de reglas relativas al gobierno y a la vida de la comunidad estatal, consideradas desde el punto de vista de la existencia fundamental de ésta” (pág. 325).

ontología política. En tal sentido ningún derecho se reduce sólo a lo que reivindica, porque siempre abre el camino a ulteriores derechos, según esa dinámica en el ingreso de la Modernidad política. Sin embargo, esto no supone que el establecimiento de nuevos derechos surja de forma automática del proceso histórico sin más. Estos siempre son objeto de una lucha que nace de necesidades e intereses distintos y contrapuestos. En esta lucha está en juego un enfrentamiento, siempre y que no puede tener fin, con los poderes. El derecho, por una parte, presupone el poder; y, por otro, nace de una resistencia al mismo²⁴.

2. La crítica a la concepción formal del Estado de Derecho en la crisis de la República de Weimar

El siglo veinte, y muy especialmente los años de las dos guerras mundiales, fueron años difíciles, años de transición de cambios civilizatorios y trágicos. Desde ese mismo periodo quedó claro que el siglo veinte sería una mezcla confusa de situaciones de emergencia, desastres, improvisaciones y soluciones artificiales. En 1914, y en pocas semanas, se cambia desde una corriente apacible -al menos aparentemente- a un torrente de aguas turbulentas. Con los cambios económicos y políticos de entreguerras, los pesimistas y los que creían en un estancamiento tenían buenas razones para sentirse desanimados. Eran los realistas²⁵. Es de significar que Keynes fuese especialmente crítico, al respecto. Basta recordar su libro sobre *Las consecuencias económicas de la paz* (1919)²⁶, donde realiza una crítica contundente al Tratado de Versalles que ponía fin a la primera guerra mundial.

La República de Weimar nació en plena crisis de la primera postguerra mundial²⁷, en una Alemania derrotada que tendría que asumir las imposiciones económicas, singularmente duras (y en algún caso casi de imposible cumplimiento), que como potencia vencida se

²⁴ Véase ESPOSITO, R.: *Pensamiento instituyente. Tres paradigmas de ontología política*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2021, págs. 193 y sigs. (“Pensamiento instituyente”).

²⁵ Se ha señalado, con razón, que había, por todas partes, señales de dislocación, contracción, egoísmo y fracaso, e incluso las repercusiones que hubiesen podido tener lugar parecían asentarse sobre las bases patológicas de la guerra y de los preparativos para ésta. Los optimistas eran visionarios; su confianza se desvanecía ante la realidad de los “hechos”. Todo lo cual parecería indicar que la sensibilidad ante los males de hoy puede ser mal criterio para guiarse hacia el futuro. Es demasiado fácil oír los ruidos y no alcanzar a percibir el trabajo silencioso y constante que se esconde tras ellos. Véase LANDES, D.S.: *Proceso tecnológico y revolución industrial* (1969), Madrid, Tecnos, 1979, págs.384 y sigs., en particular pág.514.

²⁶ KEYNES, J.M.: *Las consecuencias económicas de la paz*, Barcelona, RBA Libros, 2012. En esta obra Keynes realiza un sólido análisis del Tratado de Paz de Versalles firmado después de la Primera Guerra Mundial, donde el autor (que fue miembro de la Conferencia de Paz de Versalles, mostrando su oposición a las reparaciones impuestas a Alemania), indignado, ya advertía de que el tratado tendría unas consecuencias desastrosas en la economía alemana. Enviado a Francia para participar en la redacción del tratado, Keynes señaló muy pronto su desacuerdo con el mismo. Puesto que sus opiniones no fueron escuchadas en aquel foro, Keynes dimitió y decidió dar a conocer sus puntos de vista en este libro donde no solo habla de cuestiones económicas sino de las amenazas que se cernían sobre una civilización que, como se vio pocas décadas más tarde, agonizaba.

²⁷ Puede consultarse, PEUKERT, D.: *Die Weimarer Republik. Krisenjahre der klassischen Moderne*, Frankfurt s. M, Suhrkamp Verlag, 1987.

establecían en el Tratado de Versalles²⁸.

Otto Kirchheimer se mostró especialmente crítico con la República de Weimar y su legalidad formal, y lo hizo de forma ciertamente lúcida y controvertida en sus planteamientos en una época trágica de crisis de la República de Weimar y de intenso debate intelectual; una verdadera "fábrica de ideas"²⁹, y al mismo tiempo una anticipación del modelo de constitucionalismo social de la segunda postguerra mundial³⁰. Un constitucionalismo que entrañaría una línea disruptiva respecto del constitucionalismo tradicional sustentado en la ideología liberal³¹. Es también un elemento esencial de toma de conciencia en los países civilizados sobre los fundamentos de la propia existencia política³². No se olvide que Kirchheimer prestó una especial atención a las transformaciones del Estado moderno³³. Una República que nació tras la derrota de Alemania en la primera guerra mundial³⁴ y, por tanto, con las limitaciones que suponía la imposición de condiciones

²⁸ Puede consultarse, KÜHNEL, R.: *La república de Weimar: establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*. Valencia, Alfons el Magnànim, 1991; FERRO, M.: *La gran guerra (1914-1918)*, Madrid, Alianza, 1998; KEYNES, J.M.: *Las consecuencias económicas de la paz*, Barcelona, Crítica, 2002; HAFFNER, S.: *La revolución alemana de 1918-1919*, Barcelona, Inédita, 2005; KLEIN, CL.: *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Madrid, Sarpe, 1985; y la perspectiva de síntesis de conjunto realizada por HOBSBAWM, E.J.: *Historia del siglo XX: 1914-1991*. Barcelona, Crítica, 1995.

²⁹ Véase la reconstrucción histórica, sociológica y política de la lucha política e ideológica de aquellos años realizada en RUSCONI, G. E.: *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, Einaudi, 1977; LANCHESTER, F.: *Nascita di una costituzione. Il dibattito costituzionalistico alle origini della Repubblica di Weimar*, Milano, Giuffrè, 1984; CARR, E.H.: *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las relaciones internacionales* (1939), Prólogo de Esther Barbé, trad. E. Benzal, Madrid, Catarata, 2004; RUSCONI, G.E.: *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994; KENNEDY, H.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una constitución* (2004), Prefacio de Eloy García, trad. P. Lomba, Madrid, Tecnos, 2012. Entre nosotros resulta de interés la obra de ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989, cap. I. ("La crisis del Estado burgués durante los años veinte. El caso de la República de Weimar"), págs.11 y sigs. De interés es también el ensayo de GALLEGO ANABITARTE, A.: "La discusión sobre el método en derecho público durante la República de Weimar", en *Revista española de derecho constitucional*, núm.46 (1996), págs.11 y sigs.

³⁰ Véase VARDARO, G.: "Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar', en VV. AA: *Laboratorio Weimar. Conflitti e Diritto del Lavoro nella Germania Prenazista*, a cuidado de G. Arrigo y G.Vardaro, Roma, Lavoro, 1982, págs. 7 y sigs., y bibliografía allí citada.

³¹ Para el desarrollo histórico del constitucionalismo y del derecho constitucional puede consultarse MATTEUCCI, N.: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998; FIORAVANTI, M.: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. M. Martínez Neira y A. Mora Cañada, Trotta, 2014. En una perspectiva más amplia, HINTZE, O.: *Historia de las formas políticas*, trad. José Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, "Otto Hintze y la renovación de la historia política y constitucional" (pp. IX-LVIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. 7 y sigs., 71 y sigs., 129 y sigs., y 211 y sigs.

³² Véase BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Weimar- Vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie*, Döv, diciembre 1981, Heft 24, págs.466 y sigs. Véase GÓMEZ ORFANEL, G.: "El final de la República de Weimar y Carl Schmitt", en AA.VV.: *Estudios sobre Carl Schmitt*, coord. D. Negro Pavón, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, págs.213 y sigs.

³³ *In extenso*, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

³⁴ TOOZE, A.: *La Gran Guerra y la reconstrucción del orden mundial (1916-1931)*, Barcelona, Crítica, 2016. Ya antes de la Gran Guerra se había producido una crisis cultural y política en el pensamiento

especialmente duras para el país desarrollado³⁵. Pero no solo la República de Weimar nació en una crisis política, sino que también subyacía un cambio de época que afectaba a la estructura social, como eran los cambios en la composición de la clase trabajadora y la decadencia de las clases medias burguesas. Estos cambios afectaban a los apoyos hacia la democracia constitucional pluralista y la adhesión de las fuerzas del trabajo y de la cultura (Carl Schmitt, E. Jünger, Heidegger, entre otros intelectuales) hacia los partidos y sindicatos tanto de clase como de masas³⁶. Contribuir a quebrar la subjetividad del trabajo desde el punto de vista de la transformación democrático social que se postulaba tradicionalmente desde el marxismo y desde la aceptación generalizada de la idea optimista del progreso de la socialdemocracia, que se basaba no sólo en la teoría del derrumbe (determinismo económico), sino también en la adhesión connatural de las clases trabajadoras hacia los fines de la democracia constitucional y el socialismo democrático y pluralista (automatismo determinista de la adhesión de las masas y de la idea de progreso).

El proceso de racionalización del trabajo en el incipiente “capitalismo organizado” conlleva también un proceso de *integración en el orden establecido* de las clases trabajadoras; una integración y estabilización con mejoras de las condiciones de trabajo y vida que lejos de impulsar la adhesión a las fuerzas alternativas al sistema y en particular al socialismo

europeo. Para una perspectiva de conjunto sobre esa crisis –que se percibió por los intelectuales como una “crisis de la razón”–, véase BURROW, J. W.: *La crisis de la razón. El pensamiento europeo 1848-1914*, Barcelona, Crítica, 2001, especialmente, págs. 103 y sigs., y 155 y sigs.

³⁵Véase KÜHNEL, R.: *La República de Weimar. Establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1991; KLEIN, CL.: *De los espartaquistas al nazismo: la República de Weimar*, Barcelona, Península, 1970.

³⁶KRACAUER, S.: *Los empleados*, Prólogo de Walter Benjamin, Barcelona, Gedisa, 2008. El fenómeno sería detectado empíricamente en FROMM, E.: *Obreros y empleados en visperas del Tercer Reich*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013. Asimismo, HORKHEIMER, M.: *Ocaso*, Barcelona, Anthropos, 1986. La emergencia de los nuevos empleados en el sector servicios –y no sólo en el tradicional sector industrial y agrario– constituía, con sus mejores condiciones de trabajo, un factor relevante de estabilización de las clases trabajadoras y su contención de aspiraciones transformadoras y de adhesión a los partidos y sindicatos de clase. El clima lo describe WIGGERSHAUS, R.: *Die Frankfurter Schule*, Munich, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1988 (versión española, WIGGERSHAUS, R.: *La Escuela de Frankfurt*, México D.F., FCE, 2011, págs. 132 y sigs. En realidad, los grandes partidos de masas en esa época serían el partido nazi alemán y el partido fascista italiano. Ello resulta bien significativo de la realidad política imperante en ese periodo trágico de la historia y del proceso de civilización democrática de las sociedades del capitalismo organizado.

La lucidez para captar el cambio social y de mentalidades no es menor en Walter Benjamin, que veía la descomposición social y el descompromiso con los valores democráticos y socialistas de amplias masas trabajadoras e intelectuales radicalizados. Véase, por ejemplo, BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, edición, revisión y estudio preliminar, “La filosofía política de Walter Benjamin: historia, modernidad y progreso” (pp. IX-CIII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, “*Tesis de filosofía de la historia*”, págs. 37-46; BENJAMIN, W.: *Dirección única*, Madrid, Alfaguara, 2002.

La posición contraria se percibe en JÜNGER, E.: *Der Arbeiter*, Hamburg, 1932. Traducción al castellano, *El trabajador. Dominio y figura*, Barcelona, Tusquets, 2003, en lo que aprecia como un proceso de idealización de la figura del trabajador soldado, movilizado en torno a objetivos identitarios y de hazañas colectivas unificantes, es decir, como formando parte de un “pueblo” sin división y atomización social desmovilizadora. El trabajador deja de individualizarse dentro de una clase social, y se convierte en pura subjetividad colectiva para el interés común del Estado y de la comunidad de trabajo en la empresa. Sobre el modo de pensar de Siegfried Kracauer, TRAVERSO, E.: *Siegfried Kracauer. Itinerario de un intelectual nómada*, Valencia, PUV, 1996.

democrático determinan un espíritu de conservación del orden existente, y el miedo a perder las posiciones que se habían ganado –aunque éstas fueran, en el fondo, el fruto de la lucha de clases y de la acción del movimiento obrero en su doble dimensión de partidos políticos y sindicatos organizados de clase-. No se había cumplido el pronóstico de la supuestamente inevitable “pauperización” del proletariado de las clases desposeídas, pues las reformas del sistema del capitalismo habían mejorado la condición de los trabajadores y para ciertos estratos de las clases medias trabajadoras les habían permitido tener acceso a ciertas formas de propiedad privada. El efecto, no sin cierta paradoja, de muchas conquistas de la subjetividad política y sindical de los trabajadores no fue siempre el deseado: la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, la obtención del sufragio universal (aunque quedaban fuera las mujeres, cuestión social específica nada menor), y la elevación de la cultura de masas, no condujeron al deseable apoyo a la República de Weimar ni mucho menos a su transformación en un sentido socialista. Por lo demás, teóricos de la época como Thorstein Veblen habían hecho notar el desarrollo del capitalismo en un sentido no de construcción creadora como afirmaba Schumpeter, sino de destrucción y financiarización (lo que supone que en el proceso económico prevalece la lógica de la racionalización financiera sobre la lógica de la racionalización productiva); y el desplazamiento hacia la sociedad de consumo, de consumismo compulsivo³⁷. La clase trabajadora había rehusado ser clase para sí y emanciparse a través de sus propios medios; y era atraída hacia el campo de la ultraderecha reaccionaria. Este cambio antropológico y cultural de la clase trabajadora había producido un choque de magnitudes desconocidas en los iussocialistas de Weimar. Muy pocos supieron interpretar la realidad de los acontecimientos. Y algunos pensadores realizaron análisis próximos a los que hicieran autores reaccionarios pero lúcidos como Gustave Le Bon, incidiendo en la “psicología de las multitudes”, aunque bajo el ropaje del psicoanálisis de Freud³⁸. En realidad, los grandes analistas fueron Walter Benjamin, Franz Neumann y Otto Kirchheimer, junto con Adorno y Horkheimer³⁹. Los demás fueron sobrepasados y paralizados por el espanto ante la barbarie.

Cuando estalló la crisis política y económica (con el crack de 1929) se produjo un fenómeno –a menudo observado como captación mítica- consistente en que las clases trabajadoras sucumbieron fácilmente a las propuestas identitarias, nacionalistas e imperialistas de los nuevos partidos de masas antidemocráticos, como el partido nazi; y ante ello el partido socialdemócrata quedó anestesiado y adoptó medidas impopulares contrarias a sus posibles

³⁷ VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios*, trad. C. A. Trípodí y revisión técnica de J. L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios de Thorstein Veblen” (pp. VII-XXXII, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009. Sobre el pensamiento de Veblen, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, especialmente, Capítulo I., sobre la teoría social de Veblen su concepción institucionalista y evolucionista del cambio social en el ambiente cultural de la época (*Ibid.*, págs. 1-86).

³⁸ No fue el caso de W. Reich, y su psicología de masas del fascismo, donde, más allá de alguna simplificación arquetípica, sí puso de relieve algunos elementos que explican como caló el fascismo en la clase obrera.

³⁹ HORKHEIMER, M. y ADORNO, T. W.: *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1994.

apoyos. Todo quedó abonado hacia el ascenso del partido nazi y la suspensión de la constitución de Weimar y el advenimiento de un estado de excepción permanente, con producciones legislativas que suponían una verdadera “mutación” (no reforma) de la Constitución de Weimar hacia una nueva forma de Estado totalitario sin reglas donde se instaló la arbitrariedad en el poder ejecutivo y el poder judicial, con un Parlamento inoperante y adhesivo frente a la maquinaria del poder autoritario autolegitimado por su base electoral inicial y por su capacidad de decisión soberana⁴⁰. Ningún espacio posible abierto para la democracia constitucional pluralista. Ello supuso una ruptura antidemocrática del orden constitucional y la instauración ilegítima de un nuevo régimen político y jurídico autoritario. El “estado de excepción permanente” introduce nuevas formas totalitarias de dominación política, que pudo plantearse en términos de “*liberalismo autoritario*” de nuevo tipo⁴¹, pues el liberalismo de los orígenes, como ideología del poder establecido tras las denominadas “revoluciones liberales burguesas” fue también autoritario al excluir a las clases desposeídas del derecho al sufragio (“sufragio censitario”) y prohibirles un conjunto de libertades públicas fundamentales, entre ellas el derecho de libertad de asociación y los derechos de libertad sindical y de huelga. La historia nos habla aquí no de “esencias”, sino de “existencias” sobre la historia de las ideologías y pasiones políticas en una trayectoria de larga duración.

Frente a ello se constataba que el capitalismo no caería por sus propias contradicciones internas, que la diversificación de la clase trabajadora y de los procesos de integración social contribuían a disolver la visión simplificadora de la clase trabajadora y del partido de clase como subjetividad histórica (he aquí el debate sobre el sujeto histórico de la revolución socialista que había sido el centro de interés de autores como Antonio Gramsci y G. Lukács) y fuerza de progreso que conduciría casi inevitablemente hacia la instauración del socialismo: Esta idea estaba incrustada en la tradición del marxismo, en la socialdemocracia y en pensadores de relevancia como G. Lukács en su obra “Historia y Conciencia de Clase”⁴². Pero fue deconstruida con lucidez innegable por autores como Georges Sorel (“La

⁴⁰El ambiente cultural y político fue perfectamente percibido por Walter Benjamin en sus “Tesis sobre la filosofía de la historia”. Véase, BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, edición, revisión y estudio preliminar, “La filosofía política del Walter Benjamin: historia, modernidad y progreso” (pp. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, “Tesis de filosofía de la historia”, págs. 37-46. La tecnificación del concepto de “estado de excepción” en la época moderna se debe a Carl Schmitt. Cfr. SCHMITT, C.: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), Berlín, Duncker und Humblot, 10ª ed., 2015. Según Carl Schmitt «soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción», es decir, hace referencia a aquella autoridad que es capaz de adoptar e imponer su decisión en una situación crítica o excepcional. Cfr. SCHMITT, C.: *Teología política*, en *Escritos políticos*, Madrid, Doncel, 1975, pág. 35. Reedición, SCHMITT, C.: *Teología política*, trad. F. J. Conde y J. Navarro Pérez, Madrid, Trotta, 2009.

⁴¹ Para la noción de “liberalismo autoritario”, véase HELLER, H.: “Autoritärer Liberalismus?” (1932), en *Gesammelte Schriften*, vol. 2, edición C. Mülle, Tübingen Mohr Siebeck, 1992, pp. 651-652; e igualmente KIRCHHEIMER, O.: “Verfassungsreaktion 1932”, en KIRCHHEIMER, O.: *Gesammelte Schriche. Band 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik*, edición de H. Buchstein, Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 440-442.

⁴² LUKÁCS, G.: *Historia y consciencia de clase. Estudios sobre dialéctica marxista*, Madrid, Siglo XXI, 2021.

ilusión del progreso”)⁴³, Eduard Bernstein (“Socialismo evolucionista”)⁴⁴, Ferdinand Tönnies⁴⁵ y Walter Benjamin, en su famosa “Tesis de filosofía de la Historia” y otros pensadores con ensayos fundamentales, que reflejaban la crisis de algunos presupuestos de la modernidad⁴⁶. Las consecuencias de la ruptura de la idea de progreso⁴⁷ y el optimismo de la revolución fueron extraídas tras el holocausto por Horkheimer y Adorno (“Dialéctica de la Ilustración”)⁴⁸, y culminadas en gran medida, por otros pensadores de la Escuela de Frankfurt, como Jünger Habermas (“El discurso filosófico de la modernidad”)⁴⁹ y Zygmunt

⁴³SOREL, G.: *Reflexiones sobre la violencia*, versión castellana de Augusto Vivero, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel” (pp. XI-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, centrada en la movilización de masas y en la centralidad del sindicalismo revolucionario y sus instrumentos de acción colectiva (señaladamente la huelga general revolucionaria). Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El pensamiento sociopolítico de George Sorel*, estudio preliminar a SOREL, G.: *Las Ilusiones del Progreso (Estudios sobre el porvenir social)*, trad. de M. Aguilar Muñoz, revisión técnica, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011 (Última edición francesa, *Les illusions du progrès*, París, Slatkine, 1981), págs. XI-LXII.; LACASTA ZABALZA, J.I.: *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid, Talasa, 1994. Igualmente, MONEREO PÉREZ, J. L. (2022). “El sindicalismo y sus instrumentos de acción colectiva en la concepción de Georges Sorel. Un estudio crítico”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2), 1–65. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7369>

⁴⁴BERNSTEIN, E.: El socialismo evolucionista, versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein” (pp. IX-XC), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011 (Este libro incluye el ensayo “¿Qué es el socialismo?”, págs. 113-137); BERNSTEIN, H.: *Karl Marx y la reforma social*, Barcelona, Página Indómita, 2018.

⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies”, en *Revista española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núm. 144 (2009), págs. 793-862. Del mismo, TÖNNIES, F.: *Comunidad y asociación*, trad. José-Francisco Ivars, revisión de J.L. Monereo Pérez, edición y estudio preliminar, “La interpretación de la Modernidad en Tönnies: “Comunidad y Sociedad-Asociación en el desarrollo histórico” (pp. XI-XLIV), A cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009; TÖNNIES, F.: *Principios de sociología*, trad. Vicente Llorens, revisión, edición y estudio preliminar, «La sociología como crítica social: La aportación de Ferdinand Tönnies» (pp. XV-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2009.

⁴⁶ Véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

⁴⁷ Las aporías de la modernidad ya fueron señaladas por Max Weber. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.

⁴⁸ La dialéctica de la Ilustración refleja las tensiones de la modernidad, pero la teoría crítica debería subrayar más que tras la barbarie se sitúan las consecuencias del capitalismo como modo de organización social y la presencia de subjetividades políticamente antagónicas que no pueden formularse como elementos simplemente abstractos, sino en toda su complejidad cultural, económica, social y político jurídica. Véase la crítica de Walter Benjamin y en general de la Escuela de Frankfurt. BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, edición, revisión y estudio preliminar, “La filosofía política del Walter Benjamin: historia, modernidad y progreso”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; ADORNO, TH. W. y HORKHEIMER, M.: *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, 10ª ed., Madrid, ed. Trotta, 2018, en esta obra se pretende comprender por qué motivo la humanidad, en vez de entrar en un estado verdaderamente humano, se hunde en un nuevo género de barbarie; y reflexionando, al respecto, GALLI, C.: *Contingencia y necesidad en la razón política moderna*, trad. C.R. Molinari Marotto, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2019, espec., Cap. 6, págs. 195 y sigs.

⁴⁹ Véase HABERMAS, J.: El discurso filosófico de la modernidad, Madrid, Ed. Taurus, 1989, pág. 93; MARCUSE, H.: «Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung», en *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm. 3 (1934), págs. 161 y sigs.

Bauman ("Modernidad y Holocausto")⁵⁰.

Es en ese contexto (no propiamente "externo") donde se inserta el pensamiento jurídico y político de Kirchheimer, y sin atender a él no parece posible vislumbrar las claves últimas de su modo de pensar.

Kirchheimer perteneció -y participó de su destino dramático- al colectivo de juristas críticos socialdemócratas *iussocialistas*, como Franz Neuman, Ernst Fraenkel, Kahn-Freund, que se habían visto obligados a emigrar para eludir la represión del Estado totalitario⁵¹. Esta actitud crítica estaba condicionada por su proximidad originaria a la dirección radical del Linksozialismus dentro del SPD. En los inicios de la República de Weimar, desde una actitud antiliberal, criticó la visión liberal del Estado de Derecho y los valores de la democracia formal. Atendiendo a la dramática experiencia de la destrucción de la democracia de Weimar por las fuerzas autoritarias, Kirchheimer da un salto cualitativo en su pensamiento y acción y defiende los valores de la "democracia formal", puesto que se podría decir que en el fondo "la democracia no se ha identificado nunca con una corriente concreta de pensamiento: es más un *producto de todo el desarrollo de la civilización occidental*"⁵². Él analizó los límites del reformismo en el interior del Estado de derecho liberal⁵³, interiorizando cierta tradición del liberalismo pluralista⁵⁴. En el año 1930 se constataba el fracaso, y la impotencia, del sistema parlamentario para garantizar una respuesta eficaz del orden democrático y del proceso reformista imprimido por la

⁵⁰ BAUMAN, Z.: *Modernidad y holocausto* (1991), Madrid, Ed. Sequitur, 1997; BAUMAN, Z.: *Modernidad y ambivalencia*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2005. Asimismo, NEUMANN, F.: "Antisemitismo: punta de lanza del terrore universale", y "Il morale tedesco dopo la Tunisia", en NEUMANN, F., MARCUSE, H. e KIRCHHEIMER, O.: *Il nemico tedesco. Scritti e rapporti riservati sulla Germania nazista (1943-1945)*, edizione a cura di Raffaele Laudani, Bologna, Il Mulino, 2012, págs. 61 y sigs., y 69 y sigs., respectivamente.

⁵¹ Para esa biografía intelectual, compartida en el momento genético y sólo en parte en la fase posterior del exilio, véase del propio KIRCHHEIMER, O.: Introducción a SINZHEIMER, H., y FRAENKEL, E.: *"Die Justiz" in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, a cargo de T. Ramm, Neuwied/Berlín, 1968, *passim*. Véase igualmente el ensayo de VARDARO, G.: "Otto Kahn-Freund e l'emigrazione dei giuslavoristi weimariani", en *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, a cargo de G. G. Balandi y S. Sciarra, Roma, edizione lavoro, 1983, págs. 79 y sigs.

No cabe desconocer tampoco que Kirchheimer se inserta en una línea de reflexión crítica que se incardina en las corrientes de pensamiento que enlazan con Karl Marx y Max Weber, gigantes intelectuales en cuyos hombros pudieron subirse y mirar reflexivamente todos los teóricos socialistas de Weimar y los integrantes de la Escuela de Frankfurt.

⁵² SARTORI, G.: *Democrazia e definizioni*, Bolonia, Il Mulino, 1969, pág. 321.

⁵³ Véase KIRCHHEIMER, O.: "Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse" (1929), en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, págs. 74 y sigs.

⁵⁴ No se olvide que las concepciones de Kirchheimer alcanzaron una dimensión más pluralista en su fase de madurez en el marco de la defensa de un carácter más abierto de las democracias contemporáneas. Constató la existencia de distintos centros de poder como base del pluralismo político-social subyacente, aunque, como Neumann, miró con desconfianza -comprensible tras la experiencia histórica vivida (...)- la lucha de intereses competitivos diferentes por el apoyo electoral y la búsqueda de un equilibrio dinámico entre los mismos. Paradigmática es la obra de su colega NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México D.F., FCE, 1983, págs. 47 y sigs.

socialdemocracia alemana⁵⁵. Puede decirse que, a partir de 1930, Alemania prácticamente dejó de ser gobernada parlamentariamente, para ser regida por un gobierno apoyado en la confianza del viejo presidente, el mariscal de campo Von Hindenburg, a través de "decretos de emergencia" que se presentaban al Parlamento para su aprobación como mero acto de trámite. Se designó canciller a Heinrich Brüning, líder del partido centrista católico. Era éste un gobierno "semidictatorial"⁵⁶. Esta experiencia sería un elemento central en su reflexión posterior sobre la teoría del Estado y de la democracia política y social. Sin embargo, sería injusto y realmente ingenuo pensar que las contradicciones de la Constitución de Weimar fue el factor determinante (y menos aun verdaderamente "decisivo") del fracaso. Hay que entender el conjunto de factores de base *sustancialmente políticos* relativos a los poderes concurrentes que militaban en su contra a pesar de aquellas contradicciones, que, como se ha indicado aquí, son relativas dado que la Constitución de Weimar fue una Constitución abierta al pluralismo democrático y tenía una decisión más precisa de lo que se cree respecto de la consagración de una democracia constitucional pluralista de partidos con un Estado Social de Derecho y respetuosa con el conjunto de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos. De ahí su modernidad contemporánea y su cualidad de ser referente permanente por ella misma y por los debates políticos y jurídicos a que dio lugar. Fue aprobada democráticamente, pero siempre cuestionada y objeto de disputas: no era fácil alcanzar un consenso legitimador generalizado sobre las bases del orden político y jurídico que ha de imperar la convivencia en una sociedad democrática en un periodo tan controvertido como el periodo de entre las dos guerras mundiales. Es más, tuvo una gran relevancia en el periodo en que pudo estar vigente. La Constitución de Weimar creaba un marco, se diseñaban las bases del sistema político y jurídico (es decir, las estructuras institucionales, los principios y el conjunto de los derechos; también los mecanismos de revisión o reforma de la propia Constitución), pero su carácter abierto y pluralista impedía ir más allá asumiendo una pretendida prefiguración de cualquier opción política.

Se debe poner de relieve, ciertamente, la influencia en el primer Kirchheimer del austromarxismo de Max Adler y del antiliberalismo de Carl Schmitt. En particular, es de destacar que la "distinción entre los elementos democráticos de carácter "formal" y "material" recoge la tradición inaugurada por Adler cuya influencia en el joven Kirchheimer vino dada fundamentalmente a través del Sozialistischen Studenternbund y de los Jungsozialisten, organizaciones en las que la postura crítica del austromarxista gozó de gran predicación durante los años veinte"⁵⁷. Mientras que su análisis de la democracia formal es

⁵⁵COLOM GONZÁLEZ, F.: *Las caras del leviatán*, cit., pág.108. Para el debate previo que sirve de antesala a la construcción de las políticas de la socialdemocracia alemana en Weimar, véanse las aportaciones recogidas en VALIANI, L. y WANDRUSZKA, A.: *Il movimento operaio e socialista in Italia e in Germania*, Bologna, Il Mulino, 1978; AA.VV.: *Historia del marxismo. El marxismo en la época de la IIª Internacional*, varios vols., Madrid, Bruguera, 1980-1981.

⁵⁶CARSTEN, F.L.: *La ascensión del fascismo*, Barcelona, Seix Barral, 1971, págs.196 y sigs. Sobre el triunfo del nacionalsocialismo y su significación histórica, puede consultarse, aunque advirtiendo el carácter muy discutible de algunas de sus afirmaciones, NOLTE, E.: *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Barcelona, Península, 1971, págs.125 y sigs.

⁵⁷COLOM GONZÁLEZ, F.: *Las caras del leviatán*, cit., pág.109.

tributario del pensamiento de Schmitt, aunque los fines perseguidos son evidentemente diferentes⁵⁸. Él caracterizó al Estado de Derecho de Weimar como el resultado de una coyuntura "en la que una clase ya no es lo suficientemente fuerte, y la otra no tiene *todavía* bastante fuerza, para mantener la exclusividad de su sistema político"⁵⁹. Un parlamento democrático en cierta medida bloqueado por la dificultad de proporcionar una decisión. Este mismo pensamiento se reflejó en Heller, cuando insinuó la posibilidad de un gobierno "autoritario" de las clases dominadas en el caso de tener el poder suficiente para imponerlo, pero respetando el régimen de democracia parlamentaria y la fisonomía integral del Estado de Derecho⁶⁰. En realidad, sólo puede hablarse en Hermann Heller de una *soberanía "moderada"*, ya que su "decisionismo" no es absoluto. Soberano es para Heller el que decide sobre el caso normal, legalizado; y precisamente por esto queda él solo legitimado, en caso de excepción, a decidir eventualmente incluso contra la ley escrita⁶¹. Como hizo notar Kirchheimer, "en el momento de la redacción del texto constitucional no se había decidido sobre la naturaleza capitalista o socialista de los principios que debían regir el Estado alemán, se consideró suficiente elaborar un mero catálogo de los mismos. La *decisión* sobre el

⁵⁸Esa diferencia sustancial es puesta de manifiesto por NEUMANN, V.: "Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt", en *Kritische Justiz*, 14 (1981), págs. 235 a 254.

⁵⁹KIRCHHEIMER, O.: "Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928)", en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.63, cit., por Colom, 110.

⁶⁰ Heller nunca renegó de los valores de la democracia parlamentaria. Sin embargo, Heller entendía compatible un cierto tipo de Estado autoritario o fuerte (no en el sentido de «Estado totalitario» *per se* antidemocrático) *en el marco de la democracia parlamentaria y precisamente para la defensa de sus instituciones fundamentales*. Consideraba que «El problema principal de una revisión de la constitución alemana es la *posibilitación de un parlamento capaz de trabajar y de un gobierno capaz de actuar*». Por otra parte, realza que «Así como *no* queremos prescindir de la legitimidad democrática, de igual manera tampoco queremos estar privados bajo ninguna circunstancia de la *legalidad del Estado de derecho* en una constitución alemana. *Deseamos el Estado autoritario, pero luchamos contra el Estado total*». Además, el desarrollo de la cultura europea «no se halla en oposición al Estado autoritario, pero sí al Estado total, cuya autoridad no conoce los límites del derecho ni la división de poderes ni los derechos fundamentales. Para nosotros puede tratarse únicamente de *someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general*». Cfr. HELLER, H.: «Metas y límites de una reforma de la constitución alemana», en *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-textos, 1996, págs. 72-73. HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann Heller" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs.212 y sigs., y 231 y sigs. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 1.2 ("Decisionismo político moderado y teoría antiformalista del Estado y de la Soberanía"), págs. 67 y sigs., Capítulo I.4. ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 63 y sigs., y Capítulo 2 ("La constitución política de la sociedad"), págs. 80 y sigs.

⁶¹. Véase FROSINI, T.E.: *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 1997, págs. 37 y sigs. Consúltase igualmente PASQUINO, P.: «Hermann Heller: sovranità e rappresentanza», en GOZZI, G.Y SCHIERA, P. (a cura di): *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Primera guerra mondiale, Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, Quaderno 24, Bologna, Società editrice il Mulino, 1987, págs.11 y sigs. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo 1.2 ("Decisionismo político moderado y teoría antiformalista del Estado y de la Soberanía"), págs. 67 y sigs., y Capítulo 2 ("La constitución política de la sociedad"), págs. 80 y sigs.

principio que debía hacerse dominante quedó así relegada al futuro"⁶². Las disfuncionalidades de la democracia "negociada" de Weimar habían ejercido una presión contradictoria entre lógicas de regulación legal-racional adversas motivadas por la necesidad de disciplinar la compleja sociedad de pluralidad de clases. Nuestro autor trató de afrontar el problema de la soberanía en un contexto caracterizado por la multiplicidad de los centros de poder político y de los sujetos políticos.

Él criticó severamente el sistema parlamentario liberal como contrapuesto en cierta medida a la democracia. De ahí que afirmase que "la democracia representaba la presión, a menudo oscura, pero siempre presente, de las masas por el dominio político; el parlamentarismo, por el contrario, encarnaba la dominación de la burguesía"⁶³. La presencia de representantes de los trabajadores como nuevos actores políticos en las instituciones parlamentarias había determinado la pérdida de "armonía" del Estado liberal de Derecho, donde se discutía sólo desde la lógica de la perpetuación del orden existente. La penetración de la clase trabajadora en el *estatus de ciudadanía política* determinaría, en su opinión, que las *decisiones políticas* se adoptasen fuera de las instancias parlamentarias democratizadas, y precisamente para eludir el control democrático de las mismas. Es por ello por lo que Kirchheimer constató que el Parlamento se había convertido en un *espacio político para "la contraposición de intereses de clase"*, mientras que las verdaderas decisiones sobre cuestiones políticas se tomaban en conversaciones privadas y en comisiones y reuniones secretas. La idea del parlamento como refugio para el progreso hacia decisiones crecientemente racionales olvida necesariamente el hecho de que los intereses de clase responden a cuestiones de poder". De ahí que, como hizo notar "Mayoría parlamentaria y verdadero poder político pueden, pero no tienen que coincidir, mayoría y poder son dos cosas distintas, y la mayoría en el parlamento es sólo una de las vías posibles, pero no absolutamente fiables, para conocer las verdaderas relaciones de poder"⁶⁴.

⁶²KIRCHHEIMER, O.: "Verfassungswirklichkeit und politische Zukunft der Arbeiterklasse" (1929), en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.71.

⁶³KIRCHHEIMER, O.: "Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928)", en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.60. De cualquier modo, se debe hacer notar que estamos ante un primer Kirchheimer que en su juventud estuvo muy influenciado por Carl Schmitt. Un cambio de posición que tuvo lugar en los últimos años de la República de Weimar y, especialmente, durante su época del exilio donde estuvo vinculado a una tradición distinta: la de los orígenes de la "Escuela de Frankfurt".

⁶⁴KIRCHHEIMER, O.: "Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928)", en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.62.

Como ha destacado F. Colom (*Las caras del leviatán*, cit., págs. 111-112), este modo de pensar entroncó directamente con el pensamiento de su maestro Carl Schmitt en *La situación histórico-espiritual del parlamentarismo contemporáneo* (1923 y 1926), en donde éste rechazó la defensa del parlamentarismo como sistema para el reclutamiento y la educación política de las élites llevada a cabo por Max Weber, Hugo Preuss y Friedrich Naumann: "La situación del parlamentarismo -dice Schmitt- es crítica hoy en día porque el desarrollo de la moderna democracia de masas ha hecho de la discusión pública de argumentos una formalidad vacía...". MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

La visión negativa de la democracia parlamentaria entronca con el enfoque crítico realizado no sólo por Schmitt⁶⁵ sino también con el anterior análisis de Max Weber sobre la que denominó *democracia plebiscitaria*⁶⁶. Por lo demás, para Kirchheimer, las sociedades postliberales caracterizadas como "democracias de masas" tienen un carácter esencialmente compromisorio o transaccional⁶⁷, que en caso de perderse deriva en un régimen

⁶⁵Quien postuló un reforzamiento de los poderes presidenciales frente a un Parlamento de heterogénea composición y la uniformización de la vida política y social, con la prohibición de los partidos políticos democráticos y de las organizaciones sindicales que identifican los intereses colectivos de los trabajadores. Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, cit., *passim*. En cualquier caso, Schmitt no fue un defensor de la República de Weimar y de su Constitución fundacional. Al final acabó en el campo de los que contribuyeron a derrocarla, justificándolo desde la facticidad del poder y desde la racionalidad del Derecho en la perspectiva decisionista e institucionalista autoritaria. Aparte de su adhesión al partido nazi en 1933. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: "El fascismo y la crisis política de Europa", estudio preliminar a HELLER, H.: *Europa y el Fascismo*, trad. Francisco J. Conde, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LXVI; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; BEAUD, O.: *Los últimos días de Weimar. Carl Schmitt ante el ascenso del nazismo*, Madrid, Escolar y Mayo, 2017.

⁶⁶Véase WEBER, M.: "La política como vocación", en WEBER, M.: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1967, págs.128 y sigs. ("Ahora se convierte en jefe aquel a quien sigue la maquinaria del partido, incluso pasando por encima del Parlamento. La creación de tales máquinas significa, dicho con otras palabras, la instauración de la democracia plebiscitaria"; *Ibid.* pág.130). Asimismo, la nueva edición, WEBER, M.: *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, traducción de Carlos Correa, revisión, edición y Estudio preliminar titulado "Modernidad y racionalización del poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (pp. IX-LXII) a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013. Ahora bien, existen diferencias entre Schmitt y Weber, sobre todo por lo que atiene a la compatibilidad del liderazgo con una democracia parlamentaria y a la encarnación por el líder de los valores de la democracia. Sobre el tema es útil la consulta de MOMMSEN, W.: "Acerca del concepto de 'democracia plebiscitaria del líder'", MOMMSEN, W.: *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Buenos Aires, Alfa, 1981, págs.49 y sigs.

⁶⁷No obstante, ese carácter compromisorio de la Constitución de Weimar había sido más convincentemente destacado por Hermann Heller, en HELLER, H.: "Libertad y forma en la constitución del imperio", en HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-textos, 1996, págs.61 y sigs. Tras dejar constancia del carácter transaccional de la Constitución de Weimar de 1919, afirma que "Tenemos derecho a exigir respeto para ella a todos los ciudadanos alemanes de todas las orientaciones políticas, porque esta forma constitucional garantiza a todos los grupos idénticas condiciones de lucha" (*Ibid.*, pág. 67). En este sentido la Constitución contiene para él una decisión política fundamental, basada en la formación de la voluntad política a través de las reglas de la democracia y del consenso entre las distintas fuerzas constituyentes. Cabría hablar así de "decidibilidad compleja". Él está plenamente convencido de que la forma política y jurídicamente abierta de la Constitución de Weimar es más apta para poner en práctica el proyecto de un Estado social de Derecho (*Sozialer Rechtsstaat*). Él creía en la posibilidad de una "revolución legal", basada en la legalidad democrática de Weimar, pero utilizando todos los mecanismos de defensa de que dispone el sistema democrático ("Sabemos muy bien que un Estado no se garantiza solamente con las papeletas de voto, y les probaremos este conocimiento de manera práctica en el momento en el que intenten una agresión violenta. ¡Entonces defenderemos la Constitución de Weimar, si es preciso con las armas en la mano!"; *Ibid.*, pág.67). Sin embargo, la utilización desviada de los mismos mecanismos democráticos de decisión pudo legitimar la "situación de excepción" conforme a los análisis de Carl Schmitt, mientras que la posición de la socialdemocracia se había "enquistado" en posturas decididamente defensivas.

Desde la crítica radical del propio Schmitt se había afirmado que la Constitución de Weimar "era un compromiso" pluralista. Cfr. SCHMITT, C.: *Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich. "La Victoria del Burgués sobre el Soldado"*, en *Estructura del Estado y Derrumbamiento del Segundo Reich. "La Victoria del Burgués sobre el Soldado & La lógica de la Sumisión Espiritual*, trad. G. Guillén Kalle, Anotaciones y Comentarios de G. Maschke, Madrid, Reus, 2006, págs.76-85. Véase MONEREO PÉREZ, J.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; KENNEDY, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar*.

eminentemente autoritario. En el régimen de democracia de masas la gobernabilidad se consigue mediante el establecimiento de una red de acuerdos político-sociales entre las diversas organizaciones de intereses dentro de una sociedad esencialmente pluralista. Esa red de acuerdos supuso, en su opinión, una coexistencia contradictoria entre los tradicionales derechos individuales y los nuevos derechos y garantías constitucionales concedidas a los grupos⁶⁸. Desde una perspectiva más estructural y dinámica, el pluralismo constitucional encontraba una expresión cualificada en el ordenamiento de la constitución del trabajo⁶⁹, donde garantizaba un derecho de autodeterminación colectiva, capaz de generar un Derecho social autónomo más allá del estatismo que había presidido el sistema liberal y las primeras intervenciones del Estado social⁷⁰. En esta forma de Estado el pluralismo político de la sociedad es esencial, lo cual comporta un régimen democrático de partidos políticos,

La quiebra de una Constitución, Madrid, Tecnos, 2019.

⁶⁸Véase KIRCHHEIMER, O.: "Changes in the Structure of Political Compromise", *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm.9 (1941), págs.264 a 289.

⁶⁹ El concepto de constitución del trabajo en sentido totalizador hace referencia no exclusivamente al Derecho del Trabajo, sino, más ampliamente, por la valoración del peso real de las normas en las instituciones jurídicas, de la fuerza factual de las normas, siendo, pues, necesario tomar en consideración la fuerza normativa de los hechos. Cfr. RAMM, T.: "Problemi della costituzione del lavoro", en RAMM, T.: *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milán, Giuffrè, 1989, págs. 151 y sigs. No obstante, la idea y noción de política del derecho de constitución del trabajo tiene un entronque con una tradición histórica anterior a la Constitución de la República de Weimar, como "constitución jurídica de la clase trabajadora". Al respecto, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., capítulo 4 ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora", "Reforma social y 'constitución del trabajo'", "La combinación de *estatus* y contrato en la 'constitución del trabajo'"), págs. 191-221, con referencia a Thilo Ramm, Anton Menger, Ferdinand Lasalle, Otto Bauer, Renner, etcétera. "El proceso de reforma social se planteó inicialmente en términos más amplios que el tipo de problemas específicos que trata de resolver el Derecho del Trabajo. La reforma social se planteó como una respuesta a una cuestión social y no mera o exclusivamente "laboral" y fue impulsado tanto por las exigencias de hegemonía de la burguesía en el poder como por necesidades más complejas de racionalización y gobernabilidad de los procesos sociales. Al tiempo (...). El orden social solo podría tener consistencia y estabilidad si se dota de una constitución que garantizaba un mínimo equilibrio social en la sociedad adquisitiva: una nueva constitución jurídica de la condición de la clase trabajadora basada en la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía (una ciudadanía social primero basada en los derechos y posteriormente también en los poderes colectivos emergentes en los grupos de la sociedad fragmentada) que modifica la antigua constitución liberal, tan sólo corregida porque quedan sustancialmente inalterados los fundamentos constitutivos básicos del ordenamiento jurídico del capitalismo moderno (régimen salarial, propiedad privada, libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, etc.). Es éste un reconocimiento explícito de la política de la gestión pública de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción del capitalismo tardío. En realidad, la incorporación de partidos y sindicatos en el sistema democrático ha permitido estabilizar a las sociedades capitalistas desarrolladas, aceptando en esencia la legitimidad del orden de estratificación social existente. El propio Ferdinand Lasalle aportaría un *concepto material de constitución* y al mismo tiempo una dirección del reformismo radical para establecer una nueva constitución real, comprometida con los derechos sociales de la ciudadanía y con la democratización de las estructuras políticas y económicas; constitución real también en el sentido de que las reglas de juego por ella establecidas se apliquen efectivamente (...)" (*Ibid.*, págs. 193-194). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, Tercera Parte ("La política social en las sociedades de capitalismo avanzado: la doble presencia de la "Vieja" y la "Nueva" Cuestión social"; "Los dilemas de la política social en el sistema político democrático: hacia la instauración de modelos de 'Sistemas de Bienestar positivos'"), págs. 221 y sigs.

⁷⁰En este sentido son esenciales las contribuciones de Sinzheimer, Fraenkel y Korsch. Véanse los textos recogidos en el libro *Laboratorio Weimar*, cit., *passim*.

sindicatos y organizaciones de intereses emanadas de la sociedad civil abierta e inclusiva⁷¹. La política defendida por los pensadores iussocialistas de la República de Weimar no supone que se base en un juego suma cero que se expresaría en una lucha sin reglas, sin posibilidad de mediación o compromiso y que no tendría solución, salvo el reclamo de la derrota total del considerado enemigo, lo que conduciría a su supresión violenta. Esa no es la racionalidad funcional de la política en que subyace a la democracia constitucional y al sistema pluralista de partidos. En esta línea de pensamiento, a pesar de un cierto escepticismo, Kirchheimer consideraba necesario superar el modelo de democracia "plebiscitaria" postulando los viejos principios de una democracia participativa de todos los ciudadanos en la construcción del proyecto de sociedad, elemento éste necesario para superar la concepción reductiva de la democracia como simple procedimiento competitivo entre élites desligadas de la opinión pública. En esta cuestión, como en lo relativo a la teoría crítica del Derecho y de la Política, Kirchheimer estableció una controversia de principio con las tesis planteadas por Carl Schmitt, con el cual tuvo una inicial vinculación en su etapa formativa⁷². La influencia que Schmitt ejerció sobre Kirchheimer, nada paradójica, tuvo un efecto sustancialmente positivo, pues le hizo ver la tensión dialéctica entre el poder y el Derecho, entre la legalidad y la legitimidad, entre la dictadura y los límites de la democracia, etcétera. Kirchheimer, como su amigo Franz Neumann, criticará la lógica del autoritarismo decisionista schmittiano y la justificación política y jurídica que ello conlleva del sistema de arbitrariedad y de terror del régimen nazi. Para ambos "lo político" no se resuelve necesariamente en la dialéctica amigo-enemigo y la aniquilación del enemigo; pues, siendo realmente existente esa lógica, en un orden democrático puede resolverse a través del "consenso" y del acuerdo provisional sobre el conflicto planteado.

En la democracia constitucional —a la que subyace siempre la realidad del conflicto— se pueden resolver los inevitables conflictos de poder a través de mecanismos constitucionales que respeten las reglas de juego establecidas mayoritariamente. Por tanto, a la tensión entre amigo-enemigo, cabe oponer también su reconducción en un orden democrático hacia la tensión institucionalizada entre conflicto y pacto como dialéctica connatural a las relaciones sociales⁷³. Si el decisionismo político supone la quiebra de la generalidad de la Ley, la

⁷¹ La defensa del pluralismo político, social y jurídico está presente en Otto Kirchheimer y Franz Neumann. Véase más adelante.

⁷² Véase, contemporáneamente, HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1982; HABERMAS, J.: *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.

⁷³ En el ámbito de las relaciones laborales lo había planteado Sinzheimer, pero también lo llevó a un elevado nivel de elaboración Otto Kahn-Freund, también uno de los jóvenes juristas de Weimar formados a la sombra de Sinzheimer como lo fueron Otto Kirchheimer y Franz Neumann. Lejos de afirmar la inevitabilidad del exterminio del enemigo, éste se convierte en un adversario antagonista con el cual se mantiene siempre un conflicto estructural expresado en conflictos concretos declarados o en controversias jurídicas; entonces, indicarían, es posible no sólo las soluciones autoritarias dirimentes sino también la posibilidad de un diálogo y negociación colectiva capaz de alcanzar un acuerdo. Dicho en otras palabras: en las relaciones laborales se opera una dialéctica entre conflicto y pacto, y éste puede poner fin a un conflicto concreto declarado, pero no al conflicto estructural siempre subyacente. Véase KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, 3ª ed., inglesa, traducción y nota preliminar de Jesús María Galiana Moreno, "IN MEMORIAM" por Faustino Cavas y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del*

ruptura de la separación de poder como garantía dentro del Estado de Derecho, la primacía del poder ejecutivo sobre el poder parlamentario, ello implicaría la instauración de un Estado autoritario, asentado sobre la base de una suerte de “liberalismo autoritario” en la denominación acuñada por el propio Hermann Heller. El Estado autoritario es configurado como un Estado fuerte refractario al pluralismo, de apoyo a la liberalización de las fuerzas económicas y dismantelador autoritario de la política social⁷⁴. El liberalismo autoritario es una construcción técnica de la teoría política que aunque tiene antecedentes harto significativos en la doctrina, pero que fue establecida de una manera esclarecedora por Hermann Heller, en su ensayo *¿Liberalismo autoritario?*⁷⁵. Esta concepción -inherente a la categoría del “liberalismo autoritario”- se contraponía frontalmente a la forma política de Estado democrático social de Derecho, tal y como era consagrada en la Constitución de Weimar⁷⁶. Se hacía referencia a un liberalismo reaccionario y conservador, pero fuertemente comprometido con las nuevas formas de capitalismo monopolista y financiero. Para ello, no se dudaba en establecer formas de gobierno autoritario que limitaban los derechos y libertades fundamentales, entre ellos los derechos de asociación política y sindical, al propio tiempo que el Estado apoyaba *de facto y de iuri*, según las circunstancias, a los grandes

Derecho del Trabajo, Albacete, Bomarzo, 2017; CASTELLI, N.: *Contrato, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales*, Albacete, Bomarzo, 2014.

⁷⁴ Para la teorización de Heller sobre el liberalismo autoritario desde una posición decididamente crítica, véase MONEREO PÉREZ, J.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría Política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 3.5 (“Heller y el debate sobre el Estado Totalitario (en Alemania)”, págs. 234-255, donde se entra a fondo en el debate que involucró a autores como Heller, Kirchheimer, Neumann, Schmitt, Fraenkel, etcétera. Con referencia al “liberalismo autoritario”. Asimismo, anteriormente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; MONEREO PÉREZ, J.L.: «*El fascismo y la crisis política de Europa*», Estudio preliminar a HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F. J. Conde, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; SCHMITT, C. y HELLER, H.: *Du libéralisme autoritaire. Carl Schmitt/Hermann Heller*, Presentación de G. Chamayou, “1932. Naissance du libéralisme autoritaire”, Paris, Éditions La Découverte, 2020. Se recogen dos ensayos: SCHMITT, C.: “État fort et économie saine” (1932), págs. 83 y sigs.; y HELLER, H.: “Libéralisme autoritaire?” (1933), págs. 119 y sigs. La publicación originaria de Carl Schmitt y de Hermann Heller en Duncker&Humblot GmbH, 1995. Al respecto, CRISTI, R.: *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998. Existe traducción al castellano del ensayo de Heller: HELLER, H.: “¿Liberalismo autoritario?”, en *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*. 12(1), 65-70. <https://dx.doi.org/10.5209/ltl.80451>

⁷⁵ Existe traducción al castellano del ensayo de Heller: HELLER, H.: “¿Liberalismo autoritario?”, en *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*. 12(1), 65-70. <https://dx.doi.org/10.5209/ltl.80451>

⁷⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo 3.5. (“Heller y el debate sobre el Estado totalitario”), págs. 234-255, con referencia expresa a Otto Kirchheimer, Radbruch, Franz Neumann, Fraenkel, en discurso crítico con Carl Schmitt y G. Leibholz. En la misma obra, véase, asimismo, *Ibid.*, Capítulo 1 (“La teoría político-jurídica de Hermann Heller”), págs. 9 y sigs.; Capítulo 2.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs. 67-79; y Capítulo 2. (“La ‘constitución política’ de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs. 80-112. Igualmente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

grupos económicos y financieros. Heller hace notar que, en realidad, en la Alemania de 1932, el gabinete de Papen hizo del eslogan de Estado “autoritario” incluso un programa de gobierno. Ahora bien, a pesar de terminar ese mismo año, el gobierno de Papen *no inventó el programa del Estado “autoritario”, sino que fue el exponente político oficial de los poderes que exigían su realización*, como la forma política de gobierno más conforme para defender sus intereses e ideología. Aunque en términos generales, todo Estado es una instancia política de dominación, la referencia a un Estado “autoritario” adquiere aquí una significación más precisa y concreta: en primer lugar, con lo “autoritario” se polemiza, en realidad, contra el Estado democrático; “Autoridad”, “no mayoría” es la antítesis formulada hace cien años por Friedrich Julius Stahl, que, no obstante, no se ha vuelto más correcta con el paso del tiempo. Se dice Estado autoritario cuando, en realidad, se quiere decir es autoridad estatal autocrática contra autoridad estatal democrática. Son los mismos círculos, altamente influyentes en términos militares y económicos, los que desde 1918 se han esforzado mucho en socavar la autoridad estatal democrática, y los que durante la República de Weimar claman por el Estado “autoritario”. En gran medida la existencia del vago eslogan del Estado “autoritario” se basa en la Alemania de postguerra, en la debilidad del régimen democrático y también en la responsabilidad de quienes no supieron comprender la dialéctica Poder-Derecho (incluida la socialdemocracia alemana). La situación crítica y de confusión de 1929, hace sensible a la República de Weimar a la descalificación de la autoridad estatal democrática y la creencia supuestamente milagrosa de la “dictadura”. En un contexto crítico de problemas de legitimación social del orden democrático la imagen del líder carismático puede ser decisiva para atraer a las masas. En efecto, el hecho de que millones de personas crean con fervor religioso en la salvación de todas las necesidades a través del líder aumenta la dificultad, que ya de por sí no es baja, de la formación de la mayoría política y de la formación democrática del gobierno mucho más allá de lo que se justifica sociológicamente. En este crítico estado de excepción puede tener éxito una concepción del Estado que, como la de Carl Schmitt, declara decisiva la excepción, pero irrelevantes la regla y la norma, y que, desde hace una década y media, se esfuerza por desprestigiar a la autoridad estatal democrática en favor de la dictatorial. Carl Schmitt trata de demostrar, con una lógica más que osada, que este estado de excepción es el estado normal verdadero y apropiado y que la dictadura autocrática permanente, no limitada al tiempo de emergencia, es la verdadera democracia. Y la norma del Estado autoritario. En este modo de pensar todas las instituciones y formas de pensar del Estado de derecho democrático deben ser despojadas de su autoridad, representadas como un sinsentido racionalista propio del siglo dieciocho o diecinueve, y, a través de una interpretación correspondiente, la Constitución de Weimar debe ser reducida *ad absurdum*. Por eso, para esta ciencia jurídica sostenida por Carl Schmitt, una Constitución no es un conjunto de normas jurídicas basado en un consenso constituyente, sino una “decisión”; el parlamentarismo es una institución absurda que quiere establecer por medio del debate las verdades eternas, y toda jurisdicción constitucional es un veneno destinado a llevar al Reich alemán al estado de impotencia. El modo en que este Estado autoritario tomó forma en las mentes del gobierno de Papen fue descrito por Walther Schotte en su

libro *El Estado nuevo [Der neue Staat]*. A la cuestión de la forma del Estado “autoritario”, solo cabe decir que su fundamento no es la democracia parlamentaria de partidos, “el ídolo de las masas seducidas”, sino la autocracia⁷⁷.

La base antidemocrática del Estado “autoritario” es evidente. Estado autoritario sin límites en la política interna, al Estado “total” encuentra su fundamento más allá del pensamiento de Ernst Jünger, que difundió entre nosotros el eslogan del Estado total, originado en el fascismo italiano. El “trabajador” y el “guerrero”, que sufren de modo económico, espiritual y anímico por el desgarramiento anárquico del pueblo. En Alemania, a diferencia de la “religión civil” apoyada en la Iglesia Católica del fascismo italiano, tanto el Estado “total” como el “autoritario” carecen indudablemente de cualquier tipo de fundamento metafísico-religioso, razón por la cual no puede actuar con autoridad última en el campo general de la cultura y no puede determinar directamente a la comunidad de cultura. Su éxito consistiría en crear una comunidad de cultura unificada con un rodeo por la comunidad económica autoritaria o la comunidad racial autoritaria. Pero, para el carácter político-societal del Estado “autoritario”, su posicionamiento sobre la forma económica capitalista es decisivo. Con el capitalismo de la gran burguesía se opera un viraje sociológico, el Estado “autoritario” es el desarrollo consecuente del liberalismo nacional, mejor denominado como “liberalismo autoritario”. Aparentemente (pues paradójicamente el Estado autoritario renuncia a su autoridad en el orden económico), este modo de pensamiento del liberalismo autoritario se declara por Papen a favor de la idea de la economía privada y de la iniciativa y fuerza de trabajo libre de todos los seres humanos económicamente activos; de acuerdo con su deseo, Estado y economía deben estar estrictamente separados; el Estado tiene que “retirarse completamente de la economía. Carl Schmitt reformularía su noción de Estado total-autoritario como el Estado total cualitativo, que sería aquel que se separa con claridad de la economía, pero que, en cambio, gobierna a través de fuertes instrumentos militares y de sugestión de las masas (a través de la radio y el cine). Por el contrario, el Estado total cualitativo sería aquel que se separa con claridad de la economía, pero que, en cambio, gobierna a través de fuertes instrumentos militares y de sugestión de las masas. Ahora bien: Se reconoce al Estado “autoritario”, en primer lugar, a través de su retirada de la producción y distribución económicas. Pero Papen no sería el representante de la lucha por el Estado “autoritario” si no fuera a la vez el combatiente contra el “Estado de bienestar” (se muestra contrario al seguro de salud y la protección por desempleo). Por tanto, eso no significa que el Estado

⁷⁷ HELLER, H.: “¿Liberalismo autoritario?”, en *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*. Vol. 12, núm. 1, pp. 65-70, en particular págs. 66-67. <https://dx.doi.org/10.5209/ltldl.80451>. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El fascismo y la Crisis política de Europa*, estudio preliminar a HELLER, H.: *Europa y el Fascismo*, trad. de Francisco J. Conde, revisión y edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LXIV, y la bibliografía allí citada.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Herman Heller (primera parte)”, en *Revista de derecho constitucional europeo (ReDCE)*, nº. 6, 2006, págs. 357-421. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE6pdf/12JoseLMonereo.pdf>; MONEREO PÉREZ, J.L.: “fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller (II)”, *Revista de derecho constitucional europeo (ReDCE)*, nº 7, 2007, pp. 379-420.

se abstenga de la política de subvención a los grandes bancos, las grandes industrias y los grandes terratenientes, sino el *desmantelamiento autoritario de la política social*. Así quedaría caracterizado el contenido aproximado del liberalismo autoritario: retiro del Estado “autoritario” de la política social, desestatalización de la economía y estatalización dictatorial de las funciones político-espirituales. Semejante Estado debe ser “autoritario” y fuerte porque, de acuerdo con la afirmación absolutamente confiable de Schmitt, solo él es capaz de desligar las relaciones “excesivas” entre Estado y economía. Sólo puede conseguirlo un Estado fuerte, porque bajo una forma democrática el pueblo alemán no soportaría más este “Estado neoliberal” de nuevo tipo. Heller piensa que ese tipo de Estado autoritario nacional-liberal sería difícil de establecer bajo las condiciones de una la democracia parlamentaria: No existe, afirma, la menor expectativa de que la exigencia de este Estado “autoritario”, contraria al Estado democrático de partidos, de ser un Estado verdaderamente suprapartidario y justo, que es defendida de manera impasible por Carl Schmitt, sea tomada en serio por el noventa por ciento de la población trabajadora. Ningún Estado que realmente tenga la voluntad de asegurar “la libre fuerza de trabajo de todos los seres humanos económicamente activos” puede emprender la retirada de la economía; más bien, en el terreno económico debe comportarse de manera autoritaria y, en particular, de manera socialista. Ningún Estado europeo será un Estado fuerte si no consigue fortalecerse económicamente frente a los bancos, la industria y el agro y aumentar el entusiasmo por el Estado [*Staatsfreudigkeit*] a través de una organización de la economía que, en primer lugar, cubra las necesidades del noventa por ciento. En la memoria histórica está presente la Revolución Rusa de 1917, frente a un Estado que realmente dominaba de manera la técnica militar y de un poder de dominación libre de ataduras encontró su fatal desenlace⁷⁸. Al final Heller planteó el dilema fundamental: “¿Estado de Derecho o Dictadura?”⁷⁹. Según Heller frente al Estado de Derecho, resuelto a su imperio a la economía, la Dictadura no dispone de otro medio que la violencia torpemente enmascarada por la ideología. Al llamar mentiras convencionales al Estado de Derecho, a la democracia y al parlamentarismo, la burguesía acaba siendo víctima de sus propios engaños, permitiendo que el Dictador le prescriba su sentir. Entiende que la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que “el sometimiento de los medios a los fines de la vida, y con ello, la condición previa para una renovación de nuestra cultura. Deberíamos reparar en que el futuro de la cultura occidental no está amenazado por la ley y por la extensión de ésta a la economía, sino

⁷⁸ HELLER, H.: “¿Liberalismo autoritario?”, en *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*. Vol. 12, núm. 1, pp. 65-70, en particular págs. 68-70. La posición de Carl Schmitt se recoge en SCHMITT, C., y HELLER, H.: *Du libéralisme autoritaire. Carl Schmitt/Hermann Heller*, Presentación de G. Chamayou, “1932. Naissance du libéralisme autoritaire”, París, Éditions La Découverte, 2020. Se reconocen dos ensayos: SCHMITT, C.: “État fort et économie saine” (1932), págs. 83 y sigs.; y HELLER, H.: “Libéralisme autoritaire?” (1933), págs. 119 y sigs. La publicación originaria de Carl Schmitt y de Hermann Heller en Duncker&Humblot GmbH, 1995; SCHMITT, C.: “Gesunde Wirtschaft im starken Staat. Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen (Langnamverein)”, (1932) 21(1).

⁷⁹ HELLER, H.: “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F. J. Conde, revisión, edición y estudio preliminar, «*El fascismo y la crisis política de Europa*», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. 117-135.

justamente por la anarquía y por la forma de manifestarse ésta en la política, por la Dictadura, así como por el frenesí anárquico de esta producción capitalista que padecemos, que ni a los trabajadores manual ni a los intelectuales deja el ocio y la oportunidad que reclama una actividad cultural creadora”. En la decisión del dilema entre Dictadura y “Estado social de Derecho”, solo cabe optar racional y democráticamente por este último. Por lo demás, “la reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea del Estado material de Derecho”. Así pues, esta es una tarea que corresponde asumir al Estado Social de Derecho⁸⁰.

La posición de Heller enlaza con la posición del socialismo democrático de la República de Weimar. Especialmente de Franz Neumann y de Otto Kirchheimer. Particularmente, en los momentos críticos, previos al triunfo del régimen nazi, defendió la Constitución de Weimar frente a la reacción autoritaria⁸¹. Esta situación crítica producida por el avance del nacionalsocialismo, la emergencia del Estado totalitario determinó en Kirchheimer una inflexión en su pensamiento que supuso una revalorización del proceso de juridificación garantista consagrado en la Constitución de Weimar⁸²; una defensa más inequívoca de la legalidad de Weimar cuestionada desde distintos frentes de pensamiento y acción política.

El ascenso al poder del nacionalsocialismo en 1933⁸³ puso de manifiesto el error de la posición optimista sobre la progresión del proceso de democratización en Weimar. Kirchheimer, como Neumann y otros iussocialistas de Weimar, tuvo que exiliarse. Pero no cedió su interés en la política del Derecho alemana, como se pone de manifiesto en la crítica del régimen totalitario que se publicó en Alemania con seudónimo y los auspicios del entonces Consejero de Estado Carl Schmitt⁸⁴.

⁸⁰ HELLER, H.: “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F. J. Conde, revisión, edición y estudio preliminar, «*El fascismo y la crisis política de Europa*», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. 133-135 y pág.

⁸¹ Véase KIRCHHEIMER, O.: “Constitutional Reaction in 1932”, en *Die Gesellschaft*, IX (1932), reimpreso, en *Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer*, edición de Frederic S. Burin y Kurt L. Shell, Nueva York y Londres, 1969, pág. 79.

⁸² Coetáneamente desde las mismas filas del socialismo en el Derecho se afirmó que “el nuevo orden social emergente del desarrollo económico no podrá prescindir jamás de la *fuerza formadora del derecho*”. Cfr. RADBRUCH, G.: “Derecho de clase e idea del Derecho”, en *El hombre en el Derecho. Conferencia y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, traducción A del Campo, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social” (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, pág. 16. Véase, al respecto, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “*Estado y democracia en Otto Kirchheimer*”, Estudio preliminar, a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XVII y sigs.

⁸³ La destrucción de la democracia de Weimar se hizo más explícita con la promulgación de la Ley de 1 de diciembre de 1933 sobre “la seguridad de unidad del partido y del Estado”. De este modo, el partido no sólo domina al Estado, es el Estado.

⁸⁴ KIRCHHEIMER, O.: *Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches*, Hamburgo, 1935, escriba bajo nombre del Dr. Hermann Seitz e introducida de contrabando en Alemania como literatura clandestina”. Cfr. JAY, M.: *La imaginación dialéctica*, cit., pág. 246. En este sentido, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo 3.5. (“Heller y el debate sobre el Estado totalitario”), págs.

Como señalaría Hermann Heller, en su libro clásico *Teoría del Estado*, el poder político en un régimen democrático es poder jurídicamente organizado⁸⁵. Todo ello partiendo de la idea de que “el Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio por el hecho de que los órganos estatales “capacitados” pueden reclamar, con éxito normal, la aplicación, a ellos exclusivamente reservada, de poder físico coactivo, y también porque están en condiciones de ejecutar sus decisiones, llegado el caso, frente a quienes se opongan a ellas, por medio de todo el poder físico coactivo de la organización estatal actuado de manera unitaria. Cuando con los hechos se viene a negar a la unidad estatal de decisión y acción la pretensión a su autoafirmación soberana, sólo caben dos posibilidades: o bien esa unidad de poder que niega el del Estado es sometida por la coacción o se la convierte en órgano del poder estatal. Esto es lo que hace que el Estado sea un grupo soberano de dominación territorial”. Para Heller, si bien en el espacio de lo político existe conflicto entre amigo y enemigo, éste también puede ser un adversario simplemente, y la mayor parte de la política consiste en el esfuerzo por evitar el conflicto existencial amigo-enemigo en sus manifestaciones más radicales de tendencia hacia la aniquilación de este último. Si en lo político domina el enfrentamiento, la política democrática es la búsqueda de consenso para en lo posible encauzar el conflicto hacia vías pacíficas de solución. Por ello, en efecto, puede hablarse de que el poder político es poder organizado jurídicamente, desde la revalorización del Derecho como variable dotada de autonomía para asumir la función constitutiva del poder político en el orden democrático, en cuyo marco la fuerza no opera sin reglas normativas delimitadoras y limitadoras⁸⁶. En ese orden de ideas es donde se puede afirmar que para Heller el Derecho positivo es la forma del poder que integra la pluralidad política y social en unidad de voluntad política jurídica e institucionalmente legítima. Aunque para Heller la política no resuelve definitivamente la tensión inherente a “lo político”, pues en una sociedad fragmentada y pluralista el conflicto constituye inevitablemente *un presupuesto de la democracia constitucional*, la cual parte de la realidad del poder asimétrico, como la misma situación de desigualdad, siendo la igualdad en su realización una tarea constante, reflejo de una aspiración que ha de alcanzarse a través de materializaciones concretas en cada fase o momento histórico.

Pensaba Kirchheimer -y en esto no estaba sólo⁸⁷- que la República de Weimar había nacido con el embrión de su propio fracaso, porque se basó en un *mitificado* “pseudocompromiso”

234-235.

⁸⁵ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar, “La teoría político-jurídica de Hermann Heller” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs.212 y sigs., y 231 y sigs.

⁸⁶ HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar, “La teoría político-jurídica de Hermann Heller” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs.271-272.

⁸⁷ En el mismo sentido se pronunció Neumann, en su configuración de la República de Weimar como el reflejo de una trama de acuerdos entre los grupos poderosos de la sociedad. Véase el excelente libro NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit.

entre la clase trabajadora indecisa respecto a afrontar su emancipación por sus propios medios y la clase burguesa en una posición esencialmente defensiva y en situación crítica a la vez que presionada por las exigencias políticas y jurídicas de remodelar el viejo orden liberal⁸⁸. Así la democracia *necesariamente* pluralista de Weimar nacía con una cierta debilidad estructural, pues no ofrecía mecanismos institucionales suficientemente reforzados para impedir que las fuerzas reaccionarias contrarias a la democracia constitucional pudieran abortar cualquier proyecto de profundización en el proceso de democratización en términos de realidad constitucional. Y efectivamente, esas fuerzas antidemocráticas aprovecharían esas insuficiencias del orden constitucional, resultante desde su propio origen de equilibrios difíciles de alcanzar en la práctica política. A pesar de ello, Kirchheimer y Neumann configuraron el sistema democrático de Weimar como un sistema pluralista de "democracia colectiva"⁸⁹ basada en la negociación sociopolítica y

⁸⁸ Véase KIRCHHEIMER, O.: "Changes in the Structure of Political Compromise", *Zeischrift für Sozialforschung*, núm.9 (1941), págs.264 a 289. Ello es coherente con el enfoque general de una Constitución sin decisión. Coincidió en esto también con los análisis de Neumann, para el cual la realidad política y jurídica de la República privaron de toda su potencialidad a ese sistema de acuerdos político-sociales. Se trató de neutralizar el poder social de las organizaciones de la clase trabajadora (su poder de autodeterminación e influencia) reconduciéndolo a un orden constitucional sin el cual no podrían extraerse las potencialidades transformadoras que el socialismo democrático pretendía realizar legítimamente a través de la misma Constitución como Norma Fundamental del sistema jurídico. Todo ello partiendo de que Neumann Kirchheimer, como otros iusocialistas de la República de Weimar (es el caso de Hermann Heller, Gustav Radbruch, Ernst Fraenkel, etcétera), rechazaba cualquier tipo de dictadura de una clase, es decir, la instauración de un régimen político de clase única dominante era sencillamente incompatible con la democracia constitucional basada en un sistema de partidos. Kirchheimer y Neumann buscaban la realización de un sistema de equilibrios de poder entre las fuerzas de las clases antagonistas en el escenario político conforador de una realidad constitucional visiblemente más antagonista que la que podía percibirse en el texto constitucional de la República de Weimar. Nos dice que Neumann que "Los grandes terratenientes desarrollaron una política reaccionaria en todos los terrenos. La industria monopolista odiaba a los sindicatos y los combatió con la misma fuerza que al sistema político que les había concedido su estatus. El ejército empleó todos los medios a su alcance para reforzar el nacionalismo chovinista y restaurar su anterior grandeza. El poder judicial se alineó invariablemente con la derecha y los servicios públicos apoyaron a los movimientos contrarrevolucionarios. Incluso la propia socialdemocracia fue incapaz de organizar al conjunto del proletariado y de las clases medias. El partido socialdemócrata fracasó porque no llegó a ver que el problema crucial consistía en el imperialismo del capital monopolista alemán. Cuanto mayor fue su monopolio, más incompatible se hizo éste con la democracia política". Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., págs.13-14. De interés al respecto, NEUMANN, F., MARCUSE, H. y GILBERT, F.: "Il significato del militarismo prussiano per l'imperialismo nazista: potenziali tensioni nella guerra psicologica delle Nazioni Unite", en NEUMANN, F., MARCUSE, H. y KIRCHHEIMER, O.: *Il nemico tedesco. Scritti e rapporti riservati sulla Germania nazista (1943-1945)*, edizione a cura di Raffaele Laudani, Bologna, Il Mulino, 2012, págs. 127 y sigs. No es baladí hacer notar que para Schmitt una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez: se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio *Ser*. Cfr. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 94.

⁸⁹ Véase FRAENKEL, E.: «Kollektive Demokratie», en VV.AA.: *Laboratorio Weimar*, a cargo de G. Arrigo y G. Vardaro, Roma, 1982. Sobre su pensamiento al respecto véase RUSCONI, G. E.: «La «kollektive Demokratie» di Fraenkel e il corporativismo contemporaneo», en *GDLRI*, núm. 8, II, 1980; MARRAMAO, G.: *Politica e complessità: lo stato tardo-capitalistico come categoria e como problema teorico*, en *Storia del marxismo*, vol. IV., Torino, Einaudi, 1982; *Id.*, *Dopo il leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Torino, G. Giappichelli, 1995, págs.121 y sigs., sobre corporativismo y democracia colectiva en Neumann y Fraenkel. Ciertamente el sistema democrático de Weimar puede ser fácilmente denominado de «democracia colectiva» porque en la formación de las decisiones políticas se hace jugar no sólo la suma de la voluntad de los electores por el cauce de la representación política ordinaria sino también a la representación de las organizaciones sociales autónomas. Esa democracia colectiva, junto con la instauración de mecanismos de autodeterminación colectiva y de democratización de las estructuras

amparada en el texto constitucional. Reflejo del constitucionalismo democrático-social, la República de Weimar apostó por la solución integradora a la "cuestión sociopolítica" y trató por ello de establecer una nueva vía de formación consensuada de las decisiones políticas, en la convicción, de base esencialmente pluralista, de que el interés general no es una noción ontológica y abstracta, sino resultado de un consenso entre los sujetos portadores de intereses parciales⁹⁰. Implica un elemento contractualista de la política en las democracias pluralistas, especialmente respecto de los elementos redistributivos introducidos en la constitución democrática, buscando aunar el consenso de los partidos y grupos de intereses sobre los objetivos a perseguir y el modo de alcanzarlos. En las democracias pluralistas la constitución vigente –que marca, al menos formalmente, el *statu quo* del momento y la lógica interna del

de la economía y de las empresas, para los más optimistas socialdemócratas de Weimar sería un primer paso -una primera fase- de un inexorable tránsito hacia una democracia social plena. Con la idea inicial de «democracia colectiva» (que autores como Heller reconducirían en gran medida hacia la noción de «Estado de Derecho social») se trató de hacer realidad un modelo de democracia colectiva entendido como sistema que, sin ignorar el conflicto de clases, miraba a transformarlo en una forma de cooperación interclasista. Se comprende, pues, que el régimen compromisorio de elaboración de las decisiones políticas podría ser calificado como de *pluralismo corporativista* o corporativismo democrático, el cual encontraría amplios y heterogéneos desarrollos en la postguerra mundial y que se vincula con una transformación de las funciones del parlamento y una reducción sensible de su centralidad respecto al poder gubernamental y las grandes organizaciones de intereses. Esta democracia pluralista se pensó que permitiría un mejor gobierno de la complejidad en el Estado pluriclasista. No obstante, la progresiva pérdida de centralidad del parlamento animó a los iussocialistas de Weimar a proponer una reforma constitucional que incrementara la participación de los ciudadanos en la vida política. Véase FRAENKEL, E.: «Democracia colectiva», en AA.VV.: *Laboratorio Weimar*, a cargo de G. Arrigo y G. Vardaro, Roma, Edizioni Lavoro, 1982, págs.82 y sigs. Igualmente NEUMANN, F.: *Los Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, Il Mulino, 1973, págs.245 y sigs.; KIRCHHEIMER, O.: «Die Verfassungsreform», en *Die Arbeit*, IX, n.12, 1932 (incluido en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano*, cit., págs.172 y sigs.).

⁹⁰ No se olvide que Kirchheimer estructura su pensamiento desde el doble punto de vista clasista y pluralista, éste posterior y superpuesto a aquél. Téngase en cuenta, por lo que viene después, que en opinión de Kirchheimer existe una estrecha relación entre compromiso político y gobierno de la sociedad industrial avanzada, siendo el compromiso político un elemento necesario en una sociedad democrática de estructura social compleja y estratificada. Ese compromiso no es de carácter individualista, sino pluralista entre los diversos grupos sociales a fin de impedir el posible predominio ilegítimo de unos sobre otros. Así junto al garantismo individual se sitúa ahora un «garantismo corporativo». Sin embargo, las tensiones sociales y la complejidad del proceso de racionalización supusieron, especialmente a partir de los años treinta, que era extraordinariamente difícil conseguir un equilibrio de intereses satisfactorio para las fuerzas dominantes en presencia y al tiempo ya el sistema político establecido se venció cada vez más hacia modos de intervención pública decididamente autoritarios. De este modo, de la particular coyuntura histórica se acaba por operar un salto cualitativo en el discurso para poner de manifiesto la profunda mutación de la racionalidad política y jurídica en las democracias de masas contemporáneas, en las que, una vez desaparecida toda pretensión de uniformidad social, se constata en su seno una permanente tensión entre la orientación abierta y pluralista y las derivaciones totalitarias y autoritarias. Véase KIRCHHEIMER, O.: «Changes in the Structure of Political Compromise», en *Studies in Philosophy and Social Science*, IX, 1941, págs.264 a 289 (trad.italiana en VV.AA.: *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, «Introduzione» a cargo de G.Marramao, Napoli, 1981, págs.103 a 136); obra ésta en la que se aprecia -se cita expresamente- la influencia del libro de SIMMEL, G.: *Filosofía del Dinero*, trad. R. García Cotarelo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003. Para desarrollos recientes sobre este fenómeno y los fundamentos políticos y económicos de los compromisos de clases, puede consultarse MAIER, Ch.S.: *La refundación de la Europa burguesa*, Madrid, MTSS, 1988, especialmente, Parte I; PRZEWORSKI, A.: *Capitalismo y socialdemocracia*, Madrid, Alianza, 1988, especialmente, cap. I.; *Id.*: *Democracia y mercado*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; MERKEL, E.: *¿El fin de la socialdemocracia?*, Valencia, Alfons El Magnanim, 1998. Asimismo, en la larga duración histórica, MONEREO PÉREZ, J.L. *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012, espec., págs. 9 y sigs.

funcionamiento de las instituciones- puede ser objeto de un cambio derivado de la alteración de las circunstancias o de las preferencias políticas –en muchos casos determinado por un cambio en la correlación de las fuerzas sociales y sus factores base de poder. Debido a ello en un orden constitucional democrático se planteará el problema de las demandas de reforma de los términos que formalizan el mismo y que materializan los equilibrios de las fuerzas constituyentes. Estas transformaciones constitucionales pueden llevarse a cabo por multitud de cauces: por vía de la interpretación constitucional (a través de los procedimientos de control de constitucionalidad), o a través de una reforma constitucional explícita siguiendo los procedimientos constituyentes previstos en la propia constitución jurídica. Pero también se puede producir a través de una mutación constitucional tácita, actuada por el propio legislador infraconstitucional presionado por la realidad materialmente constitucional de poderes privados con fuerza constituyente. Esta última forma puede suponer una inactuación fáctica del texto constitucional, que puede llevar a la desconstitucionalización material y a los procesos deconstituyentes, que en parte se dieron en la República de Weimar, pero también en el tiempo presente con la puesta en práctica del programa de desmantelamiento e inoperancia impuesto por el neoliberalismo jurídico (que formaliza la decisión política sobre el orden de conveniencia). Esta mutación constitucional acontece cuando las fuerzas políticas son capaces de actuar con poder constituyente (en el sentido estrictamente politológico de la expresión) cambiando la constitución jurídico-formal vigente por cauces intransparentes –o invisibles- establecidos por las fuerzas políticas y poderes privados que la hacen mutar convirtiéndola en una Constitución inoperante en lo relativo a su eficacia jurídica real. Es éste un poder constituyente que no expresa la soberanía popular, sino que precisamente la contradice. Esto es lo que ocurre cuándo se instaura un “Estado de mercado” o “Estado de competencia económica” (forma-Estado neoliberal), al servicio de la lógica del capital y de las fuerzas del mercado. Esta forma “Estado de mercado” entraña un vaciamiento del Estado Social de Derecho como poder de decisión, pues supone una colonización de la política institucional por los grandes poderes económicos privados, que son los que detentan los “factores reales y efectivos de poder”⁹¹ (que conforman la realidad

⁹¹ Es la lúcida expresión utilizada por LASSALLE, F.: *¿Qué es una constitución?*, trad. y prólogo de Wenceslao Roces, Introducción de E. Aja, Barcelona, Ariel, 1976, pág.92. Esos factores reales y efectivos de poder se han visto realzados por el reforzamiento del poder de vigilancia y control biopolítico que permiten las nuevas tecnologías a través de un capitalismo de extracción de datos que permiten predecir los comportamientos y preferencias de los individuos y grupos. Lo cual alcanza a operar la mercantilización no sólo de cosas, sino también de las personas; pero afectando también al *demos* de la democracia constitucional. Véase, al respecto, ZUBOFF, SH.: *La Era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, trad. A. Santos, Barcelona, Paidós, 2020, espec., págs. 179 y sigs., y 271 y sigs. Ello va más allá de la ya penetrante lógica interna de la racionalidad instrumental y de la sociedad opulenta para adentrarse en el control del espacio político –de la esfera pública-, condicionarlo y predecirlo a través de la acumulación extractiva de datos e invasión “invisible” de la esfera de la personalidad humana y su verdadera libertad de decisión. Los términos clásicos de la racionalidad instrumental lo encontramos en los grandes teóricos de la modernidad como Max Weber, y los pensadores de la Escuela de Frankfurt, como Walther Benjamin, Adorno, Horkheimer, Herbert Marcuse, Otto Kirchheimer, Habermas (y su construcción de “colonización del mundo de la vida”), etcétera. Véase, paradigmáticamente, MARCUSE, H.: *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada* (1954), trad. A. Elorza. Barcelona, Ariel, 1984. MARCUSE, H.: “La tolerancia represiva” y “La liberación de la sociedad opulenta”, en MARCUSE, H.: *La tolerancia represiva y otros ensayos*, edición de César de Vicente, 2010, págs. 47 y sigs., y 75 y sigs.; HABERMAS, J.: *El discurso*

constitucional) dentro del espacio geopolítico, donde se verifica la existencia de nuevas realidades constituyentes; un espacio, cabe precisar, que no se trata de la autonomía de una parte del poder en relación a otras partes, sino de la autonomía de todo el poder respecto del resto, de lo que no es poder del resto de la sociedad, es decir, autonomía del poder respecto del sentido ideológico tradicional que suele considerar el fundamento del poder ubicado en un lugar institucionalmente identificado⁹². Ello puede entrañar una implícita ruptura constitucional, pues entra frontalmente en contradicción con la Constitución del Estado Social, su sistema de derechos y la forma-Estado (Estado Social de Derecho) e incluso con su propia autorregulación interna del procedimiento a seguir para ejercer el poder constituyente democrático de reforma constitucional; constitución del Estado Social que está vigente en los Estados democráticos más avanzados situados en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho.

Para esa opción pluralista, el "gobierno de todos" es un "gobierno diferenciado". Kirchheimer subrayó en su obra juvenil más elaborada (*Weimar -e poi? und was dan?*) el carácter de "negociado" de la democracia de Weimar y en calidad de tal basada en "pactos" y no en "decisiones fundamentales" unificantes u homogéneas, por lo que la misma Constitución quedaba en el centro de la lucha de intereses y proyectos de sociedad diversos⁹³. En este sentido no cabe desconocer el íntimo nexo existente entre la Democracia

filosófico de la modernidad, Madrid, Taurus, 1989; HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 Tomos, Madrid, Taurus, 2001.

Se ejerce una nueva forma de violencia, pues el poder privado tiende a evadirse de toda idea liberadora de un constitucionalismo de derecho privado para reivindicar su esfera de dominio sobre la sociedad civil y la sociedad política. Ello tiene el riesgo de situar en un estado permanente de excepción los cauces de participación política y de control de los poderes privados, y, en relación a ello, pone en cuestión las condiciones de posibilidad de un ejercicio de las libertades y de los derechos fundamentales en las sociedades de capitalismo avanzado, configuradas como sociedades gobernadas por los poderes privados que colonizan al Estado democrático conformándolo como "Estado de mercado" o "Estado de competencia económica" que decide sobre las reglas de juego que gobiernan el mercado y los recursos de poder de los actores económicos dentro de la lógica de orden público económico cada vez más unilateralmente favorable a los intereses de los grandes grupos económico-financieros. Sobre esta problemática, véase Asimismo MONEREO PÉREZ, J.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185; *Ibid.*, *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.; *Ibid.*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, especialmente, Capítulo II ("Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt"), págs. 241-275, y Capítulo II ("El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt"; "La soberanía en el marco de la relación de la teología y de la política"; "Soberanía y nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global"), págs. 277-631; *Ibid.*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, especialmente, págs. 9 y sigs., 29 y sigs., 54 y sigs., 197-212, y 213 y sigs.

⁹² Para esto último véase, TRONTI, M.: *La autonomía de lo político*, trad. e introducción de Martín Cortés, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2018, especialmente, págs. 35 y sigs.

⁹³ Véase RUSCONI, G.E.: *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977, passim; MARRAMAO, G.: "Pluralismo corporativo, democrazia di massa, Stato autoritario", en FELICE, F.DE, MARRAMO, G., TRONTI, M.y VILLARI, L.: *Stato e capitalismo negli anni Trenta*, Roma, 1979, págs.28-29; VILLARI, L. (a cura di): *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, Bologna, Il Mulino, 1978.

"contratada" y el "capitalismo organizado"⁹⁴. A la realidad constitucional de una constitución fundada en "pactos" sobre proyectos de organización social diversos, Kirchheimer opone una "Constitución *con* decisión" o "Constitución *tout court*" que, no limitándose a reproducir la correlación de fuerzas político-sociales existentes, contenga un criterio directivo sobre el sentido del proceso de desarrollo político y que, por tanto, exprese un determinado proyecto y un verdadero programa de acción encaminado a instaurar un nuevo orden político-social. Esto es lo que para él representa una Constitución que incorpora una decisión política fundamental sobre la organización del sistema social. Kirchheimer reprocha al constituyente de Weimar el haber eludido el problema esencial de toda Constitución, a saber: el establecimiento del programa político y jurídico de acción al servicio de los fines por ella diseñados⁹⁵. Según Kirchheimer, siguiendo en esto a Carl Schmitt, en la Constitución de Weimar conviven elementos (principios y valores) contradictorios correspondientes a la vez a los propios del socialismo y de la democracia liberal burguesa; una falta de decisión constitucional que la hacen difícilmente realizable⁹⁶.

Sin embargo, a pesar de la opinión inicialmente contraria de Kirchheimer (que iría cambiando con el tiempo en favor de una Constitución que se inclinaba por una democracia sustancial y por la democracia industrial), la Constitución de Weimar no fue propiamente una Constitución sin decisión o sin soberano⁹⁷, sino una constitución pluralista que en cuanto

⁹⁴Véase RUSCONI, G.E.: "Azione operaia e sistema democratico", en VILLARI, L. (a cura di): *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, Bologna, Il Mulino, 1978, págs.43 y sigs. (ensayo que recoge reflexiones más ampliamente desarrolladas en su monografía *La crisis de Weimar. Crisis di sistema e sconfitta operaia*, Torino, 1977, págs.177 y sigs.).

⁹⁵ Véase KIRCHHEIMER, O.: «Il problema della Costituzione e Realtà costituzionale», en BOLAFFI, A.: «Introduzione» a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs. 33 a 44. Véase al respecto la elaborada «Introducción» de A. Bolaffi a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, *passim*. Respecto a este orden de problemas, y en una perspectiva más general, véase FRIEDRICH, C.J.: *Gobierno constitucional y democracia*, vol. I., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, en especial, págs. 265 y sigs. («La Constitución como decisión respecto a la organización del Gobierno»); PALOMBELLA, G.: *Constitución y soberanía*, trad. y Prólogo de José Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Derecho vivo), 2000.

⁹⁶ "Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928), en *Jungsozialistische Blätter*, 1928, págs. 305-308; traducido al italiano, "Il mutamento di significato del parlamentarismo" (1928), en la recopilación, KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, Modena, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 41-45.

⁹⁷ Según Kirchheimer, la Constitución de Weimar se caracterizaba por su relativa incapacidad de decidir y su carácter internamente contradictorio. Para él, esa falta de decisión impedía realizar el tránsito del viejo al nuevo orden social democrático. La presencia de la clase obrera en el Parlamento se traducían no sólo en discusión sino en contradicción. De este modo, el parlamento dejó de ser el lugar de una discusión uniformizadora (postulada para la era del liberalismo), convirtiéndose en el lugar en donde se explicitaban públicamente intereses de clase contrapuestos, mientras que las verdaderas decisiones acerca de los problemas políticos se tomaban en discusiones privadas y en comisiones y reuniones secretas de los núcleos más poderosos de la sociedad, sin que tales decisiones obedezcan a una discusión pública y racional, ya que los intereses de clase se traducen abiertamente en problemas de poder político efectivo. La consecuencia es que el Estado de Derecho vive de Derecho en sentido formal, pero ya no es más que una maquinaria jurídica sometida a las tensiones de la época de equilibrio entre las diversas fuerzas de clase. La misma centralidad del compromiso reflejaría esa relativa crisis «reconfiguradora» de la racionalidad formal en el Estado de Derecho del capitalismo avanzado. De ahí que también se puede comprender la

tal exigía una forma de gobernabilidad más consensual, de manera que en el proceso de toma de decisiones políticas se tenga en cuenta la pluralidad de los intereses en juego. El Estado social de Derecho formalizado en la Constitución *era un Estado de Pluralidad de Clases* basado en el pluralismo social y político, dando apertura a una esfera de opinión pública en la sociedad civil, con la cual interactuaba el sistema político institucional. Este era el sentido de la decisión constituyente cristalizada en la Constitución de la República de Weimar conforme a la interpretación de los juristas iussocialistas. Ello reflejaba la crisis de la unidad de la soberanía "interna" del mundo liberal, motivada por la presencia en el espacio político de las clases trabajadoras antes excluidas del orden político; de manera que el "interés general" es objeto de discusión y de una *decisión compartida*⁹⁸ *de carácter inestable* en el orden postliberal. Kirchheimer postula que se supere la contradicción objetivamente existente en el interior de la Constitución en un sentido de decisión instauradora de un orden socialista. El propio Kirchheimer considerará que la Constitución de Weimar era reflejo de un "verdadero compromiso" político y social constituyente que representaba *decisiones*

difficultad del intento innovador de la Constitución de Weimar de ir más allá del constitucionalismo garantizando nuevos derechos y la responsabilidad del Estado respecto a la «conformación» del orden socioeconómico, atendiendo a la pluralidad de intereses tomados en consideración por el texto constitucional. La evolución posterior de los acontecimientos confirmaría la imposibilidad de realizar un nuevo compromiso político social, un nuevo pacto social, porque, como opinaba Kirchheimer, «es absurdo en la situación actual pensar que la burguesía acogerá las reivindicaciones económicas del proletariado recibiendo a cambio la garantía del mantenimiento en sus propias manos de la esfera del *government* y de la burocracia. Es, en cambio, la *indisolubilidad entre la esfera política y la económica la que pone precisamente en discusión la eficacia autónoma de las instituciones democrático-constitucionales*». Cfr. KIRCHHEIMER, O.: «Weimar-und was dann? Analyse einer Verfassung» (1930), en *Politik und Verfassung*, Frankfurt, 1964, págs.55-56. Véase KIRCHHEIMER, O.: «Analisi di una Costituzione. Weimar - E Poi? (1930)», en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs. 45 y sigs., espec., págs. 80 a 83., donde ve en este hecho (la falta de decisión) el trágico destino de la Constitución de Weimar (págs. 82-83). En opinión de Kirchheimer en la República de Weimar no se podía individualizar un sujeto estable de soberanía que sea considerado capaz y en grado de equilibrar los intereses y los deseos de diversos grupos y partidos. Ese sujeto con poder decisorio sería un árbitro entre grupos en lucha, como garantía permanente del orden político-jurídico. Existe una cierta connotación entre el análisis de Kirchheimer y el análisis de Marx, cuando éste hace notar que «La principal contradicción de esta constitución (la francesa de 1848) consiste en que aquellas clases cuya esclavitud social ha de perpetuar —proletariado, campesinado, pequeña burguesía—, reciben de ella el poder político a través del sufragio universal. Y a la clase cuyo viejo poder sanciona —la burguesía—, le retira las garantías políticas de este poder. Incrusta su dominación política en unas condiciones democráticas, que en cualquier instante ayudan a las clases enemigas a obtener la victoria, y que pueden poner en entredicho los fundamentos mismos de la sociedad burguesa. *A unos les pide que no prosigan su emancipación política hasta la emancipación social; a los otros les pide que no regresen de la restauración social a la restauración política*». Cfr. MARX, C.: *La lucha de clases en Francia*, en MARX, K. y ENGELS, F.: *Obras escogidas*, edición y estudio preliminar "Marxismo y racionalidad crítica en la larga duración" (pp. XI-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012, págs. 258 y sigs.

⁹⁸Se ha reflexionado críticamente sobre la concepción de Kirchheimer; especialmente coincidente con la opinión expresada en el texto es la de BOLAFFI, A.: "Introducción" a la obra compiladora de ensayos de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, págs. VI-CXIX, y LXIII, donde se ofrece un análisis del impacto del ensayo de Kirchheimer "¿Weimar -e poi?". También el ensayo de BALAFFI, A.: "Souveranitätszerfall oder Pluralismus?", en LUTHARDT, W. y SÖLLNER, A. (eds.): *Verfassungsstaat, Souveränität und Pluralismus. Otto Kirchheimer zum Gedächtnis, Opladen*, Westdeutscher Verlag, 1989. Puede consultarse también la monografía de FROSINI, T.E.: *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 1997, capítulo I (Soberanía y teoría constitucional. El debate en el "laboratorio Weimar").

verdaderas y concretas y no un simple "compromiso falso, aparente y dilatorio" como pensaba, por el contrario, Carl Schmitt (dentro de una concepción esencialmente negativa - en el plano técnico y propiamente ideológico- respecto a la idea de "negociación política", frente a su defensa de la "discusión"⁹⁹) y que caracterizaría, según éste, a la segunda parte de la Constitución¹⁰⁰.

Bien es cierto que se mostraba insatisfecho en los términos del equilibrio alcanzado en el texto de la Constitución de la República de Weimar, pues en realidad se había plasmado en una yuxtaposición de intereses de clases y valores donde primaba más la constitución económica sobre las bases de la constitución social y las garantías deficientes de los derechos fundamentales sociales. La debilidad de ese compromiso derivaba, principalmente, de la correlación de fuerzas dentro las fuerzas políticas y de las fuerzas económicas y sociales en presencia en el momento constitucional, es decir, en el momento de elaboración de la Norma Fundamental llamado a construir un nuevo orden de convivencia en la sociedad democrática¹⁰¹. La segunda parte de la Constitución material (vinculada a los derechos sociales) entraba en conflicto con la primera parte (vinculada a los derechos individuales tradicionales y a la conformación de las estructuras del orden establecido). A ello tampoco contribuyó la labor interpretativa de los jueces y tribunales de la República de Weimar (señaladamente el Tribunal Supremo del Reich, cuya interpretación era devaluadora de los derechos sociales dejando intocables los derechos individuales calificados de "liberales"). Ello supuso en la praxis una "*judicialización de la política*" (más allá de la atribución competencial asignada al Tribunal Constitucional en la Constitución de Weimar al amparo del art. 19, en controversias de naturaleza jurídico-pública), que en los hechos invadía espacios vitales propios del poder legislativo y del poder ejecutivo, suponiendo una quiebra del principio de separación funcional de poderes inherente al Estado de Derecho y, por extensión, del sistema democrático, ya que no puede hablarse propiamente de régimen democrático sin dicha separación funcional (meramente funcional, pero relevante), por mucho que la "comunicabilidad" de los mismos sea siempre relativa porque nunca se puede interpretar dicho principio como convertir en compartimentos estancos a los tres grandes poderes del Estado. Estos intentos de "autoasunción" por la jurisdicción ordinaria de la competencia para resolver conflictos políticos entrañaban en sí mismo un riesgo de manifiesto para el buen funcionamiento del ejercicio de los poderes legislativos y gubernamentales (con poderes de dictar normas o "leyes materiales"). Con esta

⁹⁹Según Carl Schmitt la "discusión" "significa un intercambio de opiniones: está determinada por el objetivo de convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto", mientras que en la "negociación" el "objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero, sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades". Cfr. SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, pág.8. A través de esa diferenciación entre "discusión" y "negociación" se puede comprender su filosofía política de rechazo de una Constitución típicamente compromisoria como la de Weimar de entreguerras.

¹⁰⁰Véase la crítica a Carl Schmitt en este sentido, y su compromiso con la defensa de la Constitución de Weimar, KIRCHHEIMER, O.: "Weimar -e poi?", cit., pág.64.

¹⁰¹KIRCHHEIMER, O.: "Il problema della Costituzione" (1929), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, Mucchi, Módena, 2017, pág. 47, y en la misma recopilación, KIRCHHEIMER, O.: "Il mutamento di significato del parlamentarismo" (1928), en el Vol. *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, op. cit., págs. 41 a 45.

“judicialización de la política” se impidió o tergiversó, según los casos, el desarrollo normativo “normalizado” –la concretización normativa en el Derecho estatal- del texto constitucional. El efecto del bloqueo judicial –a través del proceso de interpretación en la aplicación - se hizo acompañar para los fines de impedir la concretización constitucional. Paradójicamente, los jueces y tribunales de ideología nazi utilizaron los criterios doctrinales más avanzados sobre la función productiva del orden jurisdiccional (Heck, Kantorowicz, el propio Hans Kelsen vinculado a la socialdemocracia¹⁰²) haciendo por vía de interpretación creadora una suerte de “uso alternativo del Derecho”. No menos grave fue la interferencia de los poderes privados en el ejercicio de la labor judicial. Todo esto incidió en la crisis de gobernabilidad de la democracia constitucional de Weimar.

Tampoco hubo un sistema de garantías para la verdadera efectividad de los derechos fundamentales y de las normas de limitación de las libertades económicas de los empresarios. El constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho es típicamente un Estado de Pluralidad de Clases, a diferencia del “Estado clase” propio del Estado liberal de los orígenes, que no podía superar el test de la democracia constitucional contemporánea¹⁰³. En el “Estado de pluralidad de clases” (se llame “Estado constitucional pluralista” o “Estado Social de Derecho”) se refleja un proceso histórico de diferenciación

¹⁰² Hans Kelsen siempre había admitido que los jueces y tribunales producen Derecho. Y es una posición que mantuvo, con plena coherencia porque esa utilización instrumental al servicio del orden jurídico nazi estaba muy alejada de los objetivos perseguidos por los pensadores que apostaban por la función creativa de las decisiones judiciales en un Estado democrático, no limitándose a una labor de interpretación comprensiva de carácter silogística. En concreto en un trabajo fechado en 1941. En él se afirma que “los tribunales siempre producen derecho”. Según Kelsen “incluso desde una posición puramente teórica, la asunción de una oposición absoluta entre la legislación y la decisión judicial resulta insostenible. Dicha oposición ha de considerarse únicamente como muy relativa”, porque, en la praxis jurídica, “cada acto de aplicación del Derecho es al mismo tiempo un acto de creación del Derecho”. Subraya que “hay que tener en conscientes de que el derecho es única y exclusivamente aquello que legislador establece con más o menos claridad, o aquello que la norma general de derecho consuetudinario manda de forma más o menos inteligible. *El Derecho es también aquello que los tribunales finalmente deciden en un caso concreto* [...]”. El Derecho no sólo existe en forma de decisiones judiciales concretas, de normas individuales. El Derecho existe también en forma de normas generales creadas por un órgano legislativo central o por la costumbre. Pero no hay garantía absoluta de que la decisión judicial concreta, la norma individual, se corresponda siempre con la norma general que debe aplicarse al caso concreto. El ordenamiento jurídico es en sí mismo, una norma general especial, según la cual la decisión concreta, emitida por una autoridad en última instancia, crea derecho que tiene fuerza de ley para un caso concreto, incluso cuando esta norma individual no se corresponde con la norma general que debería aplicarse al caso. Se trata de la institución de *res iudicata*”. Cfr. KELSEN, H.: “Las condiciones esenciales de justicia internacional” (1941), cit., págs. 112-113.

¹⁰³ En este sentido, Véase KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, “Estado y democracia en Otto Kirchheimer” (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, con referencia expresa a GIANNINI, M.S.: *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, traducción y Prólogo de Luis Ortega, Madrid, Civitas, 1991, especialmente, Capítulo segundo (con referencia al Estado de clase única del siglo XIX y la formación del Estado de Pluralidad de clases), especialmente, págs. 49 sigs., Capítulo tercero (sobre el Estado de pluralidad de clases a diferencia del Estado monoclasa o de clase única), págs. 85 y sigs. y Capítulo quinto (sobre la actividad de las Administraciones Públicas en el Estado de Pluralidad de clases), especialmente, págs. 141 y sigs. El Estado liberal monoclasa o de clase única excluye del espacio político institucional a la inmensa mayoría del pueblo (las clases populares o subalternas de la sociedad industrial); en otras palabras, teme al pueblo y su potencia social si tiene voz y posibilidad de influir en las decisiones políticas.

funcional hacia la relativa autonomía del sistema político, con la superación “clasista” o “corporativista” institucionalizada del “Estado de clase única” (“Estado monoclasa”) o, en otra perspectiva discursiva, del “Estado de oligarquía”. Esto no significa que las estructuras políticas e institucionales hayan hecho desaparecer por completo vías instrumentales de representación de intereses. Un punto crucial de diferenciación entre Heller –y en gran parte en Kirchheimer– con el pensamiento de Carl Schmitt es la concepción del público y la idea de homogeneidad social, la cual no se basa en la idea de homogeneidad o identidad (sea de raza o de ciudadanía de origen), sino del entendimiento del pueblo donde impera el pluralismo de ideas e ideologías de individuos y grupos sociales, más o menos organizados, y en coherencia con ello, la idea de constitución material que garantiza los derechos y libertades sobre la base del principio de igualdad y la eficacia real del principio de libertad para todos¹⁰⁴. Sin embargo, Otto Kirchheimer vería que las contradicciones internas de la Constitución de Weimar, junto con su determinante aplicación (desvirtuada) en la experiencia judicial¹⁰⁵ y las presiones de los poderes institucionales y fácticos habían conducido al fracaso de la República democrática de Weimar. Y es que la derecha política y económica no aceptaba las consecuencias de la alternancia política y apostaba ya por la violencia y el golpe de Estado¹⁰⁶. A la altura de 1932, donde el ascenso del nazismo era patente, Kirchheimer asume, desde el socialismo democrático, la defensa de la Constitución de Weimar frente a la derecha extrema y el partido nazi¹⁰⁷. Para Kirchheimer la democracia

¹⁰⁴En este sentido MONEREO PÉREZ, J.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría Política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 1.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs., 67-79, y Capítulo 2 (“La ‘constitución política’ de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs. 80-112. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185. Es clave el ensayo de Heller, analizando e interpretando su sentido y alcance en el plano de la política constitucional, en el libro sobre Hermann Heller antes citado, es el de HELLER, H.: “Democracia política y homogeneidad social”, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Madrid, Alianza editorial, 1985, págs. 257-269.

¹⁰⁵ Hay que tener en cuenta la instrumentalización de las teorías de Heck y de Hermann Kantorowicz por un sector importante de la judicatura alemana, para llevar a cabo interpretaciones ideológicamente orientadas para devaluar los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales en favor del bien común o interés común de la comunidad del pueblo (un reclamo conservador y autoritario de un supuesto nuevo espíritu del pueblo). Ese reclamo, como ha sido indicado aquí, tuvo como efecto jurídico y político el cuestionamiento de las garantías del Estado de Derecho.

¹⁰⁶KIRCHHEIMER, O.: “Weimar – e che cosa dopo? Analisi di una Costituzione”, en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, Modena, STEM Mucchi Editore, págs. 2017, págs. 51-89. Ensayo también recogido previamente en la excelente recopilación, KIRCHHEIMER, O.: “Analisi di una costituzione: Weimar e poi?”, en *Costituzione senza sovrano*, en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs.45 y sigs.

¹⁰⁷ KIRCHHEIMER, O.: “Legalità e legittimità” (1932), y “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt”, en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 91-108, y págs.109-141, respectivamente. Kirchheimer realiza una crítica del discurso Schmittiano y poner en valor de la democracia formal y sustancial, participativa y pluralista. Sin embargo, parece prematuro afirmar que con el Estado Social de Derecho carece de sentido el derecho de resistencia al poder que contraviene la Constitución vigente y las reglas básicas del régimen de la democracia constitucional y parlamentaria basada en el sistema de partidos que aceptan las reglas constitucionales del régimen democrático. La legitimidad y la legalidad se ensamblan

constitucional se basa en un conjunto de valores fundamentales, como la libertad y la igualdad. También no se articula sobre la base de un principio de identidad uniforme sino el principio pluralista y articulación con el principio representativo pluralista en el parlamentarismo democrático, entre representantes y representados. Cualquier reforma de la Constitución tiene que ser respetuosa con el principio democrático pluralista que forma parte del núcleo duro indecible de la democracia constitucional, como es también la garantía efectiva de los derechos y libertades fundamentales. En el Estado constitución de Derecho (“Estado social de Derecho”), la Constitución refleja la soberanía popular como poder constituyente que se da a sí misma un orden, de tal manera que el poder legislativo está sometido a la Constitución. Kirchheimer, como Neumann, Heller y Radbruch, estaban comprometidos con la creación de un nuevo orden en sociedad basado en la justicia y la educación de ciudadanos para la libertad y la solidaridad en la comunidad política democrática. Estaban comprometidos con una nueva cultura democrática y un proyecto político de construcción de una democracia constitucional sobre cuya base se edificaría un socialismo democrático que siempre respetaría el sistema parlamentario y el sistema pluralista de partidos. Como ha sido advertido, en relación con el pensamiento de Kelsen (al cual podría suscribir lo que se acaba de expresar aquí), “en la perspectiva externa, no puede cuestionarse en la práctica las condiciones para que la minoría pueda continuar siendo una mayoría potencial, dentro de la competencia por el liderazgo político. En tal sentido forma parte del núcleo no disponible para la decisión democrática de la mayoría el conjunto de los derechos de la libertad democrática, la igualdad de los derechos políticos de cooperación. Desde el punto de vista interno, la democracia presupone el relativismo (Kelsen; Radbruch; Thomas; Kirchheimer), de manera que la mayoría no puede pretender que sus objetivos sean los únicos válidos frente a los postulados legítimamente por la oposición. La mayoría carece

y se hacen compatibles en la Constitución de la democracia constitucional. La experiencia histórica ha demostrado su utilidad junto con la necesidad de mantener el poder constituyente del pueblo ante determinadas situaciones, de tal manera que el poder constituyente sea completamente desplazado y neutralizado por el poder de reforma prevista en la propia Constitución. El derecho de resistencia es en defensa de la Constitución, como también respecto de la defensa de la actuación anticonstitucional de los poderes fácticos capaces de cuestionar y anestesiar la misma legalidad democrática, esto es, de una democracia constitucional que no puede ser sino una pluralista y basada en el sistema de partidos. Véase al respecto, VITALE, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012, págs. 63 y sigs., y 85 y sigs., poderes de resistencia y contrapoder frente a poderes “salvajes” capaces de subvertir el régimen de democracia constitucional y poderes públicos que pueden establecer un derecho ilegítimo (crisis por arriba de la democracia política), FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, especialmente, págs.27 y sigs., y 43 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, especialmente, págs. 141 y sigs., y 161 y sigs. En el proceso de lucha contra las fuerzas políticas y los grandes poderes privados que atentaban contra la Constitución conducía se estaba produciendo una verdadera “mutación constitucional” sin reforma constitucional que pretendía instaurar un gobierno autoritario, abrogando la Constitución, el sistema democrático de partidos y las libertades democráticas. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, especialmente, Capítulo II (“Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt”), págs. 241-275, y Capítulo II (“El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt”); “La soberanía en el marco de la relación de la teología y de la política”; “Soberanía y nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global”), págs. 277-631.

de toda validez objetiva de sus posiciones que comporte la exclusión de la discusión y el compromiso, lo que llevaría a desconocer la condición de la minoría como sujeto en el proceso político. De manera que la democracia va unida al relativismo”¹⁰⁸.

Existe una esfera de lo “indecidable”¹⁰⁹ que queda sustraída a la decisión legislativa, pues queda acotado un ámbito en el que no se puede decir “*in peius*” y otros en los que es necesario decidir para garantizar (señaladamente los derechos fundamentales en su conjunto y no sólo los derechos de las minorías y los derechos sociales fundamentales que son presupuesto de la democracia constitucional). No se puede decidir sobre procedimientos garantistas que fijan las reglas de juego, no sólo sobre el núcleo esencial de los derechos constitucionales, siendo así que se sueldan las dos dimensiones de la democracia constitucional, la democracia procedimental y la democracia sustancial, ambas garantizadas en la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico. Esta es importante frente al advenimiento, siempre posible, de Estados autoritarios a la vieja usanza o “neopopulistas” como están emergiendo en el primer tercio del siglo veinte. Este “blindaje” de la Constitución Normativa no estaba garantizado satisfactoriamente en la Constitución de Weimar (como tampoco en las Constituciones Sociales de la Segunda República española y de la República Austriaca). Esto fue un logro del periodo de refundación constitucional de la postguerra, vinculado a la invención de las constituciones rígidas en sentido técnico jurídico de esta expresión. No se olvide que “el Estado constitucional de derecho es un factor de garantía de los sujetos más débiles frente a las tendencias conservadoras de las mayorías; y la ideología neoliberal, paradójicamente, ha descubierto el valor de la democracia rousseaiana como equivalente político de la libertad de mercado”¹¹⁰. Pero, como recordara H. J. Laski, las garantías constitucionales son en sí insuficientes para la efectividad de los derechos, pues es necesario que existan fuerzas y poderes en la sociedad civil activa para hacerlos valer en la práctica. Es lo que se ha denominado una “ciudadanía de los poderes” colectivos, complementaria de la típica “ciudadanía de los derechos”¹¹¹. Ello se relaciona

¹⁰⁸ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, estudio preliminar a KELSEN, H.: *Esencia y Valor de la democracia* (1920-1923), traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. IX-LX, en particular pág. XXII. Véase, con mayor detenimiento en esta temática, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4 (“La democracia parlamentaria en Kelsen. “Esencia” y “valor” de la Democracia”), págs. 103 y sigs. Así lo entiende, cómo Kelsen, el excelente jurista BÖCKENFÖRDE, E.W.: “La democracia como principio constitucional”, en BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pág. 96.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia* (2007), Madrid, Trotta, 2011, págs.10-11. 18-24 y pág.52.

¹¹⁰ FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia* (2007), Madrid, Trotta, 2011, pág.529.

¹¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Cap. II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social moderna en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs., y Cap. III (“Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía”), págs. 159 y sigs. (con referencia a “una ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía”). Según Bobbio

con la idea de que el sostén de una democracia activa exige de ciudadanos educados para estar en condiciones de participar democráticamente y ser capaces de organizarse colectivamente (a través del ejercicio del derecho de asociación) conformando una esfera pública activa y discursiva sobre el sentido y el proceso de toma de decisiones por la organización política de la sociedad¹¹². Esa opinión pública formada e informada puede ser capaz, en determinadas circunstancias extraordinarias, de articular y llevar a cabo una “resistencia constitucional” legítima frente a aquellas decisiones que conlleven abusos y extralimitaciones de poderes mayoritarios incluso democráticamente elegidos¹¹³.

El compromiso constitucional que ello refleja es defendido desde los postulados del socialismo democrático que ya se venía postulando por los iussocialistas de la República de Weimar. Kirchheimer no tiene que abandonar un socialismo democrático que siempre defendió y aceptar sin más un enfoque liberal. Aunque el liberalismo social¹¹⁴ en no pocos casos ha estado muy vinculado con la socialdemocracia. No se olvide que los partidos socialdemócratas tanto en las repúblicas de Weimar, Austria (incluyendo a los marxistas

“la democracia es subversiva en el sentido más radical de la palabra, porque, allí donde se difunde, subvierte la concepción tradicional del poder, una concepción tan tradicional que ha llegado a ser considerada natural, basada en el supuesto de que el poder –político o económico, paterno o sacerdotal- fluye de arriba hacia abajo”. Cfr. BOBBIO, N.: *Quale socialismo?*, Turín, Einaudi, 1978, págs. 74-75. Asimismo, destacando el papel activo de la “sociedad civil”, BOBBIO, N.: *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1990.

¹¹² Ya resulta harto significativo la insistencia en la educación para la ciudadanía que había subrayado Alexis de Tocqueville. Véase TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, trad. E. Nolla, Madrid, Trotta, 2010, págs. 187 y 434-435, 484-485, y 522. Tocqueville hace notar que “Para que los hombres permanezcan civilizados o lleguen a serlo, es necesario que entre ellos se desarrolle y perfeccione el arte de asociarse en la misma medida en que aumente la igualdad de condiciones” (*Ibid.*, pág. 864). La educación para la ciudadanía remite las condiciones de posibilidad de la participación activa de los individuos en la vida política, esto es, se trata de fomentar la cultura política activa (una ciudadanía activa). Lo cual entraría en contradicción con los mecanismos de masas que propician la creación de la apatía y el conformismo de la ciudadanía democrática. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social”, estudio preliminar TOCQUEVILLE, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, en un solo volumen, de R. V. de R., revisión, edición y estudio preliminar, de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016, págs. IX-CXXVI; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El liberalismo democrático “sui generis” de Alexis de Tocqueville y la idea de justicia”, en *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, (2024); Monereo Pérez, J. L. (2025). El liberalismo democrático “sui generis” de Alexis de Tocqueville y la idea de justicia. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 15(1), 1–82. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11533>

Contemporáneamente se ha definido la sociedad civil como “una esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta ante todo por la esfera íntima (especialmente la familia), la esfera de las asociaciones y las formas de comunicación pública”. Cfr. COHEN, J. y ARATO, A.: *Sociedad civil y teoría política*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 8. Véase la obra de HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de A. Doménech, Barcelona, Gustavo Gili, 1994, pág.33, y apuntando a la defensa más decidida de una democracia deliberativa, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, 1994, págs. 436 y 447. Asimismo, NINO, C.S.: *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. R. P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997; MARTÍ, J.L.: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

¹¹³ Puede consultarse, al respecto, VITALE, E.: *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012.

¹¹⁴ HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, trad. J. Calvo Alfaro, edición y estudio preliminar, “Los fundamentos del “liberalismo social” y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

críticos y renovados que formaban el “Austromarxismo”) y española, habían aceptado los principios básicos de la democracia constitucional, incluyendo la alternancia de partidos por procedimientos electorales y la representación pluralista en el Parlamento. Conviene recordar que las llamadas constituciones liberales o burguesas garantizaban la forma Estado de derecho liberal antidemocrático (Estado de clase única o monoclase, durante décadas)¹¹⁵. Kirchheimer y Leiter recuerdan, por un lado, que el concepto de homogeneidad es una ideología, una “falsa conciencia” (reclama el pensamiento de Karl Mannheim en su obra “Ideología y utopía”), y por otro, hace notar que la Constitución de Weimar, como la Constitución Española, se basa en la existencia real de una “sociedad heterogénea” y precisamente la Constitución democrática es el mecanismo óptimo para la necesaria unificación social de la voluntad en esa sociedad heterogénea¹¹⁶. También afirman, distanciándose de la posición de Carl Schmitt y criticándola, la compatibilidad de la parte primera organizativa y segunda material de la Constitución de Weimar. Entre los compromisos que la democracia debe aceptar está la salvaguarda del principio de igual participación de todos en la formación de la voluntad política, afirmar lo contrario es destruir la democracia misma¹¹⁷. Por otra parte, en un Estado de derecho parlamentario existe una esfera intangible de derechos de libertad que no pueden ser abolidos por una mayoría cualificada¹¹⁸. Valora el equilibrio de poderes en la resolución de los conflictos que se diseña en la Constitución con la institucionalización de los sindicatos¹¹⁹ (con referencia a Hermann Heller). En la tensión entre legalidad y legitimidad en la concepción de Schmitt, esta puede suplantar a la legalidad (la eliminación de la legalidad parlamentaria). La Constitución está abierta a la discusión política con diversas posibilidades de alternancia política y desarrollo de las previsiones constitucionales, a pesar de las contradicciones que pueda presentar el texto constitucional. La Constitución está abierta a una multiplicidad de posibilidades de desarrollo constitucionales, multiplicidad que no depende de la esfera constitucional misma, sino de otros factores. La ciencia constitucional está en grado de encontrar progresivamente unas soluciones a los problemas planteados solo gracias a una estrecha cooperación con

¹¹⁵ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 109-141. En una respuesta explícita al ensayo de Carl Schmitt, “Legalidad y legitimidad (1932). Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, traducción, edición y estudio preliminar, “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad”, a cargo de Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C., Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

¹¹⁶ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 115-117.

¹¹⁷ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 124-126.

¹¹⁸ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 130-131.

¹¹⁹ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 132-133.

todas aquellas disciplinas que se ocupan de la investigación en ámbitos sociales¹²⁰.

Los iussocialistas de Weimar, de Austria y de la Segunda República Española, defendieron el constitucionalismo democrático con Estado social de Derecho. Por citar solo algunos ejemplos paradigmáticos: Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Gustav Radbruch, Otto Bauer, Karl Renner, Karl Polanyi (aunque era más politólogo y sociólogo que jurista profesional) y habría que añadir al laborista de izquierdas “nómada” decididamente socialista, H. J. Laski (en Europa y en Estados Unidos y que acogió a Franz Neumann), Hans Kelsen (socialdemócrata moderado), Julián Besteiro, Fernando de los Ríos, Luís Jiménez de Asúa, Luis Recasens Siches, Wenceslao Roces, y un largo etcétera¹²¹.

Pensaba Carl Schmitt que la “segunda parte de la Constitución de Weimar era una suerte de una segunda Constitución”¹²². Pero Schmitt veía una contradicción en los propios términos de lo que él interpretaba como dos constituciones: las garantías jurídicas materiales de la segunda parte de la Constitución de Weimar se oponen a las garantías de la primera parte

¹²⁰ KIRCHHEIMER, O., y LEITES, N.: “Observazioni su Legatità e legittimità di Carl Schmitt” (1932-1933), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura de Antonnino Scalone, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 139-141.

¹²¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, Capítulo 2 (“La influencia del socialismo jurídico en la cultura jurídica europea entre las dos guerras mundiales”), págs. 79 y sigs., Capítulo 2 (“La formación del Derecho social y el socialismo jurídico en España: El socialismo jurídico en la formación de Derecho social”; “El reformismo iussocialista en su contexto histórico: el pensamiento político-jurídico en el marco de la Segunda Internacional”; “Cuestión social y socialismo en el Derecho en España del período de entreguerras”; “La Generación del 14 y la reforma social: el “socialismo jurídico” de Fernando de los Ríos y su generación”), págs. 87 y sigs., y Capítulo 4 (“Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora”; “Reforma social y ‘constitución del trabajo’”), págs. 191 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Constitución Española de 1931 y los fundamentos constitucionales de la socialización del Derecho público y privado: El pensamiento de Luis Jiménez de Asúa”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 41, 2024. Consúltense la bibliografía, al respecto, que se cita más adelante.

¹²² SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, Cap. II.1 (“El legislador extraordinario *ratione materiae*; la segunda parte de la Constitución como una segunda Constitución”), págs. 37 y sigs. Véase, *in extenso*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Capítulo II (“Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt”), págs. 241-275, y Capítulo II (“El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt”; “La soberanía en el marco de la relación de la teología y de la política”; “Soberanía y nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global”), págs. 277-631. Un pensador imprescindible al respecto fue Radbruch, un jurista de talla excepcional, había puesto los límites de la legalidad y la legitimidad. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., Capítulos 3 (“La función y el papel del jurista en el Estado constitucional”), 4 (“La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La “fórmula Radbruch””), 5 (“Justicia y Derecho Social general, los fundamentos de un Derecho “Justo” y “legítimo””), 6 (“La defensa del Derecho Social General y de un Derecho Penal humanitario”).

del texto constitucional: “son opuestas estructuralmente a la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario organizado en la primera parte y no solamente lo traban, sino que también lo destruyen”. Para él, la Constitución de Weimar está hendida literalmente entre la neutralidad axiológica de su primera parte y el acopio de valores de su segunda parte. De tal manera que no puede reconocerse que esta segunda parte lo sea realmente, pues no es sino “otra Constitución”¹²³. Según Carl Schmitt esta contradicción interna insoluble comporta un compromiso dilatorio destructivo (“Una constitución que no osara a decidirse aquí y que, en vez de un orden substancial, quisiera imponer a las clases, las tendencias y los objetivos en pugna crean la ilusión de que su gobierno puede establecerse legalmente, que todos sus objetivos políticos pueden conseguirse legalmente y que todos sus enemigos pueden eliminarse también legalmente, *no es hoy posible más que como compromiso formulario dilatorio que destruiría en su puesta en práctica su propia legalidad y legitimidad*. Fallaría necesariamente en el instante crítico en que una Constitución tuviera que responder”)¹²⁴. Su conclusión negativa es nítida de su propio rechazo de la lógica interna del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, a saber: “la lacra de la Constitución de Weimar es que ha procurado una yuxtaposición por la que, al final, se oponen la primera y la segunda parte de la misma como dos Constituciones distintas con distinto tipo de lógica, distinto espíritu y distinto fundamento. Por tanto, tal y como existe esta Constitución, son muchas las contradicciones”¹²⁵. Entonces la primera Constitución (la parte primera) –para él la auténtica- ha de hacerse prevalecer sobre la segunda (parte segunda), que, en su opinión, debe ser leída, interpretada, con arreglo a aquélla.

En relación a este debate constitucional, Kirchheimer no ignora la importancia de las instituciones democráticas en la lucha político-jurídica (no se olvide también su condición de abogado iuslaboralista en su primera etapa profesional) por la emancipación de las clases trabajadoras y la instauración de una democracia social incidiendo en la "Constitución de la economía"¹²⁶. En realidad, el fracaso de la democracia negociada y pluralista de Weimar no

¹²³ SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), cit., págs. 43 y sigs.

¹²⁴ SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), cit., pág. 95.

¹²⁵ SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), cit., pág. 95. Una visión crítica sobre esta construcción, más allá de la Constitución de Weimar, y reclamando la lógica propia del Constitucionalismo social como superadora del constitucionalismo liberal, configurador de una democracia restringida que desconoce completamente las garantías efectivas de los derechos sociales como verdaderos derechos constitucionales de “desmercantilización”, no contradictorios con los tradicionales derechos civiles y políticos, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, especialmente, Cap. II “Los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt”, págs. 241 y sigs., en conexión con págs. 89-152 (Cap. II. “Liberalismo y democracia parlamentaria: la negación de “lo político” según Carl Schmitt”).

¹²⁶ Punto sobre el que insistiría NEUMANN en su reflexión crítica sobre la posición de Kirchheimer y la autoritaria de Carl Schmitt. Véase NEUMANN, F.: “Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar” (1930), en NEUMANN, F.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983, págs. 121 y sigs., donde reafirma la importancia de la segunda parte de la Constitución de Weimar y la posibilidad de que a través del sistema democrático se avance en un proceso de transformaciones sociales a través de “decisiones complejas” nacidas del intento de equilibrios entre la pluralidad de intereses en juego. A la interrogante de Kirchheimer “¿Weimar e poi?”, Neumann responde “mientras tanto Weimar!”. Cfr. NEUMANN, F.: *Die soziale Bedeutung*, cit., pág. 74. En esa misma polémica se inscribe el ensayo de HELLER, H.: “Freiheit und Form in der Verfassung”, en *Die Justiz*, núm. 5, 1929-1930, págs. 672 a 677. Traducido como

se debía tanto a la regulación abierta del texto constitucional como sobre todo a los cambios que se habían venido produciendo en el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales que constituían los pilares del Estado democrático, el peligro que ello suponía para la existencia de la Constitución y la falta de un compromiso para defenderla en una situación verdaderamente crítica¹²⁷.

Por otra parte, la asimetría de poder entre el gobierno político y el dominio de la economía se reflejó también en un tipo de intervención del Estado en un sentido totalizador en el sistema económico y en el campo laboral que no se acomodaba precisamente a los fines trazados en el compromiso constitucional (protección preferente del principio de rendimiento empresarial en un contexto de crisis económica¹²⁸, recurso a los procedimientos arbitrales obligatorios para dirimir los conflictos, etcétera). Con todo, el grupo de iussocialistas de Weimar (Heller, Radbruch, Sinzheimer, Kirchheimer, Neumann, etcétera) acabaron defendiendo sin fisuras la opción compromisoria político constitucional de la República de Weimar, como un modelo alternativo de equilibrios complejos y dinámicos a partir de la forma política del Estado Social de Derecho y constitución económico-social que no cuestionaba en sí las bases fundamentales del capitalismo, pero que –así se pensaba– podría ser, aparte de su valor democrático avanzado en sí mismo, un primer paso para la instauración de una República democrática socialista en la tradición del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho. Conviene precisar que la construcción del constructo “constitución de decisión”, es tomada de Carl Schmitt, pero en el sentido de indicar que en la Constitución faltaban más garantías de defensa constitucional y de efectividad de los derechos sociales fundamentales. En este orden de ideas existía un modelo socioeconómico que planteaba déficits garantistas y asimetrías entre las garantías de efectividad de los derechos y libertades de la constitución económica y los derechos sociales de prestación y de libertad de la constitución social “débil” del Texto de la Constitución de la República de Weimar. Y es que incluso una Constitución democrático-social e *inevitablemente* pluralista de compromiso debe ser una Constitución equilibrada que construya un modelo económico y social dotado de un equilibrio satisfactorio entre todos sus elementos, sin perjuicio de que sea una Constitución abierta a opciones políticas e ideológicas democráticas distintas; pero, realzando, que la de Weimar era una Constitución

"Libertad y forma en la constitución del imperio", en HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996, págs.61 y sigs. Afirma Heller que "calificamos de buena a una constitución actual que realice la forma históricamente necesaria convirtiendo en formas posibilitadoras de cultura la lucha históricamente inevitable, pero que a la vez deje a las fuerzas creadoras la libertad para forjar un futuro más bello" (*Ibid.*, pág.63). Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

¹²⁷No está lejos de ese planteamiento FRAENKEL, E.: "Abschied von Weimar?", en *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskritik 1931-31*, Darmstadt, 1968, págs. 57 y sigs.; y del mismo autor los ensayos recogidos en FRAENKEL, E.: *Pluralismus und Reformismus*, Hamburg, 1973; y su conocida monografía FRAENKEL, E.: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1983, Parte Primera.

¹²⁸Es algo que puso de manifiesto también SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, estudio preliminar y trad. de F. Vázquez Mateo, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, *passim*.

que ya admitía la democracia colectiva a través del reconocimiento de la autonomía colectiva sindical como instrumento de autodeterminación social y de influencia en el gobierno de la economía. El carácter compromisorio es inherente a la democracia constitucional y a la conformación de un Estado de pluralidad de clases, como es el Estado Social de Derecho (el cual se construye sobre la base existencial de una sociedad pluralista)¹²⁹. Al tiempo, Kirchheimer ya había señalado que el problema de toda Constitución es descubrir una forma adecuada al proceso incesante con el cual la voluntad domina la realidad¹³⁰. También debe dotarse de un garante independiente (“guardián”) de la Constitución y de todos sus derechos fundamentales (generales y específicos sociales) como es la institución del Tribunal Constitucional nombrado con garantía de imparcialidad y solvencia técnica, en la dirección planteada por Kelsen, y no a través del nombramiento de un Presidente plenipotenciario que puede escapar a todo control, aunque formalmente esté obligado a dar cuenta de su gestión y sus decisiones puedan ser o no convalidadas por el Parlamento. La experiencia de la República de Weimar es ilustrativa al respecto porque las mismas decisiones del Presidente le permitieron incluso eludir el control parlamentario de decisiones jurídicas que vulneraban frontalmente el orden constitucional, sin necesidad de llevarse a cabo el proceso pertinente de reforma previsto en la misma Constitución. Esto dio lugar a una mutación constitucional a través de un programado proceso continuado *deconstituyente* de carácter totalitario, bajo el camuflaje de una legislación de urgencia supuestamente legitimada ante el hecho de un permanente estado de necesidad y excepcionalidad.

La Constitución social (bien sea que en constante tensión –pero no ruptura- con los pilares de la constitución económica de base capitalista) de Weimar tuvo la virtualidad nada despreciable de *formar y conformar un modelo garantista de Derecho del Trabajo*, que introdujo elementos de racionalidad social en la dirección de un capitalismo organizado¹³¹.

¹²⁹ El problema de la gobernabilidad en una sociedad pluralista le hace postular la necesidad de que la Constitución, sobre la base de unos principios y valores superiores definitorios de las reglas del juego político y sus límites, se posibiliten puntos de encuentro y de alternancia entre distintos partidos políticos con ideologías diversas. Así, KIRCHHEIMER, O.: “Mutamento di struttura del compromesso politico” (1941), en GURLAND, A.R.L., KIRCHHEIMER, O., MARCUSE, H., POLLOCK, F.: *Tecnologia e potere nell società post-liberali*, Napoli, Liguori, 1981; KIRCHHEIMER, O.: «Changes in the Structure of Political Compromise», en *Studies in Philosophy and Social Science*, IX, 1941, págs.264 a 289 (trad. italiana en AA.VV.: *Tecnologia e potere nelle società post-liberali*, «Introduzione» a cargo de G. Marramao, Napoli, 1981, págs.103 a 136). Pero esta tecnologización también supone una tecnologización de la ciencia jurídica y del propio modelo de jurista. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: la teoría del derecho como ingeniería social”, estudio preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad: El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII; POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, traducción y estudio preliminar por José Puig Brutau, revisión y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, capítulo VII (“La interpretación que concibe el Derecho como una obra de ingeniería social”), págs. 167-193.

¹³⁰ KIRCHHEIMER, O.: “Il problema della Costituzione (1929)”, en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, Modena, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 47.50, en particular pág. 47.

¹³¹ Véase los ensayos de Kahn-Freund, recogidos en *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, a cargo de Roy Lewis y Jon Clark, Oxford, Blackwell, 1981, que comprende la traducción inglesa de los tres principales escritos alemanes de Kahn-Freund, una amplia introducción de los coordinadores y un *Postscript* del mismo

Tuvo en ese sentido fuerza garantista y directiva del gobierno de lo social. Neumann, como Kirchheimer y la posición más radical de Schmitt, realzan el carácter compromisorio de la Constitución de Weimar (en el que se inserta la misma constitución del trabajo). Para Heller, a diferencia del joven Kirchheimer, el hecho de que la "constitución sin decisión" no fuese uniformadora no era un elemento necesariamente negativo sino una característica propia de un sistema de equilibrio pluralista. No se trataba de un "compromiso dilatorio" como pensaba Schmitt¹³². El constitucionalismo social no había neutralizado el principio de soberanía, ya que de la visión liberal de una soberanía como decisión unilateral (del soberano¹³³ o de la clase más fuerte) se ha pasado a una decisión bilateral, reflejo del compromiso entre las diversas clases sociales¹³⁴. No se trata de una constitución sin decisión como afirmara inicialmente Kirchheimer¹³⁵ siguiendo los pasos de su maestro Schmitt, sino de una constitución de base pluralista que incorporaba un *nuevo tipo de decisión soberana* cuando se extraen todas las consecuencias de la fragmentación de la sociedad¹³⁶. El

Kahn-Freund. Sobre la mutación de la función del Derecho del Trabajo de Weimar es útil el estudio de CLARK, J.: "Otto Kahn-Freund: gli scritti del periodo tedesco", en *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, a cargo de G.G.Balandi y S.Sciarra, Roma, Edizioni Lavoro, 1983, págs.59 a 73. Véase más adelante.

¹³²Véase SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, págs.61 y sigs. Véase VARDARO, G.: "Introduzione all'edizione italiana" en NEUMANN, F.L.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983, pág.24. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

¹³³. Recuérdese que para Schmitt «soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción», es decir, hace referencia a aquella autoridad que es capaz de adoptar e imponer su decisión en una situación crítica o excepcional. Cfr. SCHMITT, C.: *Teología política*, en *Escritos políticos*, Madrid, Doncel, 1975, pág. 35. Puede consultarse, en una reflexión más general, DUSO, G.: *Lógica del poder. La lógica del potere. Storia concettuale como filosofia politica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, págs.137 y sigs. («Teología política e logica dei concetti politici moderni in Carl Schmitt»). Desde la perspectiva pluralista, es harto significativa la posición de LASKI, H.L.: *El problema de la soberanía*, Buenos Aires, Dedalo, 1960, especialmente, págs.11 y sigs. Respecto a Carl Schmitt y Otto Kirchheimer, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt*, estudio preliminar a SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XI a CXXVIII; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

¹³⁴En este sentido HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, Ed. FCE, 1995.

¹³⁵KIRCHHEIMER, O.: "Analisi di una costituzione: Weimar e poi?", en *Costituzione senza sovrano*, cit., págs.45 y sigs.

¹³⁶NEUMANN, F.: "Die soziale Bedeutung", en *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, cit., págs.76 y sigs. Id.: "Il mutamento della funzione della legge nella società borghese", en *Lo stato democratico*, cit., págs.245 y sigs. NEUMANN, F.: "El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna", en NEUMANN, F.: *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría política y legal (1957)*, Herbert Marcuse (Compilador y prefacio), Buenos Aires, Paidós, 1968, Capítulo IX, págs. 30-69. [Libro de próxima publicación en la Editorial Comares, Granada, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, 2024-2025]. Destaca que, durante el periodo del capitalismo de los monopolios, que en Alemania comenzó con la República de Weimar, la teoría y la práctica legales sufrieron un cambio decisivo. En la democracia de Weimar se cumplió el programa del pluralismo social con el reconocimiento de la autonomía colectiva y su capacidad de autodeterminación social. Pero al tiempo los equilibrios de poder se rompieron desplazando a los sindicatos. Por su parte, el equilibrio de clases halló su expresión constitucional en la

problema que apreció Kirchheimer es que en su desenvolvimiento político las Constituciones alemana y austriaca de la postguerra no contribuyeron lo suficiente a la realización de sus principios de transformación social y a la garantía efectiva de los derechos fundamentales en una “democracia socialmente no homogénea”, cuando la clase dominante estaba en condiciones de producir por vía democrática una voluntad política unitaria. Por ello reprochaba a la Constitución de Weimar el ser una “Constitución sin decisión” y con importantes límites para poner en práctica un programa político definido. Ello estaría también en la base del trágico destino de la Constitución de Weimar. Por lo demás, observa que la autónoma eficacia de las instituciones constitucionales democráticas es puesta en cuestión por la imposibilidad de separar el ámbito político y el ámbito económico. Solo una

segunda parte de la Constitución del Reich, que llevó este título: “Derechos y Deberes Fundamentales de la Ciudadanía Alemana”. Allí se juxtaponen de manera inconexa los antiguos derechos sociales clásicos y los nuevos, de modo que resultó justificado decir que la Constitución de Weimar era una constitución carente de decisión (asume y cita la posición de KIRCHHEIMER, O.: “Weimar und was Dann? (1930)). El renacimiento de la noción de generalidad de las leyes (impulsado por Carl Schmitt y Heinrich Triepel, entre otros) y su aplicación indiscriminada a las libertades personal, política y económica, bajo la democracia de Weimar, fue utilizado como un recurso para restringir el poder del Parlamento, que no representaba con exclusividad los intereses de los grandes grupos de intereses económicos, el ejército y la burocracia. En Weimar se utilizó la ley general, dentro de la esfera económica, para preservar el sistema de propiedad existente y protegerlo de la intervención cuando ésta se consideraba incompatible con los intereses de esos grupos de intereses. Los jueces utilizaron a la inversa los postulados de la escuela libre Derecho libre para limitar los derechos y en particular las libertades de asociación y sindicación, acrecentar los poderes de los empresarios sobre los trabajadores. Así el nuevo descubrimiento de los “principios generales” sirve para destruir un sistema de derecho positivo que había incorporado muchas reformas sociales importantes: *destruye la racionalidad de la ley*. La significación de los “principios generales” se hace más clara aún en el Estado autoritario, porque se derogan todas las restricciones que la democracia parlamentaria, aun cuando funcionara defectuosamente, había impuesto a la realización ilimitada de las exigencias de los empresarios en unas estructuras de capitalismo monopolista. El apartado del Estado autoritario realiza las exigencias jurídicas de los empresarios en un capitalismo monopolista que exige un ejercicio sin restricciones de la libertad de empresa (Para esto último, *Ibid.*, págs. 61 y 63). Es más “la teoría legal del Estado autoritario se convierte, por lo tanto, en decisionismo, y la ley no es más que un *arcanum dominationis*, o sea un medio para estabilizar el poder. Ahora bien: ésta, sin embargo, no es la ideología jurídica del Estado autoritario, la cual está representada en cambio por el institucionalismo o, con las palabras de Carl Schmitt, la teoría de los órdenes y comunidades concretos. El institucionalismo se distingue tanto del decisionismo como del positivismo normativo (*Ibid.*, pág. 64-65). Neumann ya había criticado positivismo legalista. Neumann Crítica que el institucionalismo separa las instituciones sociales de su contexto social. El institucionalismo fue asumido por los sindicatos mayoritarios tanto en Alemania con en Inglaterra con el fin de llevar a cabo las reformas sociales. El positivismo jurídico se elimina de la teoría legal del Estado autoritario; pero no se le reemplaza sólo con el institucionalismo. Los elementos decisionistas se mantienen y se ven enormemente fortalecidos: primero, con la eliminación del concepto racional de la ley, y, segundo, mediante el gobierno exclusivo del concepto político de ley. La decisión última tiene que adoptarla el aparato del Estado autoritario, que utiliza el mandato del líder como medio técnico. Si la ley general es la forma fundamental de la ley y si ésta no es solo *voluntas* sino también *ratio*, resulta necesario declarar que la ley del Estado autoritario no posee carácter legal. La ley, como fenómeno distinto del mandato político del soberano, sólo es posible si se manifiesta como ley general. En una sociedad que no puede prescindir del principio del poder, la generalidad completa de la ley es imposible. La generalidad limitada, formal y negativa de la ley, bajo el liberalismo, no sólo hace posible la calculabilidad capitalista, sino que además garantiza un mínimo de libertad, por cuanto la libertad formal tiene dos aspectos y hace que el débil disponga por lo menos de oportunidades legales. Por esta razón surge un conflicto entre la ley y las libertades basadas en ella, por una parte, y las exigencias de una economía monopolizadora, por la otra. La propiedad privada de los medios de producción, como institución característica de toda la época burguesa, se mantiene bajo el capitalismo monopolizador, pero la ley general y el contrato desaparecen y los reemplazan las medidas individuales del soberano (*Ibid.*, págs. 67-96).

política socialista sería capaz de superar estas contradicciones e implantar por cauces democráticos un nuevo orden económico y social¹³⁷.

Carl Schmitt llevó a cabo, efectivamente, una crítica al Estado democrático pluralista en sí, frontalmente, pero lo hizo amparado en la misma libertad garantizada en la Constitución de Weimar¹³⁸. De ahí la dificultad, el problemático intento de Kirchheimer de síntesis de la posición antinormativista de Schmitt con el criterio marxista tal como había sido entendido por el austro-marxismo y por Otto Bauer en particular¹³⁹. La premisa de partida es la que individualiza la disolución de la soberanía, en paralelo con el fin de la "democracia del valor" (*Wertdemokratie*), que está en la base de la crisis del parlamento y del nacimiento del "Estado de Derecho" que viene a coincidir con la "neutralización" del poder soberano¹⁴⁰. Según Kirchheimer para que la democracia pueda funcionar expresando la voluntad común del cuerpo político es necesario el presupuesto de la homogeneidad social. De ahí que su

¹³⁷ KIRCHHEIMER, O.: *Weimar – und was dann? Entstehung und Gegenwart der Weimarer Verfassung*, Berlín, Laubsche Verlagbuchhandlung, 1930.

¹³⁸Pudo decir Heller, "cuán fácil es hoy, cuando la república democrático-parlamentaria está implantada, criticar de raíz esa república bajo la protección de sus garantías constitucionales de libertad. Especialmente cultos e ingeniosos parecen al respecto aquellos críticos de izquierda y de derecha que reprochan a la Constitución de Weimar la falta de estilo, echan de menos el espíritu unitario y le censuran que no haya tomado las decisiones políticas fundamentales, sino que las haya eludido, las haya aplazado" (...). HELLER, H.: "Libertad y forma en la constitución del imperio", en HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996, pág.64. Él señalaba a los jóvenes la prioridad fundamental de defender la democracia parlamentaria de Weimar: "A todos estos románticos de la revolución de izquierdas y de derechas puede hacerseles moralmente el reproche justificado de que incitan a una guerra civil sangrienta y sin sentido. Su carencia de ideas es perdonable desde el punto de vista histórico" (*Ibid.*, pág. 66). En esa línea de pensamiento reflexionaba: "vivimos en una época en la que los antiguos ideales de forma política ya no sirven y los nuevos todavía carecen de validez. La monarquía se ha convertido, según la célebre expresión de un diputado nacional alemán, en un asunto cinematográfico, el Estado liberal de derecho ya no es capaz de hacer frente a las tareas del presente, pero la forma política de un Estado social de derecho está sólo en gestación. En esta situación histórica es la forma política abierta de la República de Weimar la única adecuada para nosotros. Celebramos la Constitución de Weimar, no porque esté para nosotros consumada, sino porque nos posibilita nuestra tarea. La protegemos y exigimos para ella respeto, porque nos concede la libertad de realizar en el futuro una forma superior y más homogénea. Tenemos derecho a exigir respeto por ella a todos los ciudadanos alemanes de todas las orientaciones políticas, porque esta forma constitucional garantiza a todos los grupos idénticas condiciones de lucha" (*Ibid.*, págs.66-67). Téngase en cuenta que este artículo corresponde al discurso pronunciado en la festividad de la Constitución, celebrada por la asociación alemana de estudiantes, y publicado por primera vez en *Die Justiz*, Verlag Walther Rothschild, Berlín, 5 (1929/30), págs.672 a 677.

¹³⁹Véase BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, págs.XXIII y sigs., y LIV y sigs. Existe, pues, una diferencia entre el análisis schmittiano y el de Kirchheimer: en general, se puede decir que, en este caso, Kirchheimer intenta una síntesis entre Schmitt y Marx y, en particular, entre la crítica específica de Schmitt a la Constitución de Weimar y la que Marx había, en general, desarrollado a la "forma" constitucional en una sociedad burguesa. Véase *Las luchas de clases en Francia*, en Cfr. MARX, C.: *La lucha de clases en Francia*, en MARX, K. y ENGELS, F.: *Obras escogidas*, edición y estudio preliminar "Marxismo y racionalidad crítica en la larga duración" (pp. XI-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2012, págs. 258 y sigs. (sobre la constitución francesa de 1848), como constitución que abraza todo y consiente la coexistencia de principios contradictorios que no impiden la formalización de lo que es esencial al orden establecido. Sobre el austromarxismo y la socialdemocracia en la Segunda Internacional, véase ZANARDO, A. (Dir.): *Historia del marxismo contemporáneo, Tomo I. La Socialdemocracia y la 2ª Internacional*, Barcelona, 1976.

¹⁴⁰BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, pág.XXVIII.

crítica al parlamentarismo parte de la falacia de la construcción de una voluntad política general desinteresada de la fractura de clases presentes en la sociedad y en la misma composición del parlamento democrático. Entiende que el mismo parlamento es la institución donde tienen lugar también las relaciones de poder entre las clases en un difícil equilibrio para un gobierno coherente. A la característica constitutiva de la "democracia de valor" no pertenece ninguna unidad de *valores a priori*, sino sólo una unidad de valor que va más allá de la igualdad puramente política¹⁴¹.

Según Kirchheimer el proceso de *des-sustancialización* de la democracia (como democracia exclusivamente formal en el sentido del positivismo formalista) coincide con el doble proceso de afirmación del dominio social de la clase dominante y con la consecución de la igualdad formal por parte de masas hasta entonces excluidas a través del sistema electoral clasista: por un lado, donde la oposición de lo meramente político se opone a lo social, y de otro, propicia a continuar esa universalización del Derecho político que ve contrapuestos intereses radicalmente antagónicos, la "democracia en cuanto participación del todo singular, síntesis efectual en el pueblo [en el marco de una realidad histórico cultural] y de todo aquello que reconoce un *valor común* ha perdido su significado". El *problema de la democracia*, -en esto Kirchheimer se refiere a Adler-, se resuelve entonces en el de la conquista de la *homogeneidad social* cual *Ersatz*, sustitución, del antiguo "valor común", sin la cual en realidad la democracia formal nunca puede funcionar. También en este caso Kirchheimer recurre al paradigma del equilibrio de fuerzas como posible vía de explicación: "los presupuestos de existencia de la democracia formal son ya los siguientes: un aproximativo equilibrio de clases en lucha y el tácito acuerdo que de ello resulta"¹⁴². La idea de homogeneidad social se vincula con la noción de democracia sustancial, que comporta el compromiso con ciertos contenidos que han venido estando inspirados en la tradición de los regímenes democráticos contemporáneos. Se trata especialmente del valor de la igualdad entendida no exclusivamente en sentido jurídico, sino también social y económico, sin que por ello se haya de desatender las reglas del procedimiento democrático (las cuales más bien se presuponen)¹⁴³. Esto hace posible descifrar la función que, en la lucha entre burguesía y proletariado, desarrolla el sistema de Estado de Derecho: *crear un estado de equilibrio* (desplazando ligeramente la acentuación de su análisis, Kirchheimer concluye realzando el *valor transitorio* que vendría a asumir la democracia formal). Desde este punto de vista, resulta claro por qué le sea posible hablar de una crisis del parlamentarismo *a partir de la oposición de democracia de valor y parlamentarismo*¹⁴⁴.

¹⁴¹BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano*, cit., pág. XXXII y pág. XXXIX, donde se vincula este pensamiento con el razonamiento de Schmitt, para el cual la democracia presupone la homogeneidad y esta última fundaba al menos parcialmente la ratio del parlamentarismo.

¹⁴²BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, pág. XXXII.

¹⁴³Véase SARTORI, G.: *Democrazia e definizioni*, Bolonia, 1957; DAHL, R.A.: *A Preface to democratic theory*, Chicago, 1956 (existe traducción castellana); MACPHERSON, C.B.: *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1987.

¹⁴⁴BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano*, cit.,

En coherencia con ese modo de pensar, entendió que la constitución formal no suponía sino la consagración *ex posterior* de una correlación de fuerzas políticas y sociales, las cuales constituían el motor del desarrollo de la sociedad. La fuerza de los "hechos" sería más definitiva, en términos de poder, que la fuerza del Derecho. Por ello, frente a la posición más legalista de Franz Neumann, Otto Kirchheimer pudo afirmar que "las revoluciones no son, en últimas instancias, criaturas de la constitución; son las propias constituciones, la mayoría de las veces, el monumento de una revolución triunfante"¹⁴⁵. Podrían encontrarse reminiscencias de este pensamiento en Lasalle y su distinción entre la constitución formal y la constitución real en el proceso constituyente¹⁴⁶. En concordancia con este criterio, para él la constitución de Weimar no era un instrumento adecuado para implantar un nuevo orden reflejo de un proceso de transformación social. Venía a coincidir así con su maestro Schmitt, para quien en la Constitución de Weimar se habían contraído sólo "compromisos con fórmula dilatoria"¹⁴⁷. La debilidad del texto constitucional se expresa en su carácter indecisorio respecto a la orientación de la forma política (régimen capitalista o socialista) y respecto a la efectividad de los derechos fundamentales por ella consagrados, los cuales serían esencialmente incompatibles con las libertades económicas de la clase empresarial¹⁴⁸. En cualquier caso, esa constitución inauguraba un tipo constitucional abierto caracterizado por su carácter compromisorio y pluralista, de manera que se acepta la lógica de los conflictos inherentes en las sociedades del capitalismo avanzado, pero al mismo tiempo se establece un procedimiento de institucionalización jurídica de los mismos a través de la acción del poder público y el reconocimiento y garantía de los procedimientos de autonomía y subjetividad del trabajo a través de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos de acción colectiva como el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva con el poder empresarial. Lo que se consagra en el Estado Social de Derecho –como forma típica de Estado constitucional- es un Estado de pluralidad de clases –no de clase única dominante- que promueve el espacio de comunicación y participación deliberativa para la definición del

pág.XXXIV.

¹⁴⁵KIRCHHEIMER, O.: "Verfassungsreform und Sozialdemokratie" (1933), en *Funktionen des Staats und der Verfassung. 10 Analysen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972, pág.99.

¹⁴⁶LASSALLE, F.: *¿Qué es una constitución?*, Introducción de E. Aja, trad. y Prólogo de W. Roces, Barcelona, Ariel, 1976. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

¹⁴⁷SCHMITT, C.: *Verfassungslehre*, pág.32. cit., por ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho Liberal*, cit., pág.244. Para la posición de Schmitt respecto a la Constitución como decisión y su crítica a la Constitución de Weimar, véase SCHMITT, C.: *La crisis del Estado liberal*, cit., págs.222 y sigs. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, especialmente, Cap. II, págs. 241 y sigs., Cap. III, págs. 277-551.

¹⁴⁸KIRCHHEIMER, O.: "Bedeutungswandel des Parlamentarismus (1928)", en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.71. Heller vio en la Constitución de Weimar la búsqueda de una síntesis entre los principios del capitalismo y los democrático-socialistas, lo que siendo reflejo del pluralismo realmente existente, en la práctica pudo aparecer como una amalgama de principios de carácter contradictorio. Cfr. HELLER, H.: "El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales", en *Escritos políticos*, cit., págs.269 a 281, en particular pág.271.

interés general y en la solución autónoma de los conflictos sociales (significativamente, las garantías recogidas en los artículos 151 y 165 de la Constitución de la República de Weimar, que no sólo fomentaban el derecho a la existencia digna y la justicia social como límite al orden económico, sino que también reconocían la constitución social del trabajo en la empresa y, por tanto, la vigencia de los derechos de los trabajadores como ciudadanos en la empresa y su derecho de organizarse e influir en las decisiones de la misma)¹⁴⁹. De ahí su carácter innovador, aunque es cierto que pudo elevar a un nivel de protección más alto los derechos sociales fundamentales y reforzar así su sistema de garantías. En cualquier caso, la eficacia real de estas previsiones constitucionales fue neutralizada –y estaba, por ello mismo, fuertemente comprometida en su materialización en la praxis- por una parte influyente del poder judicial (aparte de la doctrina liberal tradicional y de autores conservadores especialmente lúcidos e influyentes como Carl Schmitt, que devaluó estos preceptos constitucionales como simples garantías sociales programáticas plenamente disponibles por parte de legislador infraconstitucional y que rehusaba admitir la eficacia de la Constitución en el Derecho Privado, cuando precisamente la Constitución democrático-social de Weimar postulaba un constitucionalismo no sólo de derecho público, sino también de derecho privado, pensado para tener eficacia horizontal en todas las instituciones de derecho privado). Tipo de pensamiento se utilizó ante todo por Carl Schmitt respecto a los derechos sociales fundamentales, a los cuales el propio Schmitt negaba la auténtica condición jurídica

¹⁴⁹ Para la posición de los socialistas democráticos en la República de Weimar puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 79 y sigs. (“La influencia del socialismo jurídico en la cultura jurídica europea entre las dos guerras mundiales”), págs. 109 y sigs. (“El reformismo iussocialista en su contexto histórico: el pensamiento político-jurídico en el marco de la Segunda Internacional”), y págs. 191 y sigs. (“Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora”); MONEREO PÉREZ, J.L.: *La crisis de la socialdemocracia europea. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020. De los propios protagonistas, HELLER, H.: «Ideas socialistas», en HELLER, H.: *Las ideas políticas contemporáneas*, trad. M. Pedroso, revisión, edición y estudio preliminar, “Hermann Heller y la “constitución política” de la sociedad” (pp. IX-XXXVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. 117-153; HELLER, H. (2004): *Teoría del Estado* (1934), Prólogo de G. Niemeyer, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; HELLER, H.: *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo “¿Estado de Derecho o Dictadura?” (1929-1930), trad. de F.J. Conde, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; HELLER, H.: «Democracia política y homogeneidad social», en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Prólogo de A. López Pina, Madrid, Alianza editorial, 1985, págs. 257 y sigs.; KIRCHHEIMER, O.: “The transformation of the Western European party systems”, en *Political Parties and Political Development*, editado por Joseph La Palombara y Myron Weiner, Princeton, Princeton University Press, 1966; KIRCHHEIMER, O.: *Funktionen des Staats und der Verfassung: 10 Analysen*, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1972; KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, “Estado y democracia en Otto Kirchheimer” (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1943; NEUMANN, F.: *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría política legal* (1957), trad. M. Reilly de Fayard y C. A. Fayard, revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024-2025.

de “derechos subjetivos”. Aunque Schmitt no ignoraba que la juridificación “débil” que apropiaba su reconocimiento en normas constitucionales programáticas permitía una institucionalización de los conflictos de clases, veía en ellos una contradicción con los tradicionales derechos civiles y políticos y una desnaturalización del Estado de Derecho, que en sí sería un concepto extraño a la idea de lo “social” (Estado social de Derecho, en el sentido formulado por Hermann Heller)¹⁵⁰.

Lo dramático de este diagnóstico desde el punto de vista de la historia de la democracia contemporánea es que, en cierta medida, coincidió con la evolución *real* de los acontecimientos donde existía un poder sociopolítico real fuera del sistema parlamentario que predominó sobre este último hasta el extremo de hacerlo sucumbir o desaparecer. En este sentido los análisis de Franz Neumann son reveladores de esa doble constitución del poder (el poder de la constitución formal y el poder de la constitución real conservadora). Significativamente a finales de 1923, la lucha democrática por el carácter social del nuevo Estado estaba en declive, a pesar de que las fuerzas democráticas habían conseguido formalizar una constitución democrático-social (aprobada en 1919) que permitía el derecho a organizarse política y sindicalmente y asimismo establecía un sistema de cogestión en las empresas y el carácter social de la propiedad¹⁵¹. A finales de la década de los veinte y hasta el mismo año 1932 quedó patente el derrumbe de las ilusiones del movimiento obrero político y sindical en su intento de salvar con un nuevo pacto social constituyente la cobertura constitucional de la democracia de la República de Weimar. Se pudo advertir que era absurdo en la coyuntura de ese momento histórico pensar que la clase dominante en el poder –por entonces la burguesía y las grandes oligarquías económicas y financieras- acogería las reivindicaciones económicas y de política social de los trabajadores organizados recibiendo a cambio la garantía del mantenimiento en sus propias manos de la esfera del Gobierno político y de la burocracia pública. Era, en cambio, la *indisolubilidad entre la esfera política y la económica la que ponía precisamente en discusión la eficacia autónoma de las instituciones de la democracia*

¹⁵⁰ HELLER, H.: “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales. Sección V: De la Economía”, en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Prólogo y Selección de A. López Pina, trad. S. Gómez de Arce, Madrid, Alianza editorial, 1985, págs. 269-281, en particular págs. 271 y 278-279. Este precepto fue introducido, como es sabido, por Hugo Sinzheimer. Deja constancia de ello el propio Heller, *Ibid.*, pág. 270, pág. 270. Ampliamente, Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, Capítulo 1 (“La teoría político-jurídica de Hermann Heller”), págs. 9 y sigs.; Capítulo 2.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs. 67-79; y Capítulo 2. (“La ‘constitución política’ de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs. 80-112. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El modelo de jurista crítico en el Estado constitucional: Gustav Radbruch”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Año 8, n. 28 (jul.set.,2020), págs. 173-228.

¹⁵¹ Radbruch afrontó el tratamiento de la propiedad desde la asunción de una teoría social que estaba configurada en la Constitución de Weimar y con la Encíclica “*Quadragesimo anno*” (1931). Cfr. RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4ª ed. (sin constancia del traductor; traducción atribuida a José Medina Echavarría), revisión, edición y estudio preliminar, “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política” (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 1999, págs. 180-181.

constitucional¹⁵². Se confirmaría que la constitución real representada por los grupos económicos más importantes y las fuerzas conservadoras estaba dejando atrás la democracia de la República de Weimar y apostaban por el advenimiento al poder del régimen nacionalsocialista de Hitler¹⁵³.

En una fase más evolucionada de su pensamiento (podría hablarse, por ser solamente más expresivo, de una etapa intermedia) vinculada a la crisis de la República de Weimar desde 1930, se produciría un giro político y jurídico fundamental en su pensamiento que supone un mayor compromiso con la defensa de la Constitución de Weimar por contraposición a las "soluciones" totalitarias que trataban de neutralizar los equilibrios institucionales en ella establecidos y reforzar la posición del presidente en el sistema político y jurídico. El contraste era claro respecto del presidencialismo postulado por Carl Schmitt, conforme al cual el Presidente ostentaría los poderes excepcionales previstos en el art. 48.2 de la Constitución de Weimar haciéndolo prevalecer sobre el Parlamento. En virtud de la interpretación extensiva del art. 48.2 de la Constitución de Weimar sobre el Presidente (*Reichspräsident*), consentida no sólo políticamente sino también a través de los jueces y tribunales (cobijados, por conveniencia, no sólo en un positivismo legalista, sino también en la idea de constitución jurídico-material de presupuestos iusnaturalistas autoritarios, que

¹⁵²KIRCHHEIMER, O.: "Weimar –und was dann? Analyse einer Verfassung" (1930), en KIRCHHEIMER, O.: *Politik und Verfassung*, Frankfurt, 1964, págs. 55-56; *Ibid.*, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, 1976 (libro recopilatorio del conjunto de escritos publicados entre la época final de la República de Weimar y el triunfo del régimen nacionalsocialista), págs. 213-245, que analiza el "compromiso político" en la transición de la democracia representativa a la democracia de masas. Los iussocialistas como Radbruch, Heller, Kirchheimer, Sinzheimer, Neumann, Fraenkel, entre otros veían al Estado democrático-social de la República de Weimar como un régimen de transición hacia la plena instauración de un régimen de socialismo democrático con Estado Social de Derecho.

¹⁵³KÜHNEL, R.: *La República de Weimar. Establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia, Edicions Alfons el Magnànim/Institución Valenciana de Estudios e Investigaciones, 1991. En esta importante obra se analizan críticamente tesis habituales cómo que la República de Weimar fue destruida por "los extremistas de derecha y de izquierda", o que se trataba de una "democracia sin demócratas". También se somete a discusión la tesis de la "disolución" de la democracia, de su "suicidio". ¿Realmente se disolvió la democracia por sí sola o más bien fue destruida por fuerzas identificables, con intereses y objetivos conocidos? ¿Qué papel jugó el movimiento fascista? La implantación de una dictadura en 1933 ¿puede considerarse como una "toma del poder" por los nazis? ¿Conquistaron éstos el poder con sus propias fuerzas? Ésta era la forma en que el fascismo presentaba los hechos y que, luego, ha sido asumida por muchos historiadores. Sin embargo, ¿no se trató más bien de una «entrega del poder» al NSDAP? Y si fue así, ¿quiénes fueron los sujetos que actuaron, quiénes entregaron el poder a los nazis? ¿Qué objetivos perseguían, contra quién se dirigió la formación del gobierno de Hitler? Los acontecimientos que llevaron al hundimiento de la República de Weimar no se entienden sin hacer referencia a las estructuras de poder que se configuraron en sus inicios. Por lo tanto, la investigación sobre el nacimiento y desarrollo de la república democrática debe poner en claro qué fuerzas políticas y qué intereses sociales fueron los que apoyaron al Estado imperial autoritario y luego combatieron a la república, qué otras fuerzas estaban interesadas en la participación y en la ampliación de los derechos políticos y sociales, ganados en la revolución, y quiénes veían en esto una amenaza y se opusieron tenazmente. Asimismo, KÜHNEL, R.: *Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus-Faschismus*, Reinbeck bei Hamburg, 1971 (KÜHNEL, R.: *Liberalismo y fascismo. Dos formas de dominio burgués*, Barcelona, trad. J.R. Capella, Fontanella, 1978). Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, págs. 11 y sigs., y 127 y sigs.

habían incorporado a través de una aplicación instrumental de la “doctrina del derecho libre”, lo que permitió en la práctica judicial devaluar –cuando no desconstitucionalizar- los derechos sociales prestacionales y de libertad garantizados, que, sin embargo presentaban insuficiencias palpables en la Constitución), se pudo operar un resultado jurídico-político similar a una mutación constitucional a través del ejercicio de esos poderes excepcionales materializados formalmente mediante la técnica normativa de la legislación infraconstitucional de excepción (decretos de excepción). Es evidente que el art. 48.2 no daba cabida a un poder absoluto e ilimitado, sino en situaciones verdaderamente excepcionales, respetando el contenido esencial de los derechos fundamentales y con sometimiento al control parlamentario (art. 48.3, que quedó neutralizado por el reclamo instrumental del art. 25 de la Constitución de Weimar, que preveía incluso la disolución del parlamento por decisión unilateral del Presidente). Y no debe olvidarse que, en el fondo, se trataba de la atribución de poderes excepcionales en defensa del orden constitucional, no precisamente para llevar a cabo un ataque o desmantelamiento de él sino haciéndolo inoperante en la práctica jurídico-política. De este modo, sin reforma constitucional previa, se pudo dejar en suspenso la aplicación de la Constitución y establecer una legislación ordinaria de emergencia paralela que la contradecía y vulneraba abiertamente. Se había operado así una ruptura del Estado de Derecho democrático, y con ello de los principios de división de poderes y de seguridad jurídica. Los órganos del poder judicial deberían aplicar lealmente las normas (de principios, de valores, de derechos e instituciones) de la Constitución weimariana. No se trata de que realizaran una suerte de uso alternativo del derecho en la praxis judicial, sino de que fuesen juristas vinculados por la Constitución como norma suprema y por su sistema de equilibrios jurídicos.

Resultó harto significativo el papel de la jurisprudencia respecto de los derechos fundamentales, los cuales fueron terminantemente interpretados conforme a la concepción del Estado de Derecho liberal, esto es, como expresión de un estatus negativo; e incluso aquéllos que suponían una superación de este planteamiento, se interpretaron en un sentido individualista y no social. No obstante, sería incurrir en un enfoque simplista y superficial pretender explicar este fenómeno hermenéutico en términos de “justicia de clase”, porque el hecho, en verdad, encuentra su verdadera razón en la ausencia de una decisión nítida acerca, al menos, de una nueva organización del sistema de derechos en su conjunto. Este criterio interpretativo deriva de la naturaleza del ordenamiento anterior del Estado de derecho liberal, cuyos principios se hacían valer ante todo por la vía jurisprudencial, y cuya función era propiamente la de obrar como un cuerpo de reglas ciertas y determinadas.

Desde la defensa del orden constitucional, Kirchheimer –como otros iussocialistas- postuló una reforma constitucional que propiciara una transformación en sentido socialista, para, sin destruir la democracia, establecer una nueva ordenación de las relaciones sociales en un sentido más homogeneizador, capaz de garantizar una mayor homogeneidad social y una superación de los conflictos de clase emergentes¹⁵⁴. Su propuesta de reforma constitucional

¹⁵⁴En su ensayo “La riforma costituzionale” (1932), recogida en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza* ISSN: 2174-6419 *Lex Social*, vol. 16, núm. 1 (2026)

precisamente atendía al hecho histórico del carácter radicalmente cambiado de la situación política compleja. En realidad, ante el proceso de disgregación del orden político-jurídico de Weimar, Kirchheimer apuesta por diseñar una estrategia ofensiva en la dirección del socialismo. Él considera que el desarrollo de la Constitución, la transformación de la forma constitucional (en sentido socialista), será el resultado de la lucha, siendo la Constitución la formalización y el referente político-jurídico de un proceso más amplio de transformación social y política¹⁵⁵. Como diría más tarde, "el cambio en el orden constitucional se considera ahora un objetivo legítimo, siempre que se utilicen medios legítimos para los fines que se pretenden"¹⁵⁶.

En ese período se comenzó a cristalizar políticamente la transformación del orden político en un sentido autoritario. Es de señalar la posición de Carl Schmitt quien se reafirmó en la superioridad de la dictadura plebiscitaria del presidente sobre el parlamento y la oportunidad de legislar a través de Decretos gubernamentales de excepción¹⁵⁷.

No obstante, este criterio de Kirchheimer y del propio Schmitt encuentra una vinculación anticipatoria, pero no necesariamente coincidente¹⁵⁸, como se verá de inmediato, con la noción weberiana de la "democracia plebiscitaria del líder", en virtud de la cual el presidente

sovranos. Saggi di teoria politica e costituzionale, Introduzione a cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs.172 y sigs., marca una nítida separación respecto del pensamiento de Carl Schmitt reflejado en su obra *Legalidad y Legitimidad*. Véase igualmente su ensayo "Riforma costituzionale e socialdemocrazia" (1933), en la obra citada, págs.186 y sigs.

¹⁵⁵Véase BOLAFFI, A.: "Introduzione" a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano*, cit., pág. CIII.

¹⁵⁶KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política* (1961), cit., pág.40.

¹⁵⁷Véanse sus obras, SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; SCHMITT, C.: *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Revista de Occidente, 1968; SCHMITT, C.: *El Leviatán en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes* (1938), trad. Francisco Javier Conde, revisión, edición y estudio preliminar, "El espacio de lo político en Carl Schmitt", a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Este libro incluye también el ensayo de Carl Schmitt, "El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica de la decisión". No se encontraba sólo; otros autores, como Triepel, pensaban que el Estado de partidos de la Constitución de Weimar tenía que ser completado o sustituido por un presidente representante de todo el pueblo, por un Estado funcional suprapartidista, por un Estado administrativo o por un «Estado de jueces». Véase LENK, K., Y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, pág. 31.

¹⁵⁸Tiene razón David Beetham al señalar que "La importancia acordada por Weber, en sus escritos tardíos, al liderazgo político individual debe ser considerada con respecto a este mismo contexto de evitar la dominación de las actividades políticas por los intereses económicos". Cfr. BEETHAM, D.: *Max Weber y la teoría política moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág.359. Para el cual lo que Weber exigía del político "era que se mantuviese a distancia de la lucha por los intereses económicos, para poder así ser capaz de servir a miras económicas más elevadas". Pero "Históricamente, los representantes típicos de este distanciamiento necesario eran los rentistas, principalmente los más acaudalados, tanto si sus ingresos provenían de la agricultura como de la industria" (*Ibid.*, pág.364). Para Weber resultaba "necesario que el líder pudiese ejercer sus funciones llevando a cabo una política decisiva y formando un núcleo de unidad nacional; esto no podría ser ya conseguido sino separando aquél del Parlamento y proporcionándole, por medio de una elección presidencial directa, una base de poder aparte" (*Ibid.*, pág.372).

se independizaría del Parlamento, como poderes paralelos elegidos democráticamente. Según Weber "En todo estado de masas la democracia conduce a la administración burocrática, y ésta, si no entra en acción un parlamento fuerte, conduce al gobierno burocrático"¹⁵⁹. Se pudo afirmar por el primer Gerhard Leibholz que la idea de representación, que parte del pueblo como una unidad, se opone al Estado de partidos¹⁶⁰. Por lo demás, los partidos al representar intereses particulares de determinados grupos de la población determinan un antagonismo real entre el partido político y la comunidad estatal como pueblo¹⁶¹. Carl Schmitt propondría su teoría decisionista y su ataque al sistema de Estado parlamentario de partidos¹⁶². Contra estas posiciones se mantuvo una defensa de las instituciones de la democracia parlamentaria por autores de la talla de H. Heller¹⁶³, G. Radbruch, H. Kelsen y T. Thomas¹⁶⁴. La democracia es en su realidad constitucional un Estado de partidos. Inicialmente se pensó que la teoría del Estado de partidos entiende que el partido mayoritario, o la coalición gubernamental, expresa la voluntad general¹⁶⁵.

Kirchheimer, consciente del curso autoritario de los acontecimientos, afirmó, con contundencia, que en esa coyuntura "comienza la época de la autoconservación y de la

¹⁵⁹WEBER, M.: *Gesammelte Politische Schriften*, 2ª ed., Tubinga, 1958.

¹⁶⁰Para el desarrollo de su pensamiento al respecto, véase LEIBHOLZ, L.: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, con introducción del propio Gerhard Leibholz Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, espec., Capítulo 2 ("La función controladora del Parlamento en las democracias de partidos del Siglo XX"), págs. 49 y sigs., Capítulo 3 ("El orden social, estatal y las asociaciones"), págs. 95 y sigs., y Capítulo 5 ("Poder del Derecho y poder del Estado en la República Federal de Alemania"), págs. 177 y sigs.

¹⁶¹LEIBHOLZ, G.: *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems*, Berlín y Leipzig, 1929, págs.100 a 126.

¹⁶²Para Schmitt "la esencia de la constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente". Cfr. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, pág.82. No obstante interesa no olvidar que Schmitt evolucionará del decisionismo a la teoría del "orden concreto".

Según Carl Schmitt, la situación anómala de "excepción" era antes "decisiva"; ahora (cuando la situación de emergencia política queda de hecho suprimida por una acción decisiva, el decisionismo como concepto político fundamental resulta en gran medida superfluo), lo decisivo para el pensamiento político correcto son la situación "normal" y estabilizada políticamente y el "hombre común y corriente". La antítesis determinante ya no es entre norma y decisión, sino entre norma y orden. De este modo, los conceptos políticos parecen perder el rasgo esencial que inicialmente se les atribuía, es decir, el de ser precisamente polémicos. Ahora se convierten en esencialmente positivos, en sintonía con el nuevo orden estatal positivo surgido de la decisión política que provocó la revolución nacionalsocialista. Con todo, lo que antes era decisión soberana se adapta, una vez adoptada, al orden concreto que se está gestando. Nótese que el decisionismo puro, cuyo paradigma es el pensamiento de Hobbes, suponía un "desorden" que sólo puede ordenarse mediante decisión, siendo ésta una decisión encaminada a alcanzar una "vida común" ordenada cuya expresión jurídica es la idea del orden y no ya la idea de la mera decisión. Véase LÖWITH, K.: *El hombre en el centro de la historia*, Barcelona, Herder, 1998, págs.55-56.

¹⁶³Véase HELLER, H.: *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996; HELLER, H.: *Escritos políticos*, edición y Epílogo de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985.

¹⁶⁴Véase la reconstrucción sucinta del debate en LENK, K., y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, págs.33 y sigs.

¹⁶⁵A lo que pudo objetar críticamente Habermas que los partidos políticos constituyen instrumentos de formación de la voluntad, pero no en manos del pueblo, sino en manos de quienes dominan el aparato del partido. Cfr. LENK, K., y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, pág.37.

preservación del Estado" democrático¹⁶⁶. En esta línea de pensamiento cabe enmarcar su posición crítica respecto al nexo schmittiano entre "legalidad" y "legitimidad"¹⁶⁷, poniendo de manifiesto, por un lado, que todo sistema social tiene exigencia de una cierta legitimación y aspira a transformar la relación de fuerzas existentes en relaciones de Derecho, como señalara Max Weber (no se puede fundar la validez de una ley por el solo hecho de haber poseído la fuerza de imponerse¹⁶⁸); y, por otro, que, ante la crisis del Estado legislativo, la democracia parlamentaria (y, en relación a ello, el predominio de las formas de legitimación plebiscitaria en las sociedades de masas), no encuentra fundamento en la Constitución democrática el alegato de Carl Schmitt en favor de una dictadura del Presidente¹⁶⁹; Schmitt tras rechazar el "Estado legislativo" parlamentario como ideología burguesa caduca propone como alternativa el poder absoluto del Estado totalitario¹⁷⁰. Ante la crisis del Estado de

¹⁶⁶KIRCHHEIMER, O.: "Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag" (1930), en LUTHARDT, W. (ed.): *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pág.95.

¹⁶⁷Para un estudio actual de ese nexo en el marco del debate de Weimar, consúltese DYZENHAUS, D.: *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997, espec., págs. 38 y sigs.

¹⁶⁸Esta es la reflexión que en la postguerra hizo valer Radbruch. Véase RADBRUCH, G.: "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", en *El hombre en el Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs.127 y sigs., en particular, pág.134. Edición ampliada en *El hombre en el Derecho. Conferencia y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, traducción A del Campo, edición y estudio preliminar, "Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

¹⁶⁹Aunque en una situación de excepción Kirchheimer pudo pensar en la posibilidad de establecer la dictadura del proletariado. Véase, a pesar de una cierta simplificación y unilateralidad en el planteamiento, SURDI, M.: "Per una teoria politica della dittatura del proletariato. Gli scritti giovanili di Otto Kirchheimer", en *Democrazia e diritto*, núm.1 (1979). Téngase en cuenta, por otra parte, que para Carl Schmitt la legitimidad de un sistema normativo residía exclusivamente en su legalidad, de manera que las decisiones adoptadas a través de los procedimientos legalmente establecidos eran en sí mismas legítimas. Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Sin embargo, el paradigma garantista o constitucional -en el que no se olvide ya se basaba el edificio jurídico de Weimar- se asienta en una concepción jurídico-sustancial de la legitimidad democrática, en virtud de la cual la "Legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. Legitimidad significa el hecho del merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político. Lo que con esta definición se destaca es que la legitimidad constituye una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuanto menos) fáctico depende (también de) la estabilidad de un orden de dominación". Cfr. HABERMAS, J.: *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981, págs.243-244. Sobre la racionalidad jurídica sustancial en el paradigma garantista de validez, véase FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", Estudio Preliminar a ROSS, A.: *Lógica de las normas*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, págs. XCVI y sigs. ("Teoría jurídica de la validez").

¹⁷⁰Véase SLAGSTAD, R.: "El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber", en ESTER, J., y SLAGSTAD, R.: *Constitucionalismo y democracia*, México D.F., FCE, 1999, págs.131 y sigs., quiénes, por otra parte, señalan que, aunque Weber puede en cierto sentido considerarse como precursor de Schmitt, sin embargo, ocupa una posición opuesta a la de Schmitt al intentar incorporar la política de poder maquiavélica en un marco constitucional democrático (*Ibid.*, pág.131). Para la crítica del Estado legislativo en el pensamiento de Carl Schmitt, véase, entre nosotros, las reflexiones de GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, págs.249 y sigs. Exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*,

Derecho liberal, Schmitt¹⁷¹ parece reconocer la existencia de dos opciones: la permanencia del Estado pluralista de partidos, antipolítico, en crisis permanente pero protegido y enmascarado por los principios liberales, o la creación de un Estado genuinamente político, autoritario, ya no pluralista, legitimado por una nueva versión plebiscitaria de "democracia". Es manifiesto que Schmitt eligió la segunda opción, que evidentemente conducía hacia el Estado total incompatible con el pluralismo y con el dualismo democrático entre Estado y Sociedad civil¹⁷², aunque propiamente no existe la independencia del Estado de la sociedad en ninguna forma de Estado, pues cuanto más estrecha es la base social, tanto más se depende de ella¹⁷³.

Dominaba la percepción de que lo que se estaba produciendo era una crisis del constitucionalismo y, por tanto, del Derecho constitucional como ordenamiento normativo, que se cuestiona en sus valores fundamentales perdurables. Para un sector relevante de la doctrina –en una fase ya avanzada de la destrucción de la democracia constitucional de la República de Weimar– la teoría material del Derecho del estado se convierte en la gran tarea en un momento en que la obra del Derecho positivo infraconstitucional amenaza con perder su sentido democrático; reclamando incluso el *ius resistendi* y el “coraje hacia el derecho natural”¹⁷⁴. Y es que lo que se apreciaba era el *desmontaje* de la misma Constitución jurídica. Ese desmontaje se manifiesta, en primer lugar, en un declive de la densidad normativa, esto

Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 241 y sigs., y 258 y sigs.

¹⁷¹Para el contexto de desgaste del Estado liberal en que se producen sus reflexiones, véase MAIER, CH.S.: *La refundación de la Europa burguesa*, Madrid, MTSS, 1989.

¹⁷²Véase COHEN, J.L., ARATO, A.: *Sociedad civil y teoría política*, México, FCE, 2000, pág.278. Fue precisamente esa elección la que le indujo a mostrar entusiasmo por el fascismo italiano y la que determinó que su conversión al nacionalsocialismo fuera intelectualmente auténtica, si no es que inevitable. En el pensamiento de Schmitt ningún retorno a un régimen conservador, autoritario, no plebiscitario puede proporcionar una solución para la crisis del Estado, ya que esa alternativa, al reconstituir a su adversario polémico anterior, llevaría a la reconstitución de la alianza del liberalismo y de la democracia, y de nuevo socavaría al Estado. Paradójicamente, Schmitt propuso una unión alternativa: la de la democracia con el autoritarismo. Es, en suma, la propuesta de un tipo de Estado totalitario realmente incompatible con un sistema democrático que sea reconocible como tal.

¹⁷³En este sentido KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág.439.

¹⁷⁴KÄGI, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)* (1942/1945), trad. S. Díaz Ricci y J. J. Reyven, Estudio preliminar de F. Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2005, págs.96-97, que postula “una teoría material de la Constitución” (desde postulados distintos a los sostenidos por un positivismo formalista), sin abandonar el concepto formal de Constitución (*desformalización* del texto constitucional), pues ello supondría el abandono total de lo normativo (*Ibid.*, págs. 102 y sigs.). Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; MORTATI, C.: “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar”, en JELLINEK, W., BÜHLER, O. y MORTATI, C.: *La Constitución de Weimar. La Constitución Alemana de 11 de agosto de 1919*, introducción, “Lecciones de Weimar”, por J. A. García Amado, Madrid, Tecnos, 2019, págs. 311 y sigs. JELLINEK, W.: “El proceso constituyente”, en *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de Agosto de 1919)*, Madrid, Tecnos, 2010; JELLINEK, W.: *Reforma y mutación de la Constitución*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

es, en una marcada tendencia a reconocer tan sólo a unos cuantos preceptos el rango de normas constitucionales y, en segundo lugar, en la disminución de la firmeza y precisión de las normas, o sea, en la inclinación a debilitar la inviolabilidad de las normas fundamentales y a cuestionarles su sentido jurídico normativo. Es más, se advertía con lucidez, la Constitución como ordenamiento jurídico normativo, que por sí misma fija en amplia medida las normas básicas del Derecho (conductas jurídicas), se reduce cada vez más hacia una Constitución como *simple ordenamiento de competencias* o finalmente, incluso, hacia el contrasentido de una *mera “Constitución en blanco” (Blankettverfassung)*. Precisamente el riesgo de que se produzca un desmontaje de la Constitución jurídica es máximo en la práctica del Derecho de emergencia y en la legislación de plenos poderes extraordinarios. En este caso, el poder ejecutivo o gobierno aparece como titular de ese poder excepcional, actuando sobre cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados y a través de una fórmula de teleología política que, por carecer de precisión de una norma jurídica, por el contrario, pretende posibilitar precisamente la acción libre y definir una pauta meramente “programática”. Se llega a hablar de una Constitución extraordinaria o de emergencia. Todos estos mecanismos están previstos para facilitar la acción más libre del gobierno, al que libera de los normales mandatos normativos y al que procuran un mayor espacio a la discrecionalidad.

Significativamente en el período de entreguerras de 1918-1939, esa Constitución de emergencia, en numerosos países, se convirtió directamente en algo normal; y por ello se podría calificar como una típica etapa de desmontaje del Estado constitucional. Es una situación límite del propio Estado constitucional. Pero muchas veces, sólo un pequeño paso separa esas prácticas políticas del Derecho de la emergencia de los intentos de desvincular de modo general y permanente al Estado incluso de las amarras de estas últimas fórmulas excepcionales. En la constitución política totalitaria o dictatorial la Constitución ya no es esencialmente una norma de garantía de la libertad y la seguridad, pues la “constitución viviente” se sustrae al intento de la normativización; el mismo Derecho no escrito sería más fuerte que la norma distante de la vida; como se afirma desde el nazismo “el pueblo y el Estado llevan en sí un Derecho superior a la rígida norma escrita”. Es en base a esa emancipación progresiva del Estado –de la actividad estatal- de las normas constitucionales devaluadas (que en el “Estado totalitario” de un líder autoritario se manifiesta con especial evidencia pero que, por lo demás, también se aparece cada vez más en el Estado constitucional en los últimos años) cómo se comprenden muchos fenómenos de la reciente práctica y doctrina constitucionales antidemocráticas, disolventes del concepto de “Constitución normativa” supralegal. En el Derecho del Estado de la Constitución de Weimar de 1919 se fue asistiendo a ese proceso de desmontaje a través de fórmulas como el quebrantamiento constitucional de partes del texto constitucional, el Derecho de emergencia constitucionalmente previsto pero estabilizado y normalizado, o el Derecho de emergencia extraconstitucional (es decir, el derecho de emergencia “al lado” o “por encima” de la Constitución). La teoría del Derecho del Estado estaba siguiendo en gran medida un retorno hacia el pensamiento existencialista o manifiestamente político extranormativo, con

la consecuencia de una liberación de límites del poder gubernamental. En estos fenómenos se manifiesta el desmontaje o desmantelamiento de la Constitución normativa. Es el inicio de la decadencia de lo normativo, el cambio hacia el voluntarismo, la tendencia a la politización total más allá de la normatividad. El desmontaje de la Constitución de Weimar no fue algo súbito, pues se realizó a través de un conjunto de medidas paulatinamente orientadas en ese sentido que en gran medida la Ley de 1933 que transfirió al gobierno de la nación un poder prácticamente ilimitado y le liberó del sometimiento obligatorio a la Constitución en la medida en que no fueran afectadas como tales las instituciones del Reichstag. Ello suponía la suspensión de los derechos fundamentales¹⁷⁵. Ello estuvo facilitado por las dificultades de gobernabilidad político-democrática de la sociedad alemana y el creciente descrédito del régimen parlamentario y del sistema de partidos. El camino quedó abierto para “suspender” la vigencia de la Constitución normativa –la cual no llegó a ser formalmente derogada en sentido estrictamente jurídico- e instaurar consecutivamente un nuevo sistema político y jurídico de carácter eminentemente dictatorial. El Estado y su gobierno de turno quedaban, así, desvinculados de la Constitución de Weimar y con ello del mandato constitucional de establecer y desarrollar un Estado Social de Derecho o Estado constitucional democrático.

Es así como no resulta casual que en la época de finales de la primera década del siglo veinte se afirme cada vez más insistentemente el carácter peculiar del Derecho constitucional como Derecho político desnormativizado, pues la Constitución sería siempre decisión estrictamente política, sin que esa decisión sea la expresión jurídico-normativa y, con ello, la objetivación de una determinada voluntad política. Ello tuvo reflejo harto significativo en la segunda parte de la Constitución de Weimar (“Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”), pues su contenido jurídico se fue volatilizando. Este proceso de desmontaje se manifestó negándose el “efecto directo” a todos o a algunos de los derechos fundamentales, queriendo completarlos como meros principios generales del Derecho que serían obligatorios en la medida de su positivación por el legislador, esto es, como cambio para el futuro; o bien se denegó completamente el contenido jurídico y se quiso ver aquéllos únicamente como máximas políticas, programas, proclamas, declaraciones, indicaciones no vinculantes, meras directrices, etcétera. Y todo ello desvirtuando el sentido, ya de por sí debilitado en su origen, de los derechos fundamentales, cuando es obvio que las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales son verdaderas normas jurídicas. Al desconocer esto se produjo un retroceso de lo normativo frente al principio decisionista creciente liberado de límites normativistas o de orden normativo. Si se vacía de toda eficacia a los derechos fundamentales garantizados en normas constitucionales, se puede operar fácilmente una suerte de “desconstitucionalización” de tales derechos fundamentales. En el régimen autoritario en virtud del cual sucumbiría la República de Weimar y su Constitución los derechos fundamentales ya no tuvieron el sentido de ser un límite constitucional sino de un mero programa, una pura declaración, que

¹⁷⁵ Véase MORSEY, R. (Ed.): *Das “Ermächtigungsgesetz” vom 24. März 1933*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1992.

no va más allá de ser principios de orden. De tal manera que sólo reciben su sanción jurídico-positiva a nivel legislativo a través de la “auctoritatis interpositio” del legislador, siendo así que su vigencia es relativizada y su alcance jurídico se limita y diluye. Hasta tal punto es así que ya no podría hablarse, con propiedad, de derechos fundamentales en sentido estricto¹⁷⁶. De este modo, los derechos fundamentales habrían de ceder frente a la voluntad política por la acción directa del poder ejecutivo. En esto se manifiesta, con especial nitidez, las muchas veces señaladas tendencias absolutistas de la democracia bajo la tentación totalitaria: es la democracia de masas sin freno, absoluta, manipulada por una élite dictatorial en el poder. Con James Bryce, se puede apreciar el auténtico sentido de la Constitución para la democracia constitucional, indicando que una Constitución representa junto con el principio de libertad también el de la autolimitación. La Constitución tiene, pues, en la democracia la gran tarea de impedir el desplazamiento hacia el absolutismo. El crecimiento de las funciones de un Estado democrático fuerte determina una expansión de sus competencias legítimas y entonces la democracia debe buscar la garantía contra los peligros que resultan para el Derecho de esa nueva situación, ante todo, en la conservación y vivificación de la estructura democrática del Estado y en una ciudadanía muy activa como defensora de la democracia constitucional. Ahora bien: ese nuevo equilibrio entre la autoridad y la libertad puede y debe cimentarse en sus direcciones fundamentales a través de la forma, nítida y estable, de un ordenamiento constitucional¹⁷⁷.

El régimen nazi se dotó de un nuevo Derecho y de un cuerpo de doctrina jurídica de apoyo técnico y de operatividad legitimadora del nuevo orden. Un nuevo Derecho en el que se luchaba contra el normativismo y contra la ley válida; se afirmaba la inseguridad jurídica como efecto programado; se llevaba a cabo una libre interpretación regida por la ideología como principio rector de la aplicación del Derecho; con un nuevo pensamiento construido sobre las ideas de “orden concreto” y de “conceptos concretos-generales (supuestamente adaptado al nuevo pensamiento jurídico-popular en términos de conciencia vital); la nueva

¹⁷⁶ KÄGI, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)* (1942/1945), trad. S. Díaz Ricci y J. J. Reyven, Estudio preliminar de F. Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 137 y sigs.

¹⁷⁷ KÄGI, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado (Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional)* (1942/1945), trad. S. Díaz Ricci y J. J. Reyven, Estudio preliminar de F. Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 231-234. En una perspectiva más amplia, con referencia a la crisis del constitucionalismo democrático social en la época de las Repúblicas de Weimar y de Austria, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 103 y sigs. (Cap. 4. “La democracia parlamentaria en Kelsen”) y págs. 297 y sigs. (Capítulo 5, sobre Soberanía y Derecho Internacional y la crisis del constitucionalismo democrático-social y su tendencial desplazamiento por el constitucionalismo débil neoliberal). Asimismo, Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca”, estudio preliminar a BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-Falsa racionalización*, trad. A. Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Otto Bauer y la democracia social y económica de la República austriaca”, en *Revista de derecho del Trabajo*, en *La Ley-Uruguay*, núm. 33, 2021, págs.255-299.

justicia conforme al esquema binario amigo-enemigo schmittiano; el Tercer Reich como ordenamiento del Gran Espacio geopolítico; el cuestionamiento existencial de los derechos públicos subjetivos; el reclamo de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados; la función del juez en el desarrollo “legislativo” del Derecho nuevo sobre la base del razonamiento con órdenes concretos y con conceptos concretos-generales; la acrítica función de los métodos jurídicos en la aplicación de valores; la realidad de una zona restringida para la resistencia judicial en el Estado nazi. Con todo ello se produjo una perversión jurídica en el nazismo. Las garantías de la Constitución y del ordenamiento jurídico de la República de Weimar no fueron capaces de evitar en 1933 que un movimiento totalitario y contrario a la democracia constitucional con Estado de Derecho conquistara el poder y que acometiera un sistemático desmantelamiento del orden jurídico democrático en términos de una total perversión de lo jurídico. Ciertamente se puede objetar que un ordenamiento jurídico carece de todo poder autónomo y que tan sólo es fuerte y resistente cuando lo sea efectivamente la disposición para su defensa por parte de las fuerzas jurídicas política y socialmente responsables. Pero, resulta evidente que estas fuerzas de apoyo que conforman la realidad constitucional que sostiene el orden constitucional democrático faltaron en 1933 y esa ausencia prosiguió también durante todo el desarrollo de la dictadura nazi. Esta tragedia del orden jurídico democrático en tiempos del nazismo marcaría el destino de la historia europea y mundial en el siglo veinte. La experiencia del desarrollo del orden jurídico en Alemania entre 1933 y 1945 pone de manifiesto que el Derecho puede perder su función originaria de fundamentación y aseguramiento de la justicia; y degenerar en una maquinaria al servicio del Estado dictatorial haciendo prevalecer una lógica que antepone la legitimidad totalitaria a la legalidad y legitimidad del orden constitucional democrático¹⁷⁸.

Kirchheimer está convencido de la inadecuación de una "Constitución jurídica decisionista post-democrática" para las exigencias de una sociedad compleja, donde la racionalización es necesariamente compleja, siendo necesario, con carácter estructural, el *funcionamiento a través de compromisos*¹⁷⁹, como democracia transaccional y deliberativa. Esta democracia deliberativa no tiene por qué ser una alternativa a los partidos, pues de ordinario son los grandes partidos mayoritarios los que la ponen en práctica tratando de influir política y jurídicamente en las acciones gubernamentales. Con ello asumen un papel destacado como

¹⁷⁸ RÜTHERS, B.: *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* (1988), trad. e Introducción de J. García Amado, Madrid, Marcial Pons, 2016, Prefacio a la primera edición, págs. 45 y sigs., *passim*. Sobre cómo sucede esta involución pueden también encontrarse, en gran medida, respuestas subyacentes recogidas en SCHMITT, C.: *Respuestas en Núremberg* (2000), edición y comentario de Helmund Quaritsch, Epílogo de J.L. Villacañas, Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2017, págs. 59 y sigs. y 129 y sigs.

¹⁷⁹ Véase KIRCHHEIMER, O.: "Legalità e legittimità" (1932), en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione a cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs. 115 y sigs. Comienza este ensayo con la referencia explícita a la legitimación de Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1983; *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la *Sociología del Poder y del Estado*).

sujetos políticos con capacidad de influencia decisoria, sin que se produzca propiamente una transferencia de poder, ni menos aún una delegación de potestades del poder legislativo. El procedimiento de concertación social (que puede acabar con leyes prenegociadas o en pactos sociales tripartitos en función de gobierno) puede constituir un instrumento de dinamización de la vida política, siempre que no sea un mecanismo que sustraiga de poderes legítimos al parlamento como detentador de la soberanía popular y eje del sistema político y legislativo.

La sociedad moderna es una sociedad de clases, problemática y no homogénea, de ahí que no por mucho tiempo podría instaurarse un sujeto totalitario uniformizador y detentador absoluto de la soberanía. Por otra parte, entiende que la democracia occidental fue posible sólo porque la masa, en un largo y doloroso proceso que corre paralelo a la creciente industrialización, se ha transformado de vehículo puramente pasivo del acaecer histórico en forma activa de organización. Una nueva forma de dictadura sólo sería posible a través de la imposición y la violencia¹⁸⁰; esto es, un "Behemoth", que en la escatología hebrea designa uno de los monstruos que dominan al hombre violando su dignidad e instaurando el caos¹⁸¹. Ciertamente, la rápida descomposición del precario equilibrio político de Weimar provocó en Kirchheimer un distanciamiento teórico de Schmitt y una *inusitada reacción en defensa de la legalidad burguesa, vista en ese momento como baluarte frente al impulso demoledor del autoritarismo filofascista*. Su antiguo rousseauianismo se desvaneció así en favor de la división de poderes, garantía de la igualdad formal de trato ante la ley, y en una defensa del Parlamento con "conexión plebiscitaria" en el proceso democrático. También sus anteriores críticas a la naturaleza "indecisa" del texto constitucional se vieron muy pronto sustituidas por su defensa frente a reformas de corte presidencialista, como la propugnada por Schmitt, que desvirtuasen su sentido original¹⁸². En realidad, persiste aquí la convicción de que la legalidad, la forma jurídica, sirve siempre a los oprimidos y a los más débiles. Se trata -como expresara Radbruch- de un fino instinto del derecho, el que le hace ver al proletariado que la peor de las leyes es la "ley de caucho", la que no le procura el pensamiento jurídico formalista: sólo el formalismo jurídico puede proteger a la clase oprimida frente a los actos

¹⁸⁰KIRCHHEIMER, O.: "Reazione costituzionale" (1932), en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione a cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs. 159 y sigs., en particular 169-170.

¹⁸¹Véase la excelente obra de NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, el cual llega incluso a afirmar que el régimen nazi era esencialmente un "no-Estado". Esta es, en lo esencial, y más explícitamente, su posición. Véase BROSZAT, M.: *L'Etat hitlérien: L'origine et l'évolution des structures du Troisième Reich*, París, Fayard, 1985, pág.512. Véase la recensión hecha a esta obra por TROPER, M.: "¿Hubo un Estado nazi?", en TROPER, M.: *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 157 y sigs.

¹⁸²KIRCHHEIMER, O.: "Die Grenzen der Enteignung", en *Funktionen des Staats und der Verfassung* (1930), cit., págs.251 y sigs.; "Die Verfassungsreform" (1932), en *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, ed.por W. Luthardt, Franfort, Suhrkamp, 1981, págs.101 y sigs.; KIRCHHEIMER, O.: "Legalität und Legitimität" (1932), en KIRCHHEIMER, O.: *Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre von Staat*, Frankfurt, Suhrkamp, 1967, págs.7 y sigs. La influencia dispar, y paradójica, que ha ejercido el pensamiento de Carl Schmitt en autores tanto de derechas como de izquierdas ha sido puesta de relieve por SÖLLNER, A.: "Linke Schüler der konservativen Revolution? Zur politischen Theorie von Neumann, Kirchheimer und Marcuse am Ende der Weimarer Republik", *Leviathan*, núm. 2, 1983, págs. 214 a 232.

arbitrarios de una legislación y práctica jurídica, que se hallan en manos de los adversarios de dicha clase¹⁸³.

Con todo, se producirá una confluencia de posiciones entre Otto Kirchheimer y Franz Neumann en la defensa de la democracia de Weimar y en el sentido político-jurídico de las transformaciones críticas que se estaban produciendo¹⁸⁴. Como ha sido advertido, la lucha de fuerzas políticas antagónicas constituyentes subyacía a la crisis de la República. En el lado jurídico se produjo una pérdida de poderes del Parlamento a través de la técnica de delegación al Presidente y la inaplicación por el poder judicial de la legislación más progresista dictada por el gobierno socialdemócrata de Weimar. Su decadencia institucional se había cebado, por el contrario, en lo que se ha denominado prácticas viciadas, tales como la delegación legislativa en favor del presidente del Reich y de las burocracias ministeriales, así como en el sistemático *boicot judicial a la legislación reformista*¹⁸⁵. Estas circunstancias, junto con la inoperancia opositora de la socialdemocracia, contribuyeron a crear un auténtico "anti-Estado" en el seno de la democracia de Weimar que acabó por entregar el poder al nacionalsocialismo emergente, reencarnación política y alegórica, en palabras de Neumann, de *Behemoth*, el monstruo mitológico de la escatología judía que representa "el caos, el imperio de la ilegalidad y la anarquía, devorador de los derechos y de la dignidad humana"¹⁸⁶. El sistema de pluralidad de partidos de Weimar fue socavado primero por el Estado autoritario, y después por el Estado totalitario fuerte del nacionalsocialismo¹⁸⁷. En el

¹⁸³RADBRUCH, G.: "Derecho de clase e idea del Derecho", en *El hombre en el Derecho. Conferencia y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, traducción A del Campo, edición y estudio preliminar, "Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs.13-14, con referencia en esta línea de pensamiento a la posición mantenida por FRAENKEL, E.: *Zur Soziologie der Klassenjustiz (Para una sociología de la justicia social)*, 1927, pág.39 y sigs. Es una de las bases del garantismo jurídico, como puede comprobarse en FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1998, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

¹⁸⁴Para esa coincidencia sustancial de posiciones, véase NEUMANN, F.: *The Decay German Democracy*, en *The Political Quarterly*, IV, 4 (octubre-diciembre, 1933), págs.525 a 543; KIRCHHEIMER, O.: "The Growth and Decay of the Weimar Constitution", *The Contemporary Review*, CXLIV (Julio-diciembre, 1933), págs.559 a 567.

¹⁸⁵Actitud antidemocrática del poder judicial que posteriormente tendría en consideración en el momento de elaborar su obra *Justicia Política*, cit.

¹⁸⁶ NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983; NEUMANN, F.: *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt, Surkhamp, 1980.

¹⁸⁷Véase «Changes in the Structure of Political Compromise» (1941), en ARATO, A., Y GEBHARDT, E. (eds.): *The Essential Frankfurt School Reader*, Nueva York, Urizen, 1978, págs. 49 a 70. El proceso de transformación interna de la teoría liberal en teoría totalitaria se correspondía con la transición del Estado liberal al Estado totalitario acentuando ciertos rasgos autoritarios que ya estaban presentes en el ordenamiento social y político de las corrientes más radicalmente individualistas del pensamiento liberal. Véase, aunque con la simplificación que constituía la teoría del capitalismo monopolista de Estado («El Estado totalitario y autoritario proporciona la organización y la teoría de la sociedad que corresponden a la etapa monopolista del capitalismo», dice Marcuse), MARCUSE, H.: «La lotta contro il liberalismo nella concezione totalitaria dello Stato», en *Cultura e società*, Turín, 1969, págs.18-19; MARCUSE, H.: *Ensayos sobre política y cultura*, Barcelona, Ariel, 1970; MARCUSE, H.: *La tolerancia represiva y otros ensayos*, Introducción por César de Vicente, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2010; y KUHN, R.: *Liberalismo y fascismo. Dos formas de dominio burgués*, «Presentación» de J.R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1978. Ese desplazamiento de la democracia liberal hacia el Estado totalitario encontró un fiel exponente en la

fondo existía en ese rápido tránsito un elemento de reflexión para la posteridad: *la incompatibilidad de principio entre el Estado constitucional y el Estado autoritario o totalitario*¹⁸⁸. Con el transcurrir de los años, Kirchheimer pondrá de relieve las tendencias autoritarias que emergían en las democracias de la postguerra (señaladamente en Estados Unidos y en Alemania) y que se reflejaban en *la aplicación sistemática de la "legislación de seguridad" para el estilo político, afectando decisivamente al universo de la disertación política en los diferentes países*¹⁸⁹.

Ese monstruo fue encarnado en el nacionalsocialismo elevado al poder político. El nuevo régimen totalitario abolió el sistema de compromisos que había alumbrado la democracia de Weimar. Suprimiendo el sistema pluralista sustituyó la legitimidad procedimental basada en la búsqueda del consenso por la legitimidad carismática basada en el caudillaje. Pero, lo que no es menos significativo, rompió las bases de la racionalidad jurídica que garantizaba la seguridad y el principio de igualdad formal¹⁹⁰. En este sentido Kirchheimer entendió que la

sustitución forzada de la «democracia contratada» de la República de Weimar por el Estado nazi. Pudiéndose apreciar en ese tránsito -lejos ya de incurrir en la estereotipada teoría del capitalismo monopolista de Estado- la utilidad de la interpretación del fenómeno histórico desde el ángulo de las contradicciones del proceso de racionalización del capitalismo contemporáneo en su nueva fase de desarrollo a partir del primer tercio del siglo veinte. Ese proceso de racionalización y centralización condujo paradójicamente a un proceso gradual de autonomización del Estado autoritario respecto de los intereses económicos más directos de los grupos de la burguesía, de manera que ésta acaba por perder el control sobre el sistema totalitario que había contribuido a edificar. El apoyo inicial ciertamente permitió aniquilar los compromisos constitucionales y las organizaciones de los trabajadores, pero rápidamente ello supuso un trasvase absoluto del poder al partido nacionalsocialista. Puede verse, al respecto, en SOHN-RETHEL, A.: *Ökonomie und Klassenstruktur des deutschen Faschismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 1973 (trad. italiana, *Economia e struttura di classe del fascismo tedesco*, Bari, 1978). Por demás, a pesar de esa autonomización, el nacionalsocialismo no eliminó las relaciones de clase como pretendía; al contrario, profundizó y consolidó los antagonismos sociales. En este sentido NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983.

¹⁸⁸KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 445. Kriele advierte de los riesgos de ciertas distinciones pretendidamente asépticas en el marco de la dogmática: El empleo de ciertas palabras y el acento puesto en ciertos valores, permiten a menudo inferir la concepción política total subyacente. Un indicio para la falta de confiabilidad en la defensa de la libertad es, a menudo, la terminología que opone el régimen "autoritario" al "totalitario". No es el caso de que esta distinción conceptual fuera inadecuada o carente de sentido. Pero la valoración positiva del régimen "autoritario" es traicionera: traiciona la falta de comprensión de los principios del Estado constitucional. Lo que tienen en común el Estado autoritario y el Estado totalitario es el soberano. La diferencia entre los dos tipos de Estado no es de principio, sino de grado: consiste en el grado de la legalidad concedida como tolerancia (*Ibid.*, pág. 441). En ese orden de ideas su posición es altamente crítica con el análisis de Carl Schmitt en la fase terminal de la República de Weimar. Una reflexión más extensa sobre la legitimidad del Estado moderno, en *Ibid.*, págs. 14 a 52.

¹⁸⁹Es en gran medida el objetivo explicitado de la importante y altamente crítica obra de KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág. 54. En dicha obra se describen y analizan minuciosamente diversos casos de juicios políticos reales. Obra que a menudo ha sido "silenciada" en los estudios sobre el pensamiento de Kirchheimer maduro y cuya publicación en castellano un acontecimiento relevante para el Derecho constitucional y la ciencia política.

¹⁹⁰La herramienta conceptual donde se basó aquí Franz Neumann y Otto Kirchheimer la proporcionaba Max Weber, respecto a los diversos tipos de legitimidad. Véase *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la

idea tradicional del Derecho fue objeto de una radical revisión. Se eliminó de ella su función ética mínima y se hizo de la identificación del Derecho y la moral un axioma. Además, la *independencia de la judicatura se caracterizaba por desconocer la formalidad de la ley y por permitir su modificación* por el Führer en un sentido retroactivo de acuerdo con la cláusula general de la "coincidencia con las concepciones nacionalsocialistas". Las garantías de las decisiones individuales con respecto a la ideología del nacionalsocialismo fueron analizadas por Otto Kirchheimer¹⁹¹. El sometimiento del Derecho a una lógica de racionalización material refractaria a las garantías propias de la racionalidad formal fue una característica de la práctica de la doctrina jurídica, en particular de la judicial. Él puso de relieve que durante el Tercer Reich la racionalidad no suponía la existencia de reglas universales cuyas consecuencias pudieran ser calculadas por los afectos producidos¹⁹². La racionalidad es puramente técnica e instrumental al servicio de las estructuras de dominación política; haciendo posible tan sólo que el aparato legal y sancionador esté puesto exclusivamente al servicio de los gobernantes¹⁹³. Precisamente una característica del "Doppio Stato" (*Estado dual*) autoritario –teoría, ésta, que, sin embargo, fue criticada por Neumann y Kirchheimer¹⁹⁴– era su doble condición de "Estado discrecional"

Sociología del Poder y del Estado). Véase exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.

¹⁹¹KIRCHHEIMER, O.: "Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches", en *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, ed. por W. Luthardt, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, págs. 154-155.; *Id.*: "The Legal order of National Socialism", *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm. 9 (1941), págs. 456 a 475. Respecto de la penetración de elementos del irracionalismo en el proceso de interpretación judicial, véase KIRCHHEIMER, O.: "Criminal Law in National-Socialist Germany", *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm. 8 (1939-1940).

¹⁹²También Neumann analizó el régimen nacionalsocialista como una renuncia a la legalidad procedimental en favor del caudillaje carismático, con lo que se perdió la base de los ordenamientos liberales de calculabilidad formal y homogeneidad jurídica. Cfr. NEUMANN, F.: *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt, Suhrkamp, 1980, pág. 303. Véase, en una perspectiva general, VILLARI, L.: "La razionalizzazione capitalistica nella Repubblica di Weimar", en VILLARI, L. (a cura di): *Weimar. Lotte sociali e sistema democratico nella Germania degli anni '20*, Bologna, Il Mulino, 1978.

¹⁹³En éste sentido KIRCHHEIMER, O.: "The Legal Order of National Socialism", *Zeitschrift für Sozialforschung*, núm. 9 (1941), págs. 465-466. Un estudio más detenido, y ejemplar, sobre esta problemática puede hallarse en KIRCHHEIMER, O. y RUSCHE, G.: *Punishment and Social Structure*, Nueva York, Columbia Univ. Press, 1939. Neumann hizo también un planteamiento semejante, sobre todo en su obra *Behemoth* (1942).

El punto de confluencia es aquí especialmente intenso con los planteamientos de Gustav Radbruch, quien denunció la arbitrariedad legal y la ruptura del sistema legal de garantías del Derecho penal democrático. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política*, "Estudio Preliminar", a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, págs. XVII-CIX); ; MONEREO PÉREZ, J.L.: "El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch", Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, especialmente, págs. 127 y sigs., 141 y sigs. ("La función y el papel del jurista en el Estado constitucional"), 161 y sigs. ("La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La "fórmula Radbruch"), y 179 y sigs. ("Justicia y Derecho social en Radbruch: del Derecho individual al Derecho social general. Los fundamentos del "Derecho justo" y "legítimo").

¹⁹⁴En efecto, la interpretación fraenkeliana del nazismo como *Dual State* fue criticada tanto por Neumann como por Kirchheimer, en los años de emigración en los Estados Unidos. Véase NEUMANN, F.: *Behemoth*, Nueva York, Oxford University Press, 1942 (trad. castellana, México, FCE); y KIRCHHEIMER, O.: "The legal Order of National Socialism", en *SPSS*, IX (1941), págs. 456 y sigs. (trad. italiana, "Il sistema legal del nacionalsocialismo", en MARRAMAO, G. (coord.): *Tecnica e politica nella società postliberal*, Napoli,

(*Massnahmenstaat*) en acción, el cual rechaza de plano los presupuestos de la racionalidad formal, y de "Estado normativo" (*Normenstaat*), que se articula funcionalmente con el "Estado normativo" considerado como necesario para el mantenimiento del orden político-social y del propio funcionamiento del sistema económico¹⁹⁵. Pero es que, además, el sistema jurídico del "Doppio Stato" se asentaba en una doctrina jurídica específica -el nacionalsocialismo en la teoría jurídica- que partía del repudio de todo Derecho natural racional, a partir de cuya premisa se articuló una verdadera lucha contra el derecho natural¹⁹⁶. Agréguese que Carl Schmitt había planteado que la soberanía constituía un poder de decidir

Liguori, 1981, págs.193 y sigs. Al respecto, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Estado y democracia en Otto Kirchheimer", extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

¹⁹⁵En este sentido FRAENKEL, E.: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Introdutione di N.Bobbio, Giulio Einaudi editore, Torino, 1983, págs.68 y sigs. En castellano se dispone una traducción tardía de esta excelente obra política y jurídica, FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Trotta, 2022. *El Estado dual (Der Doppelstaat)* es un clásico de la ciencia política y jurídica sobre el ordenamiento político y jurídico del Tercer Reich, pero va más allá porque –como ya se atisba en el subtítulo de esta obra-, constituye una contribución importante a la teoría de la dictadura. La tesis central del libro es la coexistencia de una doble red de poder político en la Alemania nacional-socialista: por una parte, el aparato estatal, calificado por Fraenkel como «Estado de normas» (Edición castellana, *Ibid.*, 137 y sigs.), que, con rigor burocrático, continuaba actuando sobre la base de normas generales; por otra, las estructuras del Partido, omnipresentes y operantes mediante «medidas» circunstanciales, no sujetas a la racionalidad de las normas, ni siquiera a las dictadas por el propio Estado nacional-socialista, y que el autor designa como «Estado de medidas» (*Ibid.*, págs. 63 y sigs.). En el Estado de medidas en acción preside un rechazo de la racionalidad formal y su carácter represivo de los considerados "herejes" (*Ibid.*, 115 y sigs.). Fraenkel es consciente de que se trata, no obstante, de una yuxtaposición inestable, pues, por encima de ambas esferas, la regla última queda al arbitrio de los actores políticos, y, en última instancia, del Führer como cabeza única de Estado y Partido. El Estado dual sirve, en definitiva, para ocultar el carácter contradictorio del régimen hitleriano, que busca incrementar la eficiencia del Estado por vía de la arbitrariedad, al par que intenta conciliar (y velar) el ejercicio arbitrario del poder con el orden capitalista, dentro del marco de estructuras institucionales manejables a discreción.

El Estado dual de Fraenkel es una forma política que metaboliza, sin identificarse con ellas, las formas tradicionales del Estado Leviatán y de Behemoth. Para Fraenkel el Estado nazi era un Estado dual en el que se integraban funcionalmente un "Estado discrecional" y un "Estado normativo". En efecto, según él, por "Estado discrecional" se entiende el sistema de dominio de la arbitrariedad absoluta y de la violencia que no conoce límite en ninguna garantía jurídica; por "Estado normativo" entiende el sistema de gobierno dotado de minuciosas atribuciones de poder que persiguen el mantenimiento del ordenamiento jurídico y se expresan en leyes, sentencias judiciales y actos administrativos del ejecutivo (*Ibid.*, pág.13). Resulta harto significativo que en la Alemania nazi de entreguerras no hay aspecto alguno que no sea susceptible de ser calificado como "político". Persiste siempre la posibilidad, siempre abierta, de tratar cualquier materia como política con sus correspondientes consecuencias. Cfr. FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Trotta, 2022, págs. 129 y sigs.

Hace notar Fraenkel la distinción entre Estado de Derecho y Tercer Reich, indicando que en el Estado de Derecho los tribunales controlan a la administración desde el punto de vista de la legalidad; en el Tercer Reich, la autoridad de policía controla a los tribunales desde el punto de vista de la oportunidad (*Ibid.*, pág.62). Por otra parte, para Fraenkel el Estado totalitario nazi mantuvo una dimensión "normativa" encaminada sobre todo a la protección del sistema económico del capitalismo organizado. Sobre el tema puede consultarse PORTINARO, P.P.: *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982.

¹⁹⁶Nuevamente, y con elaborada argumentación técnico-jurídica y de política del derecho, FRAENKEL, E.: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Introdutione di N. Bobbio, Giulio Einaudi editore, Torino, 1983, Parte primera ("La dottrina giuridica del doppio Stato"), págs.143 y sigs., y Parte tercera ("La realtà giuridica del doppio Stato").

del Estado de excepción¹⁹⁷, lo cual había justificado, en sentido político y jurídico, la instauración del régimen del nazismo.

Como había subrayado Fraenkel –al igual que Kirchheimer y Neumann– en el pensamiento nacionalsocialista el “enemigo” es un elemento constitutivo de su concepción de la política. Lo que caracteriza a la dominación “racional” es el intento de regular los conflictos sociales con ayuda de instituciones políticas y jurídicas. Sin embargo, en el Estado autoritario la dominación adquiere otras formas de expresión y se percibe con nitidez cuando se la contrapone a la definición de Carl Schmitt como relación de amigo-enemigo. En la concepción nacionalsocialista de la política, la lucha por el poder no se contempla como una lucha por derechos subjetivos ni por la realización de ideas objetivas de Derecho. De lo que se trata en esa lucha es de conquistar y detentar el poder, sin títulos jurídicos, sin objetivo jurídico y más allá de cualquier principio jurídico –eso son tan sólo consecuencias del interés principal del poder por el poder mismo-¹⁹⁸. Refleja la tendencia exacerbada hacia la forma de Estado autocrático¹⁹⁹. El capitalismo maduro de la postguerra alemana solo confía en un único medio para la superación de su crisis existencial: la coyuntura armamentista. Necesita un Estado que elimine a sus opositores socialistas, que propague la idea de que hablar de interés particular es lo mismo que hablar de interés común y que le procure los enemigos externos contra los que debe armarse como premisa de su autopreservación: “El capitalismo alemán actual precisa del Estado en un doble aspecto: a) frente a sus enemigos, para la preservación de su existencia; y b) en el papel de garante de un ordenamiento jurídico, presupuesto de unas previsiones precisas sin las que una empresa capitalista no puede vivir. Lo que el capitalismo alemán precisa *no es un Estado único, sino un Estado dual, con arbitrariedad en lo político y “ratio”, racionalidad, en lo económico*”²⁰⁰. Hace notar en este sentido que “con la constatación de esta coexistencia de racionalidad e irracionalidad característica del Estado dual –el núcleo racional del envoltorio irracional–” se concluye la

¹⁹⁷Véase SCHMITT, C.: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1922. Con contundencia pudo afirmar Schmitt que “Al Estado, en su condición de unidad esencialmente política, le es atribución inherente el ius belli, esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por propia decisión quién es el enemigo y combatirlo... Esta necesidad de pacificación dentro del Estado tiene como consecuencia, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al “enemigo interior””. Cfr. SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), Madrid, Alianza, 1991, págs.74-75. Véase también SCHMITT, C.: *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1999, espec., cap.6. En esta obra se estudia la problemática del estado de excepción en el Derecho, atendiendo a la dinámica de un desarrollo que ha convertido las emergencias y crisis en elementos integradores o desintegradores de una anómala situación intermedia entre guerra y paz (“Advertencia Preliminar a la cuarta edición de 1978” hecha por el mismo Carl Schmitt, *Ibid.*, pág.11). Sobre la crisis de la democracia liberal en la República de Weimar, véase LEIBHOLZ, G.: *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), a cargo de F. Lanchester, Milano, 1996, *passim*.

¹⁹⁸ FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Trotta, 2022, págs. 282 y sigs.

¹⁹⁹ Véase Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, revisión, edición y estudio preliminar, “La democracia en el pensamiento de Kelsen” (pp. XI-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 127 y sigs. (“Teorías democráticas y autocráticas del Estado”).

²⁰⁰ FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Trotta, 2022, pág. 287.

nueva forma Estado. Ernst Fraenkel parte de la distinción de Karl Mannheim, relevante en este contexto, entre racionalidad substantiva y racionalidad funcional (realizada en su libro “El hombre y la sociedad en época de crisis”, 1935)²⁰¹. El Estado dual se caracteriza por la coexistencia de acciones arbitrarias y acciones legales (lo que equivale a Derecho justo); coexisten normas jurídicas ordenadoras y estado de excepción con el primado de la decisión política, pero amparada en una legislación de excepción. Entiende que el ordenamiento jurídico del Tercer Reich acusa una amplia racionalidad funcional en lo que concierne a la capacidad de fijar los métodos capitalistas de producción e intercambio. Ahora bien, la economía tardocapitalista no es sustancialmente racional. Y precisamente por eso se apunta a la política, pero a una política en la que preside la irracionalidad en lo que concierne a los objetivos. Cabe así interrogarse por la clase de tensión que se opera entre una racionalidad sustancial originaria de gobierno del sistema capitalista, ahora permanente, y una racionalidad *funcional* cada vez mayor, en fase expansiva. Apunta a que Carl Schmitt había descrito la incongruencia que anida en los dos tipos de racionalidad. Schmitt finalmente buscaría refugio en la teoría soleriana del mito, respecto de la cual Rainer Heyne certeramente señaló que, por irracional, era irrefutable y estaba sustraída por completo al ataque de una crítica racional. El mito es así el refugio en el que buscaba refugio el capitalismo alemán. El mito no es sólo la biblia nacionalsocialista; es también uno de los medios de establecimiento y preservación de un Estado que se pone en guardia a la crítica racional a base de negar la racionalidad sustancial. Pensadores como Otto Kirchheimer y Franz Neumann valoraban el *logos* por encima del *mythos*, como expresión de una defensa de la racionalidad frente a la irracionalidad. Para esa racionalidad mítica solo es verdadero lo que es eficaz, aquello que ayuda a los individuos y a sus comunidades en su lucha por la vida y lo que los mantiene en pie. El capitalismo alemán en la época nazi, que acaba así por reconocer la irracionalidad de su existencia, abandona cualquier pretensión de racionalidad sustancial. La tensión existente entre la progresiva desaparición de la racionalidad sustancial, por una parte, y el alto grado de desarrollo de una racionalidad funcional, por la otra, se agudiza por el fortalecimiento consciente de ambos procesos. Para aumentar la *racionalidad técnica* se potencia la irracionalidad de los fines, y para lograr los irracionales fines lo que se hace es impulsar la racionalidad técnica. Movidos por la industria armamentista, se infla el rearme; por mor del rearme, florece la industria armamentista. Puestos frente a la opción entre una racionalidad y una irracionalidad sustanciales, las fuerzas operantes en el capitalismo alemán se han decidido por lo segundo. Está dispuesto adaptarse a cualquier irracionalidad sustancial con tal que se mantengan los presupuestos

²⁰¹ MANNHEIM, K.: *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, con la excelente traducción de Eloy Terrón, revisión, edición y estudio preliminar, “La sociología del conocimiento como sociología crítica: Karl Mannheim” (pp. XI-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024; MANNHEIM, K.: *Ensayos de sociología de la cultura*, trad. Manuel Sales, revisión, edición y estudio preliminar, “Sociología política y sociología de la cultura en el pensamiento de Karl Mannheim” (pp. IX-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024. Sobre su pensamiento, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis*, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2024.

básicos de su orden técnico-racional. El capitalismo alemán ha dado la preferencia a una ideología irracional que mantiene las actuales condiciones de la racionalidad técnica, pero destruye simultáneamente todas las formas de racionalidad sustancial. En la medida en que una ideología irracional sustancial como esta sirve al capitalismo, este se muestra dispuesto a aceptar los objetivos programáticos de la ideología. La simbiosis entre capitalismo y nacionalsocialismo encuentra en el Estado dual su plasmación institucional. El Estado dual es la forma política de manifestación de un período rico en tensiones. Afirma Ernst Fraenkel, finalmente, que de nosotros depende, en definitiva, cómo se hayan de resolver esas tensiones²⁰². Y ello es así por la racionalidad técnica en el fondo está subordinada a la racionalidad política, tanto en el plano de la ciencia política como el plano de la política del Derecho (la cual preside también a la ciencia jurídica, formando parte de ella junto con la racionalidad técnico-jurídica que la instrumenta y materializa a través de categorías jurídicas).

En cualquier caso, no se olvide que una de las tesis centrales de Franz Neumann era precisamente la contraria: el régimen autoritario nacionalsocialista no puede ser considerado un Estado en sentido moderno²⁰³. La misma orientación de Otto Kirchheimer –más matizada- venía a negar que el nacionalsocialismo tuviese la forma típica de un Estado moderno autoritario²⁰⁴. Franz Neumann se interroga sobre si ¿Es Alemania un Estado? ¿Es su sistema político un Estado? A esta interrogante responde: “si lo que caracteriza al Estado es el imperio del Derecho, nuestra respuesta a esta pregunta será negativa, pues negamos que en Alemania existe el Derecho. Se puede argüir que el Estado y el Derecho no son idénticos y que puede haber estados sin Derecho. Sin embargo, el concepto de Estado, tal como surgió en Italia, se define como una maquinaria que funciona de un modo racional y que dispone del monopolio del poder coercitivo. Un Estado se caracteriza ideológicamente por la unidad de poder político que maneja”. Neumann duda “que en Alemania exista un Estado siquiera en ese sentido restrictivo. Se ha dicho que el nacionalsocialismo sea un Estado dual [Ernst Fraenkel], es decir, de hecho, un Estado dentro del cual actúan dos sistemas, el uno regido por el Derecho normativo, el otro por medidas individuales; racional el uno y regido el otro por la prerrogativa [en cuanto que sirve para describir el conjunto de facultades del ejecutivo que no derivan de una ley aprobada por el Parlamento]”. Neumann

²⁰² FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñoz, Madrid, Trotta, 2022, págs. 288-290. Reflexiona Neumann: “Pero si la estructura nacionalsocialista no es un Estado ¿qué es? Me arriesgo a sugerir que estamos ante una forma de sociedad en la que los grupos gobernantes controlan al resto de la población de una manera directa, sin que medie ese aparato racional, aunque coercitivo que hasta ahora se conoce con el nombre de Estado. Esa nueva forma social no se ha alcanzado aún del todo, pero existen las tendencias que definen la esencia misma del régimen” (*Ibid.*, pág. 518).

²⁰³ NEUMANN, F.: *Behemoth: the Structure and Practice of National Socialism*, 2.^a ed., ampliada, Nueva York-Londres-Toronto, Oxford University Press, 1944; trad. NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983; NEUMANN, F.: *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt, Surkhamp, 1980.

²⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

no comparte esta opinión porque creemos que en Alemania no existe ningún dominio del Derecho, aunque haya miles de normas técnicas que sean calculables. Creemos que cuando los monopolistas tratan con los no-monopolistas, lo hacen basándose en medidas individuales y en sus relaciones con el Estado y los competidores, en compromisos que están determinados por la conveniencia y no por el Derecho. Además, es dudoso que el nacionalsocialismo posea una maquinaria coercitiva unitaria, a menos de que aceptemos la teoría del liderazgo como una doctrina auténtica. El partido es independiente del Estado en asuntos relativos a la policía y la juventud, pero en todo lo demás el Estado está por encima del partido. El ejército es soberano en muchos campos; la burocracia no está controlada; la industria ha logrado conquistar muchas posiciones”. En el régimen nacionalsocialista no es necesario un Derecho universal ni una burocracia que actúe racionalmente para que haya integración. No es preciso que los compromisos entre los organismos autoritarios del régimen político autoritario se expresen en un documento legal ni han de estar institucionalizados. Es suficiente con que el liderazgo de los sectores dominantes se ponga de acuerdo privadamente sobre determinada política. Los organismos totalitarios la aplicarán entonces valiéndose de la maquinaria de que disponen. No hace falta que haya un Estado que se encuentre por encima de todos los grupos. El Estado puede hasta ser un estorbo para los compromisos y para la dominación sobre la clase gobernada. En consecuencia, considera que es imposible descubrir dentro del margen del sistema político nacionalsocialista ningún órgano que monopolice el poder político. Neumann tendría oportunidad de reflexionar sobre la teoría de la Dictadura en su época de madurez intelectual. Define a la dictadura como el gobierno de una persona o de un grupo de personas que se arrojan el poder dentro del Estado y lo monopolizan, ejerciéndolo sin restricciones. Aclara que esta definición contempla únicamente la dictadura en el Estado y no en otra organización social. En particular la “dictadura totalitaria” –que no se ha de confundir con el cesarismo. El totalitarismo –el Estado totalitario- constituye un problema específico. La dictadura totalitaria moderna presenta cinco factores esenciales: el primero es la transición de un Estado basado en la autoridad del Derecho a un Estado policial. El segundo factor, es la transición de la difusión del poder en los Estados liberales a su concentración en el régimen totalitario. El tercer elemento, central, es la existencia de un partido estatal monopolizador. Precisamente el papel del partido monopolizador entraña el cuarto elemento de la dictadura totalitaria, consistente en la transición de los controles sociales pluralistas a los totalitarios. La sociedad deja de distinguirse del Estado; se ve totalmente penetrada por el poder político. El control de la sociedad, ahora tan importante como el control del Estado, se logra a través de un conjunto de técnicas de dominación. El último factor del totalitarismo es la confianza en el terror, es decir, en el uso de la violencia no calculable, como amenaza permanente contra el individuo. Debe tenerse cuidado, no obstante, de no definir una dictadura totalitaria simplemente como el dominio de la violencia. Es cierto que sin ella no podrían sobrevivir tales regímenes. Pero tampoco podrían durar mucho tiempo sin una considerable identificación del pueblo oprimido con sus gobernantes. En este tipo de dictadura se puede afirmar que la dictadura es la negación misma de la democracia y en este caso constituye un sistema totalmente represivo. En cualquier caso, toda dictadura tiende a convertirse en una

dictadura totalitaria y a entrañar la negación de la democracia. En la dictadura intervienen procesos psicológicos. El elemento autoritario facilita el surgimiento de una dictadura. Pero el aspecto cooperativo obliga a la dictadura a hallar alguna manera de reemplazar la solidaridad basada en un interés racional por alguna otra identificación que, en lugar de socavar la dictadura, la fortalezca. Mussolini ensayó el corporativismo; Hitler, la doctrina de la comunidad racial; Stalin, la del Estado socialista sin clases. Pero, en grados diversos, todas estas identificaciones fueron una farsa. La circunstancia de que a pesar de todo triunfaron a su manera nos lleva a nuestro último problema: los procesos psicológicos vinculados con la dictadura. El problema básico es el de la angustia y el miedo y su función en la vida política. Este aspecto psicológico puede utilizarse para entender la aparición de movimientos totalitarios y el funcionamiento del “Estado totalitario”²⁰⁵. Otto Kirchheimer también criticaría la teoría del Estado dual de Ernst Fraenkel, entendiéndolo que no se correspondía con la realidad política y jurídica del Estado nazi como Estado totalitario²⁰⁶.

Sin embargo, cabe señalar críticamente que este análisis es harto discutible si se analizan las aportaciones sobre el Estado autoritario y el fascismo ya en su época, como el lúcido análisis de Hermann Heller y con algunas salvedades el de Ernst Fraenkel. Sin embargo, estudios de referencia como el de Hannah Arendt, sobre *Los orígenes del totalitarismo* y otros muchos estudios posteriores, dudan de la existencia de una forma Estado aplicada al régimen nazi. Pero un análisis más detenido refleja que Hannah Arendt acaba admitiendo la forma “Estado totalitario”, aunque sea como la fachada exterior del totalitarismo, para representar al país en el mundo no totalitario. Como tal, el Estado totalitario es el heredero lógico del movimiento totalitario, del que obtiene su estructura organizativa²⁰⁷. Según Arendt “no son solamente más drásticos los medios de dominación total, sino que el totalitarismo difiere esencialmente de otras formas de opresión política que nos son conocidas, como el

²⁰⁵ NEUMANN, F.: “Notas sobre la Teoría de la Dictadura”, en NEUMANN, F.: *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría política y legal (1957)*, Herbert Marcuse (Compilador y prefacio), Buenos Aires, Paidós, 1968, Capítulo IX, págs. 218-238. Franz Neumann falleció sin haber podido completar la versión definitiva de este artículo. El manuscrito fue corregido por Julian Franklin, de la Universidad de Columbia, pero no se introdujeron cambios sustanciales ni se llenaron las lagunas que aún subsisten.

²⁰⁶ KIRCHHEIMER, O.: “Ernst Fraenkel: *The Dual State*” (1941), en KIRCHHEIMER, O.: *Gesammelte Schriften. Band 2: Faschismus, Demokratie und Kapitalismus*, edición de H. Buchstein y H. Hochstein, Baden-Baden, Nomos, 2018, pág. 301.

²⁰⁷ ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo* (1948), 2 Vols., trad. G. Solana, Barcelona Planeta-De Agostini, 1994, especialmente, Vol. II, págs. 483 y sigs. (“El llamado Estado totalitario”), con velada crítica a Ernst Fraenkel, y proximidad con los análisis de Franz Neumann. Pero paradójicamente hace referencia a “la carencia de estructura del “Estado totalitario”, su desdén por los intereses materiales, su emancipación del incentivo del beneficio y, en general, sus actitudes no utilitarias, ha contribuido más que cualquier otra cosa a tornar casi imprevisible la política contemporánea. La incapacidad del mundo totalitario para comprender a una mentalidad que funciona independientemente de toda acción calculable en términos de hombres y de material y es completamente indiferente al interés nacional y al bienestar de su pueblo, muestra en sí misma un curioso dilema de criterio: aquellos que certeramente comprendían la terrible eficacia de la organización y de la Policía totalitarias sobreestimarán probablemente la fuerza material de los países totalitarios, mientras que también es probable que quienes comprenden la despilfarradora incompetencia de las economías totalitarias subestimarán el poder potencial que puede crearse con el desprecio de todos los factores materiales (*Ibid.*, págs. 511-512).

despotismo, la tiranía y la dictadura. Allí donde se alzó el poder desarrolló instituciones políticas enteramente nuevas y destruyó todas las tradiciones sociales, legales y políticas del país. ..., el Gobierno totalitario siempre transformó a las clases en masas, suplantó el sistema de partidos no por la dictadura de un partido, sino por un movimiento de masas, desplazó el centro del poder del Ejército a la Policía y estableció una política exterior abiertamente encaminada a la dominación mundial. Los Gobiernos totalitarios conocidos se han desarrollado a partir de un sistema unipartidista”²⁰⁸.

Con la destrucción de la democracia de Weimar se extendió la sombra del Estado Leviatán sobre los hombros de la crisis del régimen liberal²⁰⁹. De forma dramática fue "resuelta" (o, mejor, consumada) la disociación existente entre realidad constitucional y constitución formal. Los poderes decisivos unilaterales del presidente fueron reforzados e incrementados, en detrimento de las facultades del Parlamento. Aspectos fundamentales de la política económica y social fueron "delegados" de modo irregular en el presidente. Los poderes públicos habían sido controlados eficazmente por las organizaciones privadas, a modo de un corporativismo dominador de la dirección de las políticas públicas, de manera que la política estatal quedaba en cierto modo usurpada por las organizaciones privadas en situación de competencia oligopólica²¹⁰. Lejos del optimismo de las teorías pluralistas de entreguerras²¹¹, el pluralismo se recondujo al fortalecimiento de los poderes decisivos del

²⁰⁸ ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo* (1948), 2 Vols., trad. G. Solana, Barcelona Planeta-Agostini, 1994, especialmente, Vol. II, págs. 559 y sigs. (“Ideología y terror de una nueva forma de Gobierno”). Arendt que “queda el hecho de que la crisis de nuestro tiempo y su experiencia central han producido una forma enteramente nueva de gobierno que, como potencialidad hay como peligro siempre presente, es muy probable que permanezca con nosotros a partir de ahora, de la misma manera que las demás formas de gobierno que surgieron en diferentes momentos históricos y basadas en experiencias con la Humanidad al margen de sus derrotas temporales –monarquías, repúblicas, tiranías, dictaduras y despotismo”. No obstante, “también permanece la verdad de que cada final en la Historia contiene necesariamente un nuevo comienzo: este comienzo es la promesa, el único “mensaje” que le es dado producir, es la suprema capacidad del hombre; políticamente, se identifica con la libertad del hombre. *Initium ut esset homo creatus est* (“para que un comienzo se hiciera fue creado el hombre”), dice Agustín. Este comienzo es garantizado por cada nuevo nacimiento; este comienzo es, desde luego, cada hombre” (*Ibid.* págs. 579-580).

²⁰⁹ NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo* (1942), México-Madrid, FCE, 1983, *passim*; ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo* (1948), 2 vols., Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

²¹⁰ En este sentido KIRCHHEIMER, O.: “Changes in the Structure of Political Compromise” and “In Search of Sovereignty”, en *Politics, Law and Social Change*, Nueva York, Columbia University Press, 1969.

²¹¹ Señaladamente la importante aportación de LASKI, H.: *El problema de la soberanía* (1917), Buenos Aires, Dédalo, 1960, págs. 11 a 27. Para Laski la sociedad del capitalismo avanzado es una sociedad fragmentada en la que existe una multiplicidad de clases y grupos sociales organizados. Estos grupos organizados tiene, según él, un carácter originario, de manera que el Estado es una unidad social de organización superior que detenta una soberanía estatal, pero los grupos tienen poderes autónomos para defender sus propios intereses. Para Laski el interés general es el resultado de la confluencia contradictoria de los intereses parciales. Autores de formación más estatista como Franz Neumann adujeron críticamente que esta concepción debilitaba al Estado y hacía prevalecer el poder de los grupos más fuertes sobre los más débiles. Véase NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág. 27. Sin embargo, no se puede simplificar la posición de Laski, ya que él era perfectamente consciente de la fragmentación de la sociedad y buscaba, como Gurvitch, al Estado como instancia política decisoria última de los conflictos sociales. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estudio preliminar” a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, donde se destaca este aspecto y la originalidad de la aportación al pluralismo de George Gurvitch. Basta reparar en su importante obra *L'idée du droit social*, París, 1932. Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social*.

Estado. Esa voluntad de dominio de las asociaciones privadas de la formación de las políticas públicas supone la existencia generalizada de procesos corporativistas de negociación compromisorio que tendían a eludir los procesos públicos de decisión propios del principio democrático (de mayorías parlamentarias) y acababan por convertir al debate parlamentario en un proceso de legitimación democrática "ex posterior" de decisiones propiamente políticas realizadas al margen del parlamento. Es significativo, al respecto, el progresivo desplazamiento del poder de autonormación social de los grupos sociolaborales (autonomía colectiva negocial) por procedimientos arbitrales públicos (heterorregulación impuesta), invirtiendo las previsiones constitucionales ya que se *normalizó* ese procedimiento cuando su función debería ser meramente subsidiaria y excepcional ante el fracaso de la negociación colectiva y la existencia de una situación crítica producida por la conflictividad²¹². Con este procedimiento heterónomo no había inconveniente en atribuir amplias competencias a la negociación colectiva en materia laboral. La instauración definitiva del régimen totalitario de Hitler no tenía nada más que impedir el mismo derecho de autorreglamentación de los grupos sociales.

Por otra parte, el régimen del Tercer Reich suprimió el sistema de acuerdos que había sido el pilar de la Constitución de Weimar y la integración política a través de esquemas de racionalización formal y procedimental o reflexiva fue progresivamente desplazada o sustituida por una racionalización *material de tipo vertical y unilateralizante* respecto al modo de legislar y de juridificar las relaciones sociales de poder. Es la *racionalidad propia y absorbente del "Estado total"*, cuyas bases teóricas habían sido elaboradas por Carl Schmitt y en la cual Hermann Heller encuentra una originaria procedencia del fascismo italiano²¹³. Se limitó, y después se prohibió, la sindicación libre, el Estado trató de absorber

Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas.

²¹²Véase HENTSCHEL, V.: "Zur Wirtschaftspolitik der Regierungen Brüning und Papen", en MÜLLER, C. y STAFF, I. (coord.): *Der Soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, págs.317-318.

²¹³Véase la crucial aportación de HELLER, H.: "Autoritärer Liberalismus? (1932)", en *Gesammelte Schriften*, al cuidado de Ch.Müller, vol.2, Mohr, Tübingen, 1992, pág.648.; HELLER, H.: "La ciencia política" (1933-34), en *El sentido de la política y otros ensayos*, cit., pág.122. Su actitud fue nítida respecto al rechazo de esa concepción totalitaria, afirmando su lucha contra el Estado total. Pero sin renunciar a una transformación más profunda: "Para nosotros puede tratarse únicamente de someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista, pero no eliminar el Estado de derecho en general". Cfr. HELLER, H.: "Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana", en la obra antecitada, pág.73. Sobre la teoría de legitimación y el orden legal en Heller, véase DYZENHAUS, D.: *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997, espec., págs.161 y sigs. La posición de Heller sobre el fascismo es inusitadamente lúcida para su época (quizás tan sólo comparable a la realizada por Antonio Gramsci u Otto Bauer). Véase HELLER, H.: *Europa y el Fascismo*, trad. F.J. Conde, revisión, edición y Estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Para un estudio sobre el pensamiento de Heller, su "decisionismo moderado" y una crítica lúcida del fascismo en Heller, consúltase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009; BAUER, O.: *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-*

el fenómeno sindical²¹⁴, y la idea pluralista de identidad colectiva del trabajo fue sustituida por la idea de "comunidad laboral" integrada por la pretendida asociación entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas²¹⁵, que era uno de los fundamentos económicos del "*Doble Estado*" autoritario. La subordinación absoluta al "jefe" de empresa se legitimó mediante la fórmula de la comunidad de empresa, conforme a ella el trabajo y el capital están llamados a contribuir conjuntamente a los objetivos comunes de la organización empresarial de pertenencia. La conexión entre esa "comunidad laboral" participativa de un interés común respecto a la producción se vinculaba inextricablemente con el interés de la economía general. Ello autorizó una heterorreglamentación autoritaria y *sustitutiva respecto del espacio antes ocupado por la autonomía colectiva negocial*. La reglamentación heterónoma de las condiciones de trabajo era perfectamente coherente con la "constitución autoritaria del trabajo" como pieza inserta en el sistema de gobierno autoritario de la economía por parte del Estado total. El sistema de convenios colectivos fue yugulado. Para Kirchheimer y Neumann el régimen totalitario había sustituido la constitución liberal del trabajo asentada en el esquema contractual por una constitución autoritaria del trabajo basada en la intervención heterónoma del poder estatal orientado a hacer prevalecer la posición empresarial. De este modo el aparato estatal se ponía directamente al servicio de los intereses de los grupos de influencia en el poder, relegando al Derecho a un elemento puramente instrumental, "reflejo" de la variable posición de los grupos poderosos contingentemente aliados, sin las garantías, pues, de los mecanismos de racionalidad formal²¹⁶. El

falsa racionalización, traducción del alemán por Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, «La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca» (pp. IX-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

²¹⁴Neumann se ocupará de la forma del "Estado total" autoritario (dictadura fascista) y la destrucción de los sindicatos como organizaciones libres de articulación de las identidades colectivas de los trabajadores. Véase NEUMANN, F.: "Sindicalismo, democrazia, dittatura (1934)", en NEUMANN, F.L.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, "Introduzione all'edizione italiana" de G.Vardaro, Bologna, Il Mulino, 1983, págs.287 y sigs., en particular págs.324 y sigs., con referencia al "Estado total y la destrucción de los sindicatos (recogido también en *GDLRI*, núm.14, 1982, págs.193 y sigs.) También el ensayo incluido en dicho libro "La mobilitazione del lavoro nell'ordinamento sociale del nazionalsocialismo" (1942), págs.357 y sigs.

²¹⁵Véase FRAENKEL, E.: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Introduzione di N.Bobbio, Giulio Einaudi editore, Torino, 1983, págs.235 y sigs. También KÜHNEL, R.: *La República de Weimar. Establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1991, pág.304.

²¹⁶Por otra parte, interesa anotar que una característica definitoria del sistema corporativista fue que resultó borrada la distinción entre poder político y poder económico. En este sentido la posición de fuerza en el mercado, y sobre todo el potencial paralizador de una economía industrial, fue el soporte de la influencia política. La consecuencia fue que la negociación económica se hizo demasiado importante como para ser abandonada al mercado privado, y las instancias estatales decidieron intervenir como "activos mediadores". En coherencia, las cuestiones sociolaborales se convirtieron en los bancos de prueba decisivos de la estabilidad política buscada a cualquier precio. Los movimientos sindicales, que representaban el instrumento de la socialdemocracia en el mercado de trabajo, fueron severamente combatidos. Al mismo tiempo, se redefinió el sentido del ordenamiento jurídico de los mercados laborales: se limitó la representación en las empresas y se recortaron estrictamente los derechos sociales reconocidos en la Constitución de Weimar. Véase MAIER, CH.S.: *La refundación de la Europa burguesa*, Madrid, MTSS, 1988, págs. 708 y sigs. Aun así, puede ser un tanto excesiva la conclusión a la que llegara Neumann cuando afirmaba que «...me atrevo a sugerir que nos encontramos ante una forma de sociedad cuyos grupos dominantes controlan al resto de la población directamente, sin la mediación de ese aparato racional [estatal], aunque coercitivo, conocido hasta hoy como Estado». Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág. 470. Mantiene un criterio análogo BROSZAT, M.: *L'Etat hitlérien: L'origine et l'évolution des structures du Troisième Reich*, París, Fayard, 1985.

nacionalsocialismo tenía su propia constitución económica y social sin alterar el modo de producción del capitalismo.

Las leyes del período nacionalsocialista, y específicamente la de 7 de abril de 1933, Ley para la reconstrucción del funcionariado, permitieron la depuración de los sectores disidentes, con la expulsión de la Universidad de todos los autores socialistas, y en general de adscripción demócrata (Heller, Sinzheimer²¹⁷, Mannheim²¹⁸, Horkheimer²¹⁹, etc.). Las actividades del "*Institut für Sozialforschung de Frankfurt*" fueron perseguidas. Horkheimer, con previsión, trasladó la sede del Instituto en el año 1933²²⁰. La relación de Kirchheimer con el Instituto comenzó en el año 1934 con la filial del Instituto en París²²¹, manteniendo una posición crítica respecto a la dirección de pensamiento dominante en el Instituto²²². En el año 1937 se le propuso continuar sus investigaciones en la sede del Instituto en Nueva York, en calidad de especialista en teoría constitucional y Derecho Penal, con el patrocinio de la Universidad de Columbia. Es allí donde Kirchheimer y Neumann pasarían a formar parte de la llamada "Escuela de Frankfurt".

En la postguerra, Kirchheimer transita desde su posición radical en el ala izquierda alemana hacia un decidido compromiso con la democracia parlamentaria desde una perspectiva iussocialista-liberal crítica, pero también desde un cierto desencanto respecto de la trágica experiencia vivida y los silencios políticos "complacientes" de la postguerra. Sin embargo, tanto él como Neumann guardaban inicialmente la esperanza de una reforma social pacífica del capitalismo con el restablecimiento de la democracia pluralista²²³. Y en este punto cabe

Desgraciadamente el dominio irracional puede instalarse en un Estado moderno «autoritario», sin dejar por ello de ser Estado del capitalismo. Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág.470. Mantiene un criterio análogo BROSZAT, M.: *L'Etat hitlérien: L'origine et l'évolution des structures du Troisième Reich*, París, Fayard, 1985. Desgraciadamente el dominio irracional puede instalarse en un Estado moderno "autoritario", sin dejar por ello de ser Estado del capitalismo.

²¹⁷Sobre Sinzheimer, véase FRAENKEL, E.: *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, al cuidado de F.Esche y F.Grube, Hamburg, Hoffmann und Campe, 1973, págs.131 a 142.

²¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis*, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2024.

²¹⁹HORKHEIMER, M.: *Crítica de la razón instrumental*, Presentación de J.J. Sánchez, trad. J. Muñoz, 2ª ed., 2010.

²²⁰Sobre el exilio puede consultarse PROSS, H.: *Die deutsche akademische Emigration nach den Vereinigten Staaten (1933-1941)*, Berlín, Duncker & Humblot, 1955.

²²¹Ver JAY, M.: *La imaginación dialéctica. Una historia de Escuela de Frankfurt y El Instituto de Investigación Social (1923-1950)*", Madrid, Taurus, 1974.

²²²Bajo los auspicios del Institut, Otto Kirchheimer publicaría con Georges Rusche un libro sobre el delito. Véase JAY, M.: *La imaginación dialéctica. Una historia de Escuela de Frankfurt y El Instituto de Investigación Social (1923-1950)*, Madrid, Ed. Taurus, 1974, pág.76.

²²³Significativa, al respecto, es la opinión en esa dirección de pensamiento de NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (1942), México-Madrid, FCE, 1983. Hay que tener en cuenta que tras el abandono del Institut, Franz Neumann y Otto Kirchheimer afirmaron la primacía de la política en el siglo veinte, superando su fase anterior de una cierta subestimación de la esfera política que había sido un rasgo notorio de todo el pensamiento del siglo XIX, desde Marx a los economistas clásicos. Cfr. KIRCHHEIMER, O.: "Confining Conditions and Revolutionary Breakthroughs", en *Politics, Law and Social Change: Selected*

señalar que la Constitución de Weimar era una constitución normativa pensada para formar y conformar el orden político y jurídico en una sociedad democrática y pluralista. No se trataba de un *Constitución “retórica”*, ni menos aún nada parecido a una *“Constitución simbólica”*²²⁴. La Constitución de Weimar tenía todas las potencialidades para ser una

Essays of Otto Kirchheimer, ed. por Frederic S. Burin y Kurt L. Shell, Nueva York y Londres, 1969; KIRCHHEIMER, O.: “Changes in the Structure of Political Compromise” (1941), en *Politics, Law, and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*, edición de F.S. Burin y K.L. Schell, New York, Columbia University Press, 1969; NEUMANN, F.: “Economics and Politics in the Twentieth Century”, en *The Democratic and the Authoritarian State*, ed. por Herbert Marcuse, Nueva York, 1957. Noticia histórica al respecto en JAY, M.: *La imaginación dialéctica. Una historia de Escuela de Frankfurt y El Instituto de Investigación Social (1923-1950)*, Madrid, Taurus, 1974, págs. 201 y sigs. Observa Jay que El Institut comenzó a investigar el *específico* componente político en la economía política sólo a finales de la década de 1930, cuando Pollock desarrolló una noción de “capitalismo de Estado” que realizaba el rol del control gubernamental (en la economía) (*Ibid.*, pág. 201). Véase POLLOCK, F.: *Die planwirtschaftliche Versuche in der Sowjetunion*, Leipzig, Hirschfeld, 1929. Hay que tener en cuenta que tanto Neumann como Kirchheimer eran conscientes de las transformaciones del Estado desde la forma política del Estado de Derecho “liberal” a la forma política emergente de un Estado intervencionista en el contexto de un capitalismo monopolista. La misma Constitución de la República de Weimar diseña una forma de Estado que está llamado a intervenir en materia económica y social: el Estado Social de Derecho es típicamente intervencionista por mandato constitucional. Sin embargo, la deriva hacia el “capitalismo de Estado” es diferente, pues remite a una forma estatal que tendería a propiciar las condiciones de expansión del nuevo capitalismo monopolista. Franz Neumann había percibido que el mismo régimen totalitario nazi presentaba ciertos rasgos que se acercaban al nuevo paradigma de Estado. Pero tanto Neumann como Kirchheimer también observaban que se trataba de una tendencia más general respecto al creciente rol hacia un *capitalismo organizado y planificado*, frente al capitalismo de libre competencia. Friedrich Pollock había desarrollado, como se acaba de indicar, una teoría sobre el “capitalismo de Estado”, que luego trataría de proyectar en la postguerra mundial manteniendo que la política se autonomizaba de la economía precisamente para organizar las condiciones de su buen funcionamiento. Lo cual comporta el fortalecimiento del factor de tecnificación de la política. La política de la postguerra se tecnificaría a la par que refuerza su carácter compromisorio. Cfr. POLLOCK, F. (1941): “State Capitalism”, *Studies in Philosophy and Social Science*, IX (2), 200-25. Igualmente, POLLOCK, F.: “State capitalism: its possibilities and limitations,” en ARATO A. y GEBHARDT, E. (comp.): *The essential Frankfurt School reader*, Oxford, Basil Blackwell, 1978. Friedrich Pollock se ocupó también de las consecuencias económicas, políticas, sociales y laborales del proceso de automatización. Y lo hizo con gran lucidez. Piensa que la automatización es un proceso complejo, multiforme, con aspectos positivos y aspectos negativos al mismo tiempo. Cfr. POLLOCK, F.: *Automation. Materialien zur Beurteilung der ökonomischen und sozialen Folgen*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1956 y 1964, Parte Primera (se ocupa de los aspectos técnicos y sociológicos de la automatización), Parte Segunda (se ocupa de los efectos económicos de la automatización) y la Parte Tercera (se centra en los efectos sociales y laborales de la automatización). Con ello, Pollock traza un análisis de la estructura de una sociedad organizada y de economía de mercado, bajo el predominio del sistema de producción automatizada, proponiendo alternativas para hacer frente a este proceso (papel de los sindicatos; lucha contra la desocupación tecnológica; problemas de instrucción y del tiempo liberado; y de las perspectivas sociales y laborales de la automatización en las sociedades de capitalismo avanzado. No existe traducción al castellano de esta importante obra, pero sí una versión italiana, POLLOCK, F.: *Automazione. Conseguenze economiche e sociali*, Torino, Giulio Einaudi, 1956 y 1970.

La tradición del Institut era inequívocamente socialista, creían que el socialismo podía resolver el conflicto entre racionalidad sustantiva y racionalidad formal. Aquí existía una diferencia con Max Weber, según el cual el socialismo ajustaría los tornillos de la “jaula de hierro” de la racionalización. Ellos apostaban por la instauración de un socialismo democrático a partir del perfeccionamiento de la democracia constitucional.

²²⁴ Una clarificadora exposición sobre la delimitación del concepto de “constitución simbólica” –en gran medida complejo, por no decir “difuso” en la teoría y en la práctica–, puede hallarse en NEVES, M.: *La constitucionalización simbólica*, trad. R. Cavani, Lima, Palestra, 2015, Capítulo I, págs. 29 y sigs., Capítulo II, págs. 81 y sigs., y Capítulo III, págs. 157 y sigs. Como hace notar en la “Introducción” Marcelo Neves, de lo que se trata es de abordar el significado social y político de los textos constitucionales, precisamente en la relación inversa de su concretización normativo-jurídica. En otras palabras, la cuestión se refiere a la

Constitución normativa apta para ser aplicada tal y como fue promulgada con esa fuerza jurídico-normativa, a pesar de que se intentó por fuerzas contrarias al régimen democrático –con cierto éxito desgraciadamente– desnaturalizar su significado jurídico y político a través del discurso político de carácter ilegítimador. Ahora bien: incluso una Constitución típicamente normativa no es suficiente para garantizar su efectividad real, porque lo establecido en la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico requiere del desarrollo leal de sus mandatos y previsiones por parte del legislador, pero también de la lealtad constitucional de los órganos jurisdiccionales y, desde luego, en no menor medida de que las organizaciones políticas, económicas y las instituciones sociales hagan posible la materialización y concreción normativa de las previsiones constitucionales. Las Constituciones no hacen una transformación social por sí solas, necesitan que los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) y las organizaciones e instituciones privadas se atenga a la lealtad que impone la legitimidad de una Constitución que el pueblo se ha dado a sí mismo. Karl Loewenstein estableció una clasificación “ontológica” de las constituciones distinguiendo entre “constitución normativa”, “constitución nominal” y “constitución semántica” o instrumentalista (porque supone una instrumentalización unilateral del texto constitucional y su desarrollo al servicio del régimen político de que se trate²²⁵). La

discrepancia entre función hipertróficamente simbólica y la insuficiente concretización jurídica de los cuerpos constitucionales”. Es así, que “el problema no se reduce, por tanto, a la discusión tradicional sobre la ineficacia de las normas constitucionales. Por un lado, se presupone la distinción entre texto y norma constitucionales; por otro, se procura analizar los efectos sociales de la legislación constitucional normativamente ineficaz. En este contexto, se discute la función simbólica de textos constitucionales carentes de concretización normativo-jurídica, lo que les convierte en “Constituciones simbólicas” (*Ibid.*, pág. 25, y las precisiones realizadas por Neves en págs. 81 y sigs.). Los problemas que pueden plantear las “constituciones simbólicas” están vinculados a los problemas estructurales de la sociedad moderna como sociedad mundializada, aunque atendiendo a la asimetría entre centros y periferias, asociada sobre todo a procesos coloniales, neocoloniales y postcoloniales, obstaculizaron o dificultaron que los modelos constitucionales irradiados de los centros dominantes, encontrasen las condiciones para adquirir fuerza normativa satisfactoria en las periferias que los importaron, recibieron o se apropiaron de ellos.

²²⁵ LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución* (1957-1965), traducción y estudio sobre la obra de Karl Loewenstein. “Constitución y política”, por A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1976 (reimp. 1979), págs. 216-231. Con independencia de esa clasificación ontológica o existencial, Loewenstein plantea la problemática de la “desvalorización de la constitución escrita en la democracia constitucional”, incidiendo en los “fallos conscientes en la aplicación de la Constitución”, y en la “erosión de la conciencia constitucional”. Respecto al primer aspecto hace una observación del máximo interés respecto al valor de la Constitución de Weimar, indicando que esta Constitución “había previsto una ley de ejecución para el famoso art. 48 que constituyó los fundamentos de los decretos de excepción para el primer período del régimen de Weimar, y para la dictadura “constitucional” del gabinete, tras 1930”. Sin embargo, “esta ley no fue nunca promulgada por el *Reichstag* con la consecuencia de que las facultades extraordinarias del *Reichspräsident* fueron bastante más amplias que la intención original, convirtiéndose en el instrumento con cuya ayuda Hitler alcanzaría “legalmente” el poder y montaría su dominio autocrático. Así mismo, la ley prevista en el art. 21, párrafo 3 de la Ley Fundamental de Bonn para regular el orden interno de los partidos políticos, no ha sido nunca promulgada; ni el gobierno ni la mayoría parlamentaria dominante están lo suficientemente interesados para insistir en la publicación de dicha ley” (*Ibid.*, pág. 226). En cuanto a la erosión de la conciencia constitucional, Loewenstein subrayaba ya que la triste verdad es que la constitución se ha distanciado emocional e intelectualmente de los destinatarios del poder. La masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor afectivo para el pueblo. Los documentos constitucionales, bien pensados y articulados, fueron considerados en la época de su primera aparición como la llave mágica para la ordenación feliz de una sociedad estatal. Hoy, manipulada por los políticos profesionales, la constitución ha cesado de ser una realidad viva para la masa de los destinatarios (*Ibid.*, pág. 227). De interés, MORLINO, I.: *Democracias y democratizaciones* (2003), Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2009, Capítulo 1 (“Democracia,

Constitución de Weimar era una típica “constitución normativa”, aunque atacada desde el principio desde dentro de los poderes del Estado y fuera de ellos por las organizaciones detentadoras del poder “reales” o, si se quiere decir en otras palabras, por los poderes “facticos” (ante todo, poderes empresariales y de las instituciones financieras). Es lo cierto que las presiones y bloque determinaron que el “programa” de la Constitución de Weimar quedara inacabado y varias de sus disposiciones carente de desarrollo y concretización legislativa. Esto también estuvo vinculado a la manifiesta contradicción entre la Norma Fundamental y la realidad constitucional.

Es este punto de vista optimista -que pronto se vería defraudado- en la mediación entre la teoría y la praxis política lo que les distanció del “círculo interno” del Instituto liderado por Horkheimer²²⁶. En efecto, la realidad política de la postguerra en Alemania hizo retroceder el optimismo de estos dos pensadores. Neumann pudo dudar de la eficacia política transformadora del reformismo legal, aduciendo que “la política es *lucha por el poder*, no jurisprudencia. Por ello resulta imposible disolver las relaciones de poder en relaciones jurídicas. Las relaciones que mantienen entre sí los que detentan algún poder, así como las relaciones entre poderosos e impotentes, no son completamente racionales, no se pueden calcular plenamente. En cierta medida, confluyen en ellas elementos irracionales”²²⁷. Esa irreductibilidad de la política del poder al Derecho entroncaba paradójicamente con el pensamiento schmittiano, más sorprendente en Neumann que en Kirchheimer, el cual, como se dijo, había sido discípulo de Carl Schmitt²²⁸, y siempre se hizo sentir en el pensamiento decisionista de su maestro. En el caso de Kirchheimer, el pesimismo que hizo mella en su ánimo en los últimos años entronca con la crítica al modelo de racionalización de la sociedad

democracias, cuasi-democracias”, págs. 1 y sigs., Capítulo 2 (“Las alternativas no democráticas”), págs. 28 y sigs., Capítulo 3 (“De la democracia al autoritarismo”), págs. 60 y sigs., Capítulo 4 (“Del autoritarismo a la democracia”), págs. 88 y sigs., Capítulo 7 (“¿Democracias sin calidad?”), págs. 194 y sigs., y págs. 211 y sigs. (“Conclusiones. Construir la calidad”). Morlino considera “una buena democracia o bien una democracia de calidad como aquel ordenamiento institucional estable que mediante instituciones y mecanismos que funcionan correctamente consigue la libertad y la igualdad de los ciudadanos”. Es así que “una buena democracia es, antes que nada, un régimen muy legitimado y, por tanto, estable, que satisface completamente a los ciudadanos (calidad con respecto al resultado): sólo mediante un conjunto de instituciones que gocen del pleno apoyo de la sociedad civil de referencia es posible prever un posterior avance en la consecución de instituciones que gocen del pleno apoyo de la sociedad civil de referencia es posible prever un posterior avance en la consecución de valores propios del régimen”. En segundo lugar, “los ciudadanos, las asociaciones y las comunidades que forman parte de este tipo de democracia gozan de una libertad y una igualdad por encima de los mínimos (Calidad con respecto al contenido), En tercer lugar, “los ciudadanos de una buena democracia deben poder controlar si aquellos dos valores se traducen y cómo en la realidad mediante el pleno respeto a las normas vigentes” (Ibid., págs. 186 y sigs.).

²²⁶Véase, en este sentido, las interesantes observaciones de COLOM GONZÁLEZ, F.: *Las caras del leviatán. Una lectura política de la teoría crítica*, Barcelona, Anthropos, 1992, págs.152 y sigs.

²²⁷Cfr. NEUMANN, F.: “Die Wissenschaft der Politik in der Demokratie” (1970), en *Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930-1954*, edición de A. Söllner, Frankfurt, Surkamp, 1978, pág.375.

²²⁸Sobre esa vinculación, y algún apunte sobre la historia de la relación entre Kirchheimer y Carl Schmitt, véase, BOLAFFI, A.: “Introduzione: Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità” a la obra de KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, págs.XI y sigs. Pero pronto se marcarían diferencias significativas entre ambos pensadores. Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

occidental, que sigue una secuencia diacrónica en la teoría weberiana y en la *Dialéctica de la Ilustración* de Horkheimer y Adorno, pero poniendo, a diferencia de éstos, un especial énfasis en las transformaciones de la organización del poder y en la capacidad de una acción política. En su análisis de la sociedad de masas y del "partido de masas" o "atrápalo todo" muestra la incapacidad de los partidos políticos (como organismos de mediación entre los ciudadanos y los cuerpos electivos) para organizar la identidad colectiva y realizar una política emancipatoria²²⁹. El partido "atrápalo todo" evita presentarse con una ideología definida para propiciar el máximo consenso y éxito electoral. Se trata de un tipo de partido político que sin perjuicio de decantarse por la defensa preferente de intereses identificados con concepciones ideológicas y programáticas más o menos definidas, pretende, no obstante, buscar la representación del mayor número posible de ciudadanos electores. En un sistema democrático de pluralidad de clases y de partidos, esta forma-partido "atrápalo todo" no pretendía la osadía (que sería antidemocrática en su extremo) de constituirse en un partido único, pues de ser así supondría que estaríamos ante una dictadura totalitaria. Por tanto, en un sistema de democracia pluralista (como la consagrada en las constituciones democráticas de las repúblicas de Weimar, austriaca y española; y también con los recién implantados sistemas democráticos a partir de la segunda postguerra mundial) este objetivo de masas –y no exclusivamente de clase única– no pretende eliminar el pluralismo inherente a la democracia constitucional (pluralidad de partidos, conjugados en plural). El multipartidismo dentro del espacio político democrático es el que se instaló en los países basados en el constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Al tiempo se generalizaron los llamados partidos de masas y, en pocas décadas se pasaría del modelo tradicional del partido de masas a la forma del "partido atrápalo todo" (Otto Kirchheimer). Esto aconteció a partir de la década de los sesenta (aunque ya tuvo su gestación en un periodo inmediatamente anterior) hasta la fecha; en el proceso se ha radicalizado todavía más al poderse hablar del fenómeno de extracción de las élites políticas²³⁰, y más recientemente del "partido cártel".

El proceso corre en paralelo con el refugio en la sociedad civil de individuos no inclinados hacia la participación activa, la cual se ve en cierta medida sustituida por el interés "pasivo" como sujetos consumidores y perceptores de prestaciones públicas objeto de transacción en el mercado político²³¹. Es, éste, un enfoque privatista de la política. Kirchheimer supo ver

²²⁹Sobre los partidos políticos en la República de Weimar, véase KÜHNEL, R.: *La República de Weimar. Establecimiento, estructuras y destrucción de una democracia*, Valencia, Afons El Magnànim, 1991, págs. 107 y sigs., y 223 y sigs. Vid. *infra*.

²³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Estado y democracia en Otto Kirchheimer", extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la bibliografía allí citada.

²³¹Véase, en una perspectiva general, COHEN, J.L., ARATO, A.: *Sociedad civil y teoría política*, México, FCE, 2000. Aunque con referencia a la "justicia política", afirmaba significativamente Kirchheimer que "la política de una sociedad esencialmente industrial se usa a menudo como interjuego racional de diferentes organismos de interés, cuyo contorno exterior es un concurso de popularidad gigantesco y permanente". Es lo cierto que "la sociedad norteamericana está en aptitud de considerar la política como un juego amistoso, cuyo propósito es crear preferencias en cuanto a posición y artículos del consumidor". Cfr. KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política*

antes que ningún otro las fuertes tendencias hacia el desplazamiento de la centralidad del Parlamento por los grandes partidos políticos ("de todo el mundo") con ideología difusa y pragmatismo electoral, y la conversión del espacio político en "mercado" electoral y de intercambio de ofertas de consumo. De este modo, la política queda sujeta a criterios puramente funcionales de control social e instrumentalización al servicio de las racionalidades económicas y distributivas²³².

Por su parte, la opinión no era menos dura respecto de los sindicatos, cuando afirmó que "los sindicatos se han convertido fácticamente en una *parte esencial del aparato administrativo del Estado*. Por ello cabe preguntarse hoy en día si todo este montaje, la inserción de los sindicatos en corporaciones semi-administrativas, sirve de alguna manera a los intereses de los trabajadores"²³³. En una perspectiva actual, se ha mostrado, por otra parte, la preocupación de que las instancias representativas de carácter parlamentario, y en parte ejecutivas del Estado, continúen realizando un proceso de "transferencia" de una parte de sus atribuciones en aspectos importantes de la política económica y social a organizaciones de intereses que no obstante su carácter esencialmente "privado" asumen cada vez más "funciones" públicas, y adquieren, por tanto, un *status* de "gobiernos privados" de la cosa pública²³⁴. En realidad, Kirchheimer venía a constatar el proceso de *uniformización relativa* del sistema de partidos de las democracias liberales, de manera que la inmensa mayoría acepta las reglas de juego (encaminadas, entre otras cosas, a garantizar la pervivencia de las formaciones sociales del capitalismo avanzado) y se convierten en partidos "prosisistema", quedando relegados cada vez más a una minoría los llamados partidos "antisistema"²³⁵. En este sentido se ha reflexionado sobre la idea de que la democracia necesita una cierta

(1961), cit., págs.306 y 308, respectivamente. Sobre esta problemática, consúltese MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la amplia bibliografía allí citada.

²³²Ese enfoque sería el punto de partida, y objeto de amplio desarrollo, en el marco de una revisada crítica de la razón instrumental y utilitaria por HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, trad. de A. Doménech, Barcelona, Ed. G. Gili, 1981; HABERMAS, J.: *Teoría y praxis*, trad. de S. Mas y C. Moya, Madrid, Tecnos, 1987. Véase, así mismo, WELLMER, A.: *Teoría crítica de la sociedad y positivismo* (1969), Barcelona, Ariel, 1979, especialmente, Capítulo III ("Crítica de la razón instrumental y teoría crítica de la sociedad"), págs. 137 y sigs.; HONNETH, A.: *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la Sociedad*, (1989), trad. e introducción de G. Cano, Madrid, Machado Libros, 2009, págs. 25 y sigs., y 159 y sigs., y 229 y sigs. Sobre la trayectoria, continuidades y discontinuidades, de la Escuela de *Frankfurt*, véase por todos, WIGGERSHAUS, R.: *La Escuela de Frankfurt*, trad. M. Romano Hassán, revisión, M. Madureira, México D.F., Fondo de Cultura Económica/Universidad Autónoma Metropolitana, 2011, págs. 293-294. JAY, M.: *La imaginación dialéctica. Una historia de Escuela de Frankfurt y El Instituto de Investigación Social (1923-1950)*, Madrid, Taurus, 1974.

²³³Cfr. NEUMANN, F.: "Die Arbeiterbewegung in Westdeutschland", en *Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930-1954*, ed., A.Söllner, Frankfurt, Surkamp, 1978, pág.395.

²³⁴Véase, en una lógica propia de la "teoría crítica" de las sociedades del capitalismo avanzado, OFFE, CL.: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1992, especialmente, págs. 111 y sigs. ("La institucionalización de la influencia de las asociaciones. Un atolladero de la política de ordenación") y 133 y sigs. ("Neocorporativismo. Notas acerca de sus presupuestos y de su significación democrática").

²³⁵ARRIGHI, G., y HOPKINS, T.K. y WALLERSTEIN, I.: *Antisystemic Movements*, Londres, Verso, 1989.

estabilidad de dirección política, y que precisamente contribuye a la estabilidad del sistema democrático la existencia de un sistema de partidos integrados (incluidos los "portavoces" de las clases trabajadoras) dentro del orden político democrático contemporáneo²³⁶. Este sería un sentido político preciso de la noción de "Estado de partidos de masas"²³⁷. En las democracias modernas se establecen reglas de juego que todos los partidos han de respetar, sobre la base de que éstos encuentran vías de participación pluralistas en la dirección y administración de los asuntos públicos. Konrad Hesse (escribe en 1958) y Michael Stolleis (lo hace en 1985), a pesar del tiempo de su reflexión, consideran –con el art. 21.1 de la Constitución Alemana– que los partidos políticos contribuyen a la formación de la voluntad política del pueblo y son reflejo del pluralismo social y político, sin que los partidos se incorporen al espacio institucionalizado del poder estatal (*no son parte del Estado como estructura de poder institucional*), no obstante realzar su relevancia política institucional. Siendo ello así que los partidos políticos constituyen un elemento básico e *insuprimible* del principio democrático que caracteriza al Estado constitucional²³⁸.

En este sentido, la virtualidad del sistema democrático-social ha sido el institucionalizar procedimientos de negociación para resolver los conflictos a través de una solución compromisoria (carácter compromisoria o "consociacional" de la democracia moderna)²³⁹. En esta evolución los partidos políticos se han ido convirtiendo en partidos pluriclasistas y han tratado de flexibilizar su ideología (partidos de ideología abierta o difusa) y sus programas para dar cuenta de los cambios del entorno y representar la pluralidad de intereses de una sociedad fragmentada. El resultado, por el momento, de ese proceso es la figura del *catch-*

²³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, revisión, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

²³⁷Esta expresión, y ese significado intrínsecamente político-integrador, se debe a LEIBHOLZ, G.: *Verfassungsstaat-Verfassungsrecht*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1973, pág.25. Véase, sin embargo, la posición ya originariamente crítica –y harto discutible– de TRIEPEL, H.: *La Constitución y los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 2015. De interés, asimismo, TRIEPEL, H.: *Derecho público y política*, Prólogo, traducción y Apéndices a cargo de J.L. Carro, Madrid, Civitas, 1974, donde manifiesta su preocupación de situar al Derecho en la más estrecha relación con la realidad, pues el Derecho y la ciencia que lo tiene por objeto debe estar al servicio de la ordenación social con arreglo a criterios de justicia y eficiencia.

²³⁸ HESSE, K., y STOLLEIS, M.: *Los partidos políticos en la Constitución alemana: norma y realidad*, edición, introducción y traducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Marcial Pons, 2022. Véase, asimismo, la concepción clásica de DUVERGER, M.: *Los partidos políticos*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1958.

²³⁹Véase LIJPHART, A.: *Democracy in Plural Societies*, New Haven, Yale University Press, 1977. Sobre toda esta problemática véase GARCÍA COTARELO, R.: "Partidos políticos y crisis de legitimidad del capitalismo", en VEGA, P. De (Comp.): *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, Edicusa, 1978, *passim*. Al respecto, y en relación con la edad dorada de los partidos de masas en la postguerra y su declive, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; IGNAZI, P.: *Partido y democracia. El desigual camino a la legitimación de los partidos* (2017), Madrid, Alianza editorial, 2021, págs. 229 y sigs.

all Party o "partido atrápalo (o arrebatálo) todo" formulada por Otto Kirchheimer²⁴⁰, el cual muestra su capacidad de organizar identidades y aspiraciones y reconducirlas hacia la unidad y permite encauzar las demandas de los ciudadanos y sus conflictos hacia el espacio político.

La forma del partido de masas encuentra una dimensión en la estructura interna y decisoria de los partidos políticos. A medida que los partidos se masifican se refuerzan las tendencias hacia la centralización y la formación de élites y grupos oligárquicos dentro de los partidos políticos²⁴¹. El resultado es que el pluralismo desemboca en un elitismo competitivo²⁴². Existe una tendencia hacia la *personalización del poder* en la democracia de masas²⁴³, de ahí la fuerte proclividad hacia los "elementos emocionales" que pueden incidir negativamente en el funcionamiento de la democracia de masas²⁴⁴. En la nueva democracia elitista el Parlamento asume un papel secundario, ya que por encima está "el *dictador plebiscitario* que, por medio de la maquinaria, arrastra a la masa tras sí y para quien los

²⁴⁰Véase KIRCHHEIMER, O.: *Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat*, Frankfurt, Suhrkamp, 1967. Ampliamente, sobre este concepto de "partido atrápalo todo", su explicación y sentido político en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. 17-185.

²⁴¹Véase MICHELS, R.: *Partidos políticos* (1924), 2 vols., Buenos Aires, Amorrortu ediciones, 1983-1984, donde formula su conocida "ley de hierro de la oligarquía" en los partidos políticos. Para Michels existe una tendencia oligárquica en toda organización humana. Su pensamiento se entronca con las teorías de Weber de "pequeño número", por lo que entiende que toda organización está sometida a la ley social de que tarde o temprano estará dominada por unos pocos, de manera que el crecimiento de la organización produce el efecto inverso de la disminución de la democracia. Michels añadiría –y prolongaría– la construcción weberiana en el aspecto interno de la organización burocrática aportando la construcción sobre la conocida "Ley de hierro", según la cual toda organización moderna tiende a ser oligárquica, de manera que toda organización tiende a desarrollar una estructura burocrática que pone límites precisos a la democracia interna y al despliegue de la libertad individual. Michels llega a plantear que existen "dos tipos de democracia: el gobierno de los representantes y el gobierno de las masas" (*Ibid.*, Tomo I, pág. 52). MICHELS, R.: *Introducción a la sociología política*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, especialmente, cap. III ("La élite") y cap. VI ("Liderazgo carismático"). Aunque con una caracterización más tradicional (con base a la distinción entre partidos de "cuadros" y partidos "de masas"), es importante el ensayo clásico de DUVERGER, M.: *Los partidos políticos*, México, FCE, 1958. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.; LE BON, G.: *Psicología de las multitudes*, edición y estudio preliminar, "La Era de las masas: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012; ORTEGA Y GASSET, J.: *La rebelión de las masas* (1929), Barcelona, Espasa Libros, 2012; HELLER, H.: *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929-1930), trad. de F.J. Conde, edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; MONEREO PÉREZ, J. L. (2024). "La 'Era de las masas' y la reacción y defensa conservadora al advenimiento de las clases trabajadoras a la vida económico-social y política: Gustave Le Bon (I)". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (8), 263–294. <https://doi.org/10.24310/rejls8202419091>

²⁴²Véase, desde una perspectiva actual, RIMOLI, F.: *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1999, espec., cap. I.

²⁴³Esa constatación es un mérito innegable de Weber. En este sentido MOMMSEN, W.: "Acerca del concepto de "democracia plebiscitaria del líder", en *Max Weber: Sociedad, política e historia*, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1981, págs. 81-82.

²⁴⁴WEBER, M.: "Parlamento y gobierno en el nuevo ordenamiento alemán", en *Escritos políticos*, vol. I., México, Folios, 1982, pág. 159.

parlamentarios no son otra cosa que simples prebendados políticos que forman su séquito"²⁴⁵. Para un autor como Weber en la democracia de masas "domina siempre la actividad política el principio del pequeño número, esto es, la superior capacidad de maniobra de los pequeños grupos dirigentes. Este rasgo "cesarístico" es imposible de eliminar (en los estados de masas)"²⁴⁶. En opinión de Weber, el partido burocrático de masas es una manifestación del avance de la democracia plebiscitaria, que puede llevar a la implantación del "dictador plebiscitario", el cual mediante la conjunción del carisma y de un aparato adicto, provoca la adhesión de las masas para sus propios fines políticos²⁴⁷. He aquí su vínculo explícito con la teoría política elitista de Pareto, de Michels²⁴⁸ y Mosca, que había penetrado fuertemente en la cultura europea de la época²⁴⁹. Para él la "democracia plebiscitaria" (el tipo más importante de democracia de jefes) "es, según su sentido genuino,

²⁴⁵WEBER, M.: "La política como vocación", cit., págs.136-137.

²⁴⁶WEBER, M.: "Parlamento y gobierno en el nuevo ordenamiento alemán", cit., pág.102. Esta idea influyó de modo determinante en el pensamiento de H. Heller, para el cual "Toda organización, sin embargo, precisa de autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número; los que actualizan las actividades de poder unidas en la organización han de disponer siempre de una determinada suma de libertad de decisión y, con ello, de poder no limitado democráticamente". Cfr. HELLER, H.: *Staatslehre*, 3ª ed., Nijhoff, Leyden 1971, pág.247; traducción, HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934), edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann Heller" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Idea que refuerza con la vinculación de la democracia a la "ley de los pequeños números". En tal sentido HELLER, H.: "Politische Demokratie, und soziale Homogenität" (1928), en *Gesammelte Schriften*, vol.2., cit., pág.426. (trad. castellana, "Democracia política y homogeneidad social", en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Prólogo y Selección de A. López Pina, Madrid, Alianza editorial, 1985, págs.257 a 268. Según Heller "para que una masa amorfa se convierta en creativa, necesita un líder. La relación de la masa con el líder es la del contenido y la forma formante". Cfr. HELLER, H.: "Gesellschaft und Staat" (1924), en *Gesammelte Schriften*, 2ª ed., Mohr, Tübingen, 1992, pág.265. Interesa retener aquí la confluencia con el pensamiento filosófico y político de SCHELER, M.: «Der Mensch im Weltalter des Ausgleichs», recogido en *Gesammelte Werke*, Bd.9, Berna-Munich, Francke Verlag, 1976, quien no encuentra una contradicción entre élite y democracia, considerando inevitable la «ley del pequeño número» y reconduciendo el problema hacia la conciliación entre la centralidad de la decisión de la élite y los mecanismos legitimadores de la misma.

²⁴⁷Véase LENK, K. y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, págs.51-52. Véase, ampliamente, BREUER, S.: *Burocracia y carisma. La sociología política de Max Weber*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1996, págs.141 y sigs., ("El carisma del dirigente"), quien apunta que Max Weber reconoció correctamente las tendencias personalista-plebiscitarias de las modernas democracias de masas, pero no sus efectos estructurales pluralistas y "heterárquicos", no menos pronunciados. Se muestra especialmente crítico al señalar que cualesquiera que hayan sido los motivos, la teoría de la política que Weber desarrolló en aquellos años era insuficiente y condujo a posiciones constitucionales que al final causaron exactamente lo contrario de lo que Weber se había propuesto con ellas. El Presidente elegido plebiscitariamente, que había de proteger al Estado institutivo y burocrático de los procesos carismáticos, se reveló como un ingenuo que invitó a casa a los incendiarios, y la democracia de dirigente con máquina se reveló como un aparato preparado para corriente de baja intensidad que fue roto por las energías aplicadas. Con los "poderes diabólicos", al menos esto lo han enseñado las experiencias de Weimar, no se puede hacer política y mucho menos un Estado. En este sentido, WEBER, M.: *La política como profesión* es un texto envejecido (*Ibid.*, pág.169).

²⁴⁸Adviértase que según Robert Michels la democracia se desnaturaliza hasta llegar a desaparecer conforme se incrementa la organización de los partidos. En este sentido MICHELS, R.: *Soziologie des Parteiwesens* (1911), reimpresión de la 2ª ed. a cargo de W. Conze, Stuttgart, 1970, pág.26.

²⁴⁹Véase MOSCA, G.: *La clase política*, México D.F., FCE, 1990; PARETO, W.: *Las transformaciones de la democracia*, Madrid, Edersa, 1983; MICHELS, R.: *Los partidos políticos*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973. Véase, con planteamiento crítico, BACHRACH, P.: *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973, págs.31 y sigs., con referencia también al elitismo de Joseph Schumpeter (liderazgo competitivo), mientras que en Max Weber domina la idea de un "liderazgo plebiscitario".

una especie de dominación carismática oculta bajo la *forma* de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y sólo por ella perdurables"²⁵⁰. Otto Kirchheimer, como Max Weber, se mostraba preocupado por el incremento del poder político de los líderes en el sistema de partidos de masas y el riesgo de derivación de la democracia del líder²⁵¹ en "dictadura" o tiranía del líder²⁵². Pero, como otros autores iussocialistas de la época²⁵³, su adhesión indiscutible a la República de Weimar se realizaba desde un cierto escepticismo sobre las posibilidades reales de superar el contradictorio compromiso alcanzado en la

²⁵⁰WEBER, M.: *Economía y sociedad*, 2 Tomos, México D.F, FCE, 1974, pág.215. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

²⁵¹Kelsen ya había hecho una defensa de la democracia parlamentaria frente al líder carismático: "En general, la democracia es un suelo desfavorable para el ideal de un líder, ya que ésta no fomenta el principio de autoridad como tal. Y puesto que el arquetipo de toda autoridad es el padre, debido a que en él se halla la experiencia original de autoridad, la democracia -como Idea, claro está- es una sociedad carente de padre. Trata de ser, hasta donde ello es posible, una asociación de iguales carente de líderes. Su principio es la coordinación, y su forma más primitiva es la relación de fraternidad matriarcal. Y así, en un sentido más profundo del que jamás se tuvo en mente, la democracia mora bajo la triple estrella de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad". Cfr. Kelsen, H.: "State-form and world-outlook", en Kelsen, H.: *Essays in legal and moral philosophy*, Dordrecht-Holanda, D.Reidel, 1973, págs.95 a 113, en particular págs.105-106.

²⁵²Véase NEUMANN, F.: "Note sulle teorie della dittatura", en NEUMANN, F.: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, Il Mulino, 1973-1994, págs.343 y sigs. ("La dittatura totalitaria"). En una perspectiva diferente, pero igualmente significativa, véase ARENDT, H.: *Los orígenes del totalitarismo*, 2 vols., Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

²⁵³Es el caso harto significativo de H. Heller, quien pudo afirmar de modo inquietante que "La crítica de Schmitt a la doctrina dominante (de la soberanía) ha puesto al desnudo, sin duda, las profundas raíces de sus límites como teoría jurídica, contraponiendo el decisionismo a la confianza racionalista en la ley. Desde este punto de vista, la crítica de Schmitt tiene indudablemente un carácter definitivo, y en muchos aspectos ha guiado el presente trabajo". Cfr. HELLER, H.: "La sovranità", en *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto y dello Stato*, trad.Italiana de P.Pasquino, Giuffrè, Milano, 1987, pág.130. Sin embargo, esta observación no le lleva a una identificación con el pensamiento de Carl Schmitt, como es patente en HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y Est. Prel., de Mario de la Cueva, México D.F., FCE, 1995, espec., págs.153 y sigs. Es cierto que Heller afirma que la crítica de Schmitt a la doctrina dominante de la soberanía "es, sin género de duda, concluyente y, en muchos aspectos, nos ha servido de modelo". Ahora bien, a renglón seguido puntualiza: "Pero en su concepción de la soberanía, aun cuando hiciéramos a un lado su insuficiencia en el campo del derecho internacional, es contradictoria e insostenible" (*Ibid.*, pág.154). A partir de aquí trata de desvelar el fondo político autoritario (que es realmente totalitario) de Carl Schmitt, que le parece criticable en ese plano. Heller concluye su análisis crítico indicando que: "Después de todo lo expuesto, estamos en aptitud de afirmar que al decisionismo de Carl Schmitt se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de voluntad. Pero Schmitt, que en términos generales ve en el estado una dictadura de la voluntad, no ha podido, como tampoco lo logró Kelsen en su defensa del estado de derecho liberal racionalista, descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía: la teoría pura de la soberanía del derecho del jefe de la Escuela vienesa no puede captar el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo; en tanto la doctrina de la soberanía del órgano desconoce el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de voluntad soberana" (*Ibid.*, pág.158). Importante es verificar que era un debate epocal, como también acontece –significativamente– en la coyuntura histórica actual que es un momento constitucional y de crisis de la forma política del Estado nación en una intensificación del proceso de mundialización calificada usualmente como "globalización". Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: "La soberanía en la modernidad: Leon Duguit y la "crisis" de la soberanía", estudio preliminar a DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York)*, y trad. J. G. Acuña, revisión y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013, págs. IX-LXXXVI. Kirchheimer dedicó un importante ensayo a la Soberanía, recogido como anexo en esta última obra citada, KIRCHHEIMER, O.: "En busca de la soberanía" (1944), págs. 129-159.

Constitución de 11 de noviembre agosto de 1919. De ahí la fácil tentación hacia el decisionismo, al que no sucumbió sólo Kirchheimer sino también el propio F. Neumann, aunque bien es cierto que ello se hizo precisamente desde su adhesión a la República de Weimar²⁵⁴.

En general, los partidos de masas mantienen una relación compleja con los grupos de presión y, en particular, con los sindicatos, los cuales también están sufriendo un proceso de transformación que, si no les convierte en sindicatos de "masa", si tiende a ampliar su radio de acción al conjunto de los trabajadores profesionales en situación económica y jurídica de debilidad en su posición como trabajador no asalariado. Por lo demás, tratan de servir de cauce para articular nuevos intereses de colectivos en situación de exclusión social. Esto ha supuesto una relativa superación o, al menos, atenuación, de sus rasgos clasistas. En este sentido existe una vinculación histórica entre determinados partidos políticos (antiguos partidos de clase) con los sindicatos clasistas. Esta relación es bidireccional: los partidos políticos tratan de recabar apoyos y de representar intereses a través de la mediación de los sindicatos, y éstos pretenden influir en las decisiones políticas a través del poder mediador de los partidos políticos afines.

3. ¿Constitución “sin decisión” o Constitución para el Estado democrático de Pluralidad de Clases?

“La experiencia del constitucionalismo alemán ofrece no sólo un gran interés teórico, sino también práctico, pues está influida por una serie de factores específicos de la situación del país, y por otros de carácter general, que son expresión de la fase de transición entre distintas formas de nuestro tiempo”

COSTANTINO MORTATI²⁵⁵

Otto Kirchheimer sometió a una crítica especialmente severa al Estado democrático de Weimar, que precisamente tuvo como temas centrales de la discusión la interpretación jurídico-constitucional de una democracia que se había convertido en Estado de partidos y el Derecho electoral²⁵⁶. Pensó, coincidiendo con su maestro Carl Schmitt, que estaba

²⁵⁴Véase NEUMANN, F.: “Mutamenti della funzione della legge nella società borghese”, en NEUMANN, F.: *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, Il Mulino, 1973-1994, págs.290 y sigs. En la traducción española, NEUMANN, F.: “El cambio en la función de la ley en la sociedad moderna”, en NEUMANN, F.: *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría política y legal* (1957), Herbert Marcuse (Compilación y prefacio), Buenos Aires, Paidós, 1968, págs. 30 y sigs.

²⁵⁵ MORTATI, C.: “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar”, en JELLINEK, W., BÜHLER, O. y MORTATI, C.: *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, “Lección de Weimar”, por J.A. García Amado, Madrid, Tecnos, 2019, págs. 311 y sigs., y en particular pág. 362.

²⁵⁶Es necesario esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial para que la investigación de los partidos pase a representar un papel más importante en la ciencia política. En la postguerra, los constituyentes sancionaron en forma jurídico-constitucional a los partidos políticos, que de hecho habían venido siendo desde la instalación del orden democrático-parlamentario las auténticas organizaciones activas del proceso político. En este sentido LENK, K. y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, págs.7 y 28.

presidida la democracia por una Constitución sin decisión cuando en realidad, cabe objetar, se estaba ante una democracia pluralista en contraposición a la democracia liberal de los orígenes. El Estado de pluralidad de clases y su parlamento no homogéneo -como consecuencia de que el sufragio universal refleja el pluralismo ideológico y de grupos sociales diversos²⁵⁷- contribuye al desgobierno. Los intereses contradictorios que presiden la Constitución y el régimen parlamentario de composición político-ideológica heterogénea convierten, en opinión de Kirchheimer (como también para Schmitt), al sistema político en indecisorio. El parlamento de partidos en oposición supuso la ruptura de la democracia liberal y la apertura a la democracia de los partidos dominantes. De este modo, paradójicamente, el pluralismo no sería conciliable con la democracia. Sin embargo, Kirchheimer nunca hubiera suscrito la opinión de Schmitt respecto a la disociación entre democracia y libertad y por tanto entre representación y elección²⁵⁸. Kirchheimer consideró, al igual que Schmitt, que la democracia de masas provoca una disfuncionalidad del sistema parlamentario según la tradición liberal²⁵⁹. Aunque Kirchheimer no captó suficientemente

²⁵⁷Se ha advertido que "el surgimiento de los partidos políticos modernos a partir del desarrollo del parlamentarismo y del derecho de sufragio es un resultado no previsto". Cfr. LENK, K. y NEUMANN, F. (eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Anagrama, 1980, pág.6. En realidad, la aparición de los partidos en un Estado es el triunfo del pluralismo político-social frente a un orden estatal simplemente constrictivo y conservador. La sociedad civil y sus representantes de las capas hegemónicas sólo pueden imponerse apoderándose del Estado, y en esta labor sólo los partidos políticos son instrumentos adecuados para una reforma del Estado en el sentido de su "socialización" (*Ibid.*, pág.6).

Respecto al nacimiento de los partidos políticos y su evolución azarosa y controvertida, puede consultarse la completa obra de IGNAZI, P.: *Partido y democracia. El desigual camino a la legitimación de los partidos* (2017), Madrid, Alianza editorial, 2021, espec., págs. 29 y sigs., y 109 y sigs., y la extensa bibliografía allí citada.

No se olvide que en su origen la finalidad de la doctrina política pluralista constituía una prolongación de la doctrina liberal, reubicando al individuo en sus asociaciones u organizaciones libremente constituidas, en oposición al poder estatal central. Esta reflexión está presente en NEUMANN, F.: *Behemoht. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, quien llega a afirmar que el pluralismo es "la réplica del liberalismo individualista al absolutismo del Estado" (*Ibid.*, 27).

²⁵⁸Véase al respecto, ARAGÓN, M.: Estudio preliminar a SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo* (1923), Madrid, Ed. Tecnos, 1990, págs. XVIII y sigs. Asiste la razón a Aragón cuando afirma que "Cuando a la democracia se le amputa la libertad, no queda convertida en "otro tipo" de democracia, sino, sencillamente, en dictadura" (*Ibid.*, pág. XX). Sobre este problema de la separación entre democracia y liberalismo, véase GÓMEZ ORFANEL, G.: "Homogeneidad, identidad y totalidad: La visión de la democracia de Carl Schmitt", en GONZÁLEZ, J. M. y QUESADA, F. (Coord.): *Teoría de la democracia*, Barcelona, Anthropos, 1992, págs.175 y sigs. Decía Schmitt que "La fe en el parlamentarismo, en un *gouvernement by discussion*, es propia de las ideas del liberalismo. No es propia de la democracia. Es preciso separar ambos, democracia y liberalismo, a fin de comprender la heterogénea construcción que constituye la moderna democracia de masas". Cfr. SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, Est. Prel. M. Aragón, Madrid, Tecnos, 1990, pág.12. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., Cap. II, págs. 241 y sigs., Cap. III, págs. 277-551.; KENEDY, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*, Madrid, Tecnos, 2012; MOLINA CANO, J.: *Julien Freund. Lo político y la política*, Madrid, Sequitur, 2000; *Ibid.*, *Contra el mito Carl Schmitt* (2ª edición, revisada y muy ampliada con nuevos materiales, Renacimiento, 2019).

²⁵⁹Nuevamente la coincidencia con Schmitt es manifiesta. Éste señala que "Los partidos políticos más que atender a los frutos de la discusión, se presentan como grupos de poder social y económico, enfrentándose, calculando los intereses y posibilidades de poder y decidiendo de acuerdo con compromisos y condiciones". Cfr. SCHMITT, C.: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), trad. *Sobre el parlamentarismo. Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*, Est. Prel., M. Aragón, Madrid, Tecnos, 1990.

el elemento estructuralmente contradictorio en las Constituciones de las democracias pluralistas con Estado Social de Derecho y sistema de partidos. La democracia constitucional nunca podrá rehuir la contradicción y el conflicto que es inherente a la pluralidad de intereses y valores que existen y concurren en la sociedad moderna.

Pero Kirchheimer nunca coincidió con Schmitt en la idea de suprimir el Estado de Derecho, postulando el "Estado total", que uniría hasta la identificación lo que el liberalismo había separado, el Estado y la sociedad, de manera que todos los problemas sociales y económicos se convertirían en problemas *directamente* estatales. Su ideal sería la "sociedad hecha Estado", por lo que éste se transforma en Estado económico, cultural y de protección. Es el *Estado hecho autoorganización de la sociedad concebida como un todo unitario*²⁶⁰, en una primera etapa (cuya encarnación sería el Estado pluralista de partidos, débil y contradictorio por la transposición en sede política de los intereses materiales de los grupos económicos y sociales), e indivisible, en una segunda etapa²⁶¹ (cuya cristalización sería entonces el "Estado totalitario", como forma de Estado autoritario o fuerte que reivindica para sí una absoluta concentración del poder y de la técnica). En realidad, esa concepción enlaza con su noción de la "dictadura plebiscitaria" mantenida por Schmitt en los últimos años de la República de Weimar, para llegar a plantear al final de su esquema de pensamiento una oposición insalvable a través de la interpretación inequívoca entre las dos partes de la Constitución de Weimar, señaladamente por lo que respecta a su "constitución económica", incluyendo la "constitución del trabajo"²⁶².

Este concepto de "Estado total" debe mirarse con prudencia, ya que hoy se tiene una imagen

²⁶⁰Véase SCHMITT, C.: "Hacia el Estado total", en *Revista de Occidente*, Mayo de 1931, págs.140 a 156, en particular pág.141-142. Sobre el tema puede consultarse, *passim*. Sobre la adhesión de Schmitt al nazismo, véase LANCHESTER, F.: *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994, págs.232 y sigs.

²⁶¹Véase SCHMITT, C.: "Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland" (1933), recogido parcialmente en *Positionen und Begriffe*, Hamburgo, 1940, págs.185 a 190. Este cambio rápido de la concepción Schmittiana sobre el sentido del "Estado total" es subrayada por GÓMEZ ORFANEL, G.: "Homogeneidad, identidad y totalidad: La visión de la democracia de Carl Schmitt", en GONZÁLEZ, J.M. y QUESADA, F. (Coord.): *Teoría de la democracia*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1992, pág.179 y sigs., y bibliografía allí citada.

²⁶²Esta es la posición mantenida por SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Para la comprensión de esa contradicción hay que tener en cuenta las elaboraciones durante la República de Weimar de la noción jurídica de "constitución del trabajo" formulada por autores como Neumann y Korsch y atendida en múltiples aspectos en Kirchheimer.

Esa evolución del pensamiento de Schmitt es nítida y sugerentemente expuesta en el excelente ensayo de ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: "Schmitt contra Weimar", en GONZÁLEZ, J.M. y QUESADA, F. (Coord.): *Teoría de la democracia*, Barcelona, Anthropos, 1992, págs.197 y sigs., espec., págs.207 y sigs. Como hace notar Estévez la evolución de los planteamientos schmittianos desde 1929/30 hasta 1932 puede describirse como el paso -progresivo- de la búsqueda de un correctivo del Estado legislativo parlamentario a la de un sustitutivo de este. Evolución que supone ya en 1932 que Schmitt propondrá ya abiertamente una reforma en sentido autoritario de la Constitución (*Ibid.*, pág.218). Esta exposición encuentra un desarrollo más detenido y matizado en la obra de ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de derecho liberal*, Barcelona, Ariel, 1989.

exclusivamente centrada en el Estado totalitario corporativo de tipo fascista. Sin embargo, en la época de entreguerras la expresión "Estado total" era un concepto equívoco que remitía a una realidad plural y, por tanto, a diferentes acepciones. Es necesario decir que la elaboración técnica de la noción se debe a Carl Schmitt²⁶³, pero que su construcción se inscribe en el marco de un análisis jurídico-político respecto de las transformaciones contemporáneas del Estado, y en un debate sobre su papel en las formaciones sociales del capitalismo organizado²⁶⁴. Esta fórmula polémica viene a designar un fenómeno mayor de la época contemporánea, el de la extensión e intensificación de la política. Por una parte, la noción de Estado total quiere designar el acrecentamiento considerable de la potestad del Estado, gracias a los nuevos medios (medios militares y tecnológicos y medios de acción sobre la opinión pública)²⁶⁵. Para Schmitt el Estado total es un Estado de la "era de la técnica"²⁶⁶. Es éste un elemento que resulta decisivo para el Estado contemporáneo postliberal, atendiendo a la multiplicación de sus funciones e intervenciones en la vida social; transformando sus exigencias de legitimación²⁶⁷.

Por otra parte, el concepto "Estado total" hace referencia a la interpenetración de las dos esferas de la sociedad y del Estado, superando las limitaciones impuestas en el siglo XIX en virtud del pensamiento liberal. En el aspecto jurídico se cuestiona la estricta separación entre Derecho público y Derecho privado, en el aspecto político es de destacar la presencia del Estado en los distintos ámbitos de la vida económica, social y cultural (lo cual supone una mayor politización explícita de la existencia humana). Ciertamente se trata de una noción ambigua, desde luego lo es en el pensamiento de Carl Schmitt, ya que es susceptible de dos configuraciones diversas. En particular, Schmitt distinguió dos tipos de Estado total (con proyección histórica actual -en su momento de elaboración- y de futuro próximo -con el advenimiento del Estado totalitario de Hitler): el Estado total en sentido puramente

²⁶³Véase, ante todo, SCHMITT, C.: "Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland" (1933), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (1958), Berlín, Duncker & Humblot, 1985, págs.359 a 365.

²⁶⁴No debe confundirse, y es frecuente hacerlo, la fórmula de capitalismo organizado con la más específica de "capitalismo de Estado". Respecto de ésta para el período histórico objeto de análisis y en especial respecto al régimen del nacionalsocialismo, véase la perspectiva política y jurídico-crítica de NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, págs.253 y sigs. ("¿Capitalismo de Estado?"). Véanse igualmente las reflexiones de GOTTSCHALCH, W.: "Desarrollo y crisis del capitalismo en Rudolf Hilferding", en ZANARDO, A. (Dir.): *Historia del marxismo contemporáneo, T.I. La Socialdemocracia y la 2ª Internacional*, Barcelona, 1976. págs.297 y sigs.

²⁶⁵Véase KERVÉGAN, J.F.: *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF, 1992, págs.83 y sigs.

²⁶⁶Véase en general, MARRAMAO, G.: *Il politico e le trasformazioni*, Bari, De Donato, 1979.

²⁶⁷En este sentido desde la perspectiva socialdemócrata se afirmó que el capitalismo organizado en las democracias parlamentarias necesita de un Estado fuerte, políticamente poderoso en cuanto dotado de los instrumentos técnicos y de control adecuados para afrontar las exigencias de dicha "organización". Así, HILFERDING, R.: *El capital financiero*, Madrid, Tecnos, 1985, pág.372. Es obvio que se habla aquí de un Estado fuerte democrático intervencionista en la esfera económica y social, no de un Estado fuerte autoritario como el defendido por Carl Schmitt. Sobre la posición de Heller y Kirchheimer, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 1, págs. 19 y sigs., 67 y sigs., y 80 y sigs., Capítulo 3.5 ("Heller y el debate sobre el Estado totalitario"), págs. 234-255.

cuantitativo que es una forma de Estado total *por debilidad* (un exponente sería el Estado social, y singularmente, como Estado administrativo)²⁶⁸ y no meramente "legislativo" en el sentido iusliberal²⁶⁹, en la forma emergente de la República de Weimar: "Un Estado de partidos pluralista no deviene total por fuerza, sino por debilidad", dice expresivamente Schmitt²⁷⁰) a diferencia del Estado total en sentido cualitativo y de energía, que sería un "Estado por fuerza" no por debilidad²⁷¹. En la opinión de Schmitt, la República de Weimar constituiría un paradigma de un Estado devenido total *por debilidad*, atendiendo a su incapacidad para contener los intereses y el asalto de los partidos y los intereses organizados. Ve en ello una "degradación" del Estado liberal en Estado débil de coalición de partidos. Entiende que la discusión parlamentaria representa un artificio que sirve para registrar formalmente decisiones adoptadas antes, fuera del Parlamento. Éste ha dejado de ser únicamente un órgano legislativo; tiene más de instancia administradora que de legislador - y de administrador ineficaz-. Por otra parte, las leyes generales se han convertido, en la era del capitalismo monopolístico, en artificios que sirven para ocultar decisiones individuales; y la labor legislativa se ha degradado a un negocio transaccional²⁷².

La homogeneidad del pueblo casi no existe. El sistema pluralista ha sustituido la lealtad básica y única a la nación por muchas lealtades concurrentes²⁷³. La concepción de la

²⁶⁸Véase MERKL, A.: *Teoría general del Derecho Administrativo*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; FORSTHOFF, E.: "Problemas constitucionales del Estado social", en VV. AA: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, págs.43 y sigs.; FORSTHOFF, E.: *Estado de derecho en mutación. Trabajos constitucionales (1954-1973)*, Madrid, Tecnos, 2015.

²⁶⁹Sobre ello, y la incidencia en la transformación del sistema de partidos, véase BELLIGNI, S.: *Il partito di massa. Teoria e pratica*, Milán, Franco Angeli, 1975. Véase GRAMSCI, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna*, edición y estudio preliminar, "La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía" (pp. IX-CI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017; GRAMSCI, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado moderno*, traducción y notas de José Aricó, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci" (pp. VII-LIV), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017.

²⁷⁰Esta visión influyó sin duda en desarrollos posteriores sobre la crisis del Estado del Bienestar, véanse las elaboraciones de LUHMANN, N.: *Teoría política en el Estado de Bienestar*, versión e introducción de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1994; ROSANVALLON, P.: *La crisis del Estado providencia*, trad. A. Estruch Manjón, Madrid, Civitas, 1995; y más explícitamente en las revisiones críticas de los juristas y economistas neoliberales como Friedrich A. Hayek (*Derecho, Legislación y Libertad*, vol.3, trad. L. Reig Albiol, Unión Editorial, 1982).

²⁷¹Véase, en este sentido, SCHMITT, C.: "Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland" (1933), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (1958), Berlín, Duncker & Humblot, 1985, págs. 342 y 361-362; SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, trad.J.Díaz García, Madrid, Aguilar, 1971.

²⁷²Véase SCHMITT, C.: Prefacio, en *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 6-7.

²⁷³Es la posición de Schmitt, tal como la resume NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, pág. 64. Apunta Neumann a que ello representaría una estrategia político-jurídica: "El resultado lógico -afirma (*Ibid.*, pág.65)- de esta maniobra deliberada fue la petición de un gobierno fuerte que culminó en la consigna "todo el poder para el presidente". Se sostenía que el presidente era una institución verdaderamente democrática... El sentimiento latente en todo esto era el decisionismo de Carl Schmitt: pedir acción en vez de deliberación, decidir en vez de valorar... La política, afirmaba Schmitt, es la relación existente entre amigo y enemigo... La teoría de Schmitt es una doctrina de la fuerza bruta en su forma más descarnada, contraria a todos y cada uno de los aspectos y actos de la democracia liberal, y a toda concepción tradicional del imperio del derecho" (*Ibid.*, págs. 65-66).

homogeneidad en el pensamiento de Carl Schmitt es completamente distinta de la planteada por los iusocialistas de la República de Weimar (como también para los iusocialistas de la República Austriaca)²⁷⁴. Para Schmitt, la democracia se construye sobre la homogeneidad, no sobre la libertad, lo que le permite contraponer libertad y democracia²⁷⁵. Su modelo de Estado no es el Estado de la democracia constitucional, sino un Estado autoritario homogéneo de base nacionalista: el Estado es el garante de la nación alemana, corporeiza al pueblo. Ello conduce a una democracia restringida, pues el presupuesto identitario conlleva la exclusión de “los otros” y de todo vestigio de pluralismo social y político²⁷⁶. El mundo liberal ha quedado hecho añicos, la sociedad *explícitamente ha dejado de ser homogénea tanto en el plano social como en su concepción del mundo*; en la época liberal es evidente que la sociedad civil no era homogénea, ya que estaba presidida por la división de clases y la desigualdad social, el tema clave era que las clases trabajadoras eran silenciadas, ocultas desde el prisma de la sociedad *política*, habían quedado en la periferia de la estructura social y al margen de los cauces de participación política, es decir, privadas de los derechos fundamentales de ciudadanía política. Con la legalización de la clase trabajadora, el reconocimiento del derecho de voto, la implantación del sufragio universal e igual, la sociedad política hacía ahora sí explícita la falta de homogeneidad de la sociedad moderna. En este contexto, profundamente cambiado, “la apelación a un “derecho absoluto” o a “valores absolutos” se traduce en un privilegio político para determinadas concepciones o fines de grupo: el de apelar al carácter absoluto de su propia idea del Derecho y sustraerse con ello a la imperativa obligación de llegar a un acuerdo en el procedimiento previsto para la legislación”. Se impone, pues, una cierta *concepción formal del Estado de Derecho*²⁷⁷ y

²⁷⁴ Esta idea está presente en toda su obra, incluyo ya en Carl Schmitt *Teoría de la Constitución*, y va radicalizándose en importantes obras posteriores. Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982; Ibid., *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, trad. F.J. Conde, edición y estudio preliminar, “El espacio de lo político en Carl Schmitt”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; Ibid., *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de la clase proletaria*, Madrid, Alianza, 1999; Ibid., *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*, estudio preliminar de José María Baño León, Madrid, Tecnos, 2013; Ibid., *Sobre el parlamentarismo*, Est.Prel. M. Aragón, Madrid, Tecnos, 1990; Ibid., SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; Ibid., *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual y la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*, Madrid, Tecnos, 2018. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, especialmente Capítulo I (“El espacio de lo político en Carl Schmitt”), págs. 9 y sigs., Capítulo II, págs. 241 y sigs., Capítulo III, págs. 277 y sigs.

²⁷⁵ La diferencia entre la “homogeneidad social” de Hermann Heller y de la “homogeneidad del pueblo” nacional popular de Carl Schmitt, es manifiesta. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 1.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”, págs. 67 y sigs., y Capítulo 2 (“La “Constitución Política” de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs.80 y sigs., y Capítulo 3 (“Fascismo y crisis política de Europa: Crítica del fascismo en Hermann Heller”; “Heller y el debate sobre el Estado totalitario”), págs. 113 y sigs.

²⁷⁶

²⁷⁷ Desde el punto de vista formal, el Estado de Derecho es observado cuando se respeta un reducido número de

una concepción formal y procedimental de la democracia, que se orienta hacia la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la concepción formal de la democracia no está enteramente privada de contenido, puesto que, como advirtiera Kelsen, si la democracia es sobre todo una forma de Estado o de gobierno, se debe tener presente que el antagonismo entre forma y sustancia o entre forma y contenido es sólo relativo y que una misma cosa puede parecer forma desde un punto de vista y contenido o sustancia desde otro; aparte de que el carácter procedimental de la democracia implica la aceptación leal de un conjunto de reglas de juego sustanciales por todos los participantes²⁷⁸.

Esta concepción formal domina hasta el final de la República de Weimar, hasta los últimos años de su existencia donde esa concepción del Estado de Derecho fue sometida a una crítica cada vez más intensa dentro de la reflexión de la doctrina jurídica constitucionalista²⁷⁹. La crítica se sitúa dentro de las tendencias espirituales de la época de rechazo del liberalismo y del individualismo, compartido por conservadores y socialistas -desde distintos puntos de vista- y el contexto de la crisis económica de la República de Weimar. Es en ese momento cuando se evidencian las limitaciones de una concepción puramente formal del Estado de Derecho, vinculada al debilitamiento del positivismo jurídico legalista. La crítica socialista estimó que esa concepción formal del Estado de Derecho consolidó y reforzó la posición de la burguesía. Dos son las vertientes de la crítica socialista: la crítica socialista radical (como Kirchheimer, perteneciente al ala izquierda del partido socialdemócrata alemán²⁸⁰ y, en mayor medida, Karl Korsch²⁸¹) veía en el Estado de Derecho de Weimar el valor de una fase de "transición" hacia un sistema dotado de una decisión inequívoca, en el sentido de que mientras una clase burguesa ya no podía mantener la exclusividad de su sistema político, y la otra subalterna todavía no era lo suficientemente fuerte; aunque Kirchheimer en la última etapa de Weimar se constituyó en un decidido defensor de Weimar y de su legalidad como Estado de Derecho. Para la crítica socialista moderada (Hermann Heller²⁸², Gustav

principios jurídicos -tales como la publicidad, la tipificación de los delitos, la irretroactividad general, la claridad- que evita que la administración y los tribunales gocen de una discrecionalidad completa, a favor de la discrecionalidad orientada. Cfr. RAZ, J.: "La política en el Estado de derecho", en *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pág.403.

²⁷⁸Cfr. KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen" (pp. IX-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

²⁷⁹BÖCKENFÖRDE, E.W.: "Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pág.31.

²⁸⁰Véase KIRCHHEIMER, O.: "Bedeutungswandel des Parlamentarismus" (1929), en *Von der Weimarer Republik zum Faschismus*, 1976, pág.63.

²⁸¹Véase sus ensayos críticos recogidos en la obra ARRIGO, G. y VARDARO, G. (eds.): *Laboratorio Weimar*, Roma, Ed. Lavoro, 1982; y su excelente monografía *Lucha de clases y Derecho del Trabajo* (1922), trad. de J.L. Vernal, Ariel, Barcelona, 1980.

²⁸²HELLER, H.: "Rechtsstaat oder Diktatur", pág.551 y 462. (trad. "¿Estado de Derecho o dictadura?", en *Escritos políticos*, Prólogo y Selección, A. López Pina, versión, S. Gómez Arteché, Madrid, Alianza, 1985). Ensayo también recogido en HELLER, H.: "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929), HELLER, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F.J. Conde, revisión, edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. 117-135.

Radbruch, e incluso Franz Neumann, que pertenecía también al ala izquierda del partido socialdemócrata) deberían mantenerse el sistema de garantías propio del Estado de Derecho y completarlo con una nueva lógica material de protección social hacia las clases desposeídas y la realización de una democracia social basada en una mayor homogeneidad social, entendida como igualación material, no uniformidad. Esta articulación se traducirá en la fórmula del Estado social de Derecho, con lo que la idea de Estado de Derecho y la idea social quedaban soldadas; una superación de la forma de Estado liberal de Derecho, la cual no pudo resolver la cuestión social y política que ella misma contribuyó a forjar. El Estado social de Derecho estaría llamado a crear los presupuestos económicos y sociales de la libertad para todos, suprimiendo la desigualdad existente en la sociedad²⁸³. La Constitución de Weimar introducía, junto a las garantías individuales tradicionales, un fundamento colectivo y comunitario, a modo de síntesis en la interdependencia entre individuo y comunidad de pertenencia. Esa idea-fuerza subyace a la forma política del Estado Social de Derecho. El gran problema es que en la práctica la introducción de ese modelo de constitucionalismo se iba a encontrar con enormes dificultades dada la coyuntura crítica epocal²⁸⁴.

A las dificultades planteadas por este contexto histórico se unía la exigencia política y jurídica de que para hacer valer una Constitución era estrictamente necesario no sólo establecer un programa de derechos y facultades de acción pública, sino también asegurar el mantenimiento de un cierto equilibrio social; un equilibrio de poder. La instauración de la Constitución no constituye un momento de clausura de la formación de un orden nuevo, sino que abre un necesario proceso de transformación de la realidad político-jurídica y social preexistente; la expresión de una reordenación sobre nuevas bases de la relación entre las clases sociales, en otras palabras, el establecimiento de sistemas de una precedente *decisión política sustancial*. Observaría Mortati que “un determinado tipo de Estado no puede definirse por aquello que se propone hacer para el futuro, sino por lo que consigue realmente hacer, es decir, por el conjunto de fuerzas e instituciones que *indirizzano* de hecho un ordenamiento en determinado sentido”²⁸⁵. Por lo demás, se planteaban muchos problemas dentro del sistema constitucional weimariano: la articulación deficiente de una Constitución

²⁸³ Nuevamente resulta emblemática la postura de Heller, en su escrito sobre la homogeneidad social. Véase MONEREO PÉREZ, J.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría Política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, especialmente, Capítulo 1.4 (“Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs., 67-79, y Capítulo 2 (“La ‘constitución política’ de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller”), págs. 80-112.

²⁸⁴ Puede consultarse BÖCKENFÖRDE, E.-W.: *Vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie*, en *Die öffentliche Verwaltung* (1981), págs. 946 y sigs.; BRACHER U.A, K.-(Hrsg.): *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, 3. Aufl., Bundeszentrale für politische Bildung, Düsseldorf, 1998, passim; BRACHER, K. D., FUNKE, M., JACOBSEN, H.-A. (Hrsg.): *Die Weimarer Republik 1918-1933. Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, 3. Aufl., Bundeszentrale für politische Bildung, Düsseldorf, 1998, passim; KÜHNE, J.-D.: Zur Entstehung der Weimarer Reichsverfassung, en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 72. Jg. (2019), Herf 15, págs. 573 y sigs. <https://www.doev.de/ausgaben/15-2019/>

²⁸⁵ MORTATI, C.: “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar”, en JELLINEK, W., BÜHLER, O. y MORTATI, C.: *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, “Lección de Weimar”, por J.A. García Amado, Madrid, Tecnos, 2019, págs. 311 y sigs., y la cita entrecomillada en pág. 357.

social al lado de otra Constitución política que descansaba en supuestos fundamentales diversos de aquélla. Pero no menos relevante que los problemas de equilibrio interno en la Constitución para reflejar una *decisión más definida y coherente con la forma política del Estado constitucional* (en la forma de Estado Social de Derecho pluralista), era el problema de las fuerzas políticas y sociales constituyentes capaces de garantizar la eficacia efectiva de las disposiciones constitucionales y su determinación para defenderla ante los ataques que iba recibiendo –desde distintos ámbitos– continuamente y que acabaron con suspender su vigencia efectiva siendo sustituida por la legislación del régimen de la dictadura nazi.

Pero, por otra parte, es de señalar que la teoría constitucional de índole socialista no consiguió articular una doctrina específicamente socialista. En el fondo, había una conformidad con Carl Schmitt en criticar la Constitución de Weimar por su falta de decisión y por la ausencia de coherencia en la articulación de principios e ideologías diversas que no eran objeto de integración. Pensaban que toda Constitución promulgada tiene que exponer un programa de acción y construir un nuevo orden social. Pero como la Constitución de Weimar no tenía aspiraciones propias en ese sentido, acaba por admitir todo sistema de valores concebible²⁸⁶. Para Schmitt la trascendencia de las nuevas funciones asumidas por el Estado en la vida social se traduce en un verdadero *cambio de naturaleza*. El Estado total alemán es un Estado de partidos. El Estado social o administrativo interviene en todos los ámbitos de la existencia humana, como consecuencia de dar cumplimiento a las exigencias de compromiso entre las fuerzas sociales. Es de significar que en el pensamiento de Schmitt la democracia parlamentaria y el pluralismo que contemporáneamente se considera inherente a la misma suponen una desnaturalización del Estado liberal. Para él, paradójicamente, el pluralismo sería totalitarismo, ya que anularía todas las delimitaciones de la política y transfiere el monopolio de la política de los Estados a los partidos.

El "Estado cualitativamente total" fue implantado por el fascismo italiano, donde ya se había hecho sentir la influencia del pensamiento de Carl Schmitt²⁸⁷. En el caso de Alemania, "la

²⁸⁶NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág.66. Añade que su crítica destructora obligó a los socialistas a formular de nuevo el sistema de valores de la democracia de Weimar. Desarrollando por ello la doctrina de un Estado social de Derecho que combinaba la herencia de los derechos cívicos y la igualdad legal y política con las exigencias del colectivismo (Hermann Heller). Se realizaban las disposiciones constitucionales que establecían la posibilidad de la socialización de la industria y el reconocimiento de los sindicatos, por lo que pedían la implantación de una constitución económica que permitiera una participación igual de la representación del trabajo. El Estado social de Derecho era, pues, la racionalización de la demanda de los trabajadores de una participación efectiva en la vida política de la nación. Es de hacer notar que, en cuanto teoría política, se admite francamente su carácter transitorio (al igual que la doctrina correspondiente de la democracia económica), ya que el Estado social de Derecho era entendido tan sólo como primer paso hacia una sociedad totalmente socializada. Y tuvo la misma escasa eficacia que el resto de la política del partido y los sindicatos socialdemócratas (*Ibid.*, págs.66-67).

Franz Neumann citaba como exponente típico de ese criterio socialista el "excelente librito" de KIRCHHEIMER, O.: "Weimar und was dann?", Berlín, 1930, recogido ahora en KIRCHHEIMER, O.: *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, Bari, De Donato, 1982.

²⁸⁷Las simpatías de Schmitt con la ideología del Estado fascista son manifestadas expresamente por él en su ensayo «Wesen und Werden des faschistischen Staates», en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles* (1940), Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pág. 113. En la práctica política es

idea del Estado totalitario fue resultado de la demanda de que todos los poderes se concentrasen en manos del Presidente"²⁸⁸. Sin embargo, es discutible el criterio de "valor" que le hace a Schmitt considerar que el "Estado cualitativamente total" (cuya expresión histórica más acabada es el Estado fascista italiano, o el nacionalsocialista alemán; por no aludir a nuestro país con la experiencia del Estado nacional-sindicalista) es superior al "Estado cuantitativo total" (o Estado social). Estos Estados totalitarios no son menos burocráticos o administrativos que las formas de Estado democrático-social (Estado social), ya que precisamente se caracterizaron por la *absorción pública* de ámbitos de la vida (incluyendo la sustitución del hecho sindical que fue desnaturalizado como corporación de Derecho público y la prohibición de las manifestaciones de la autonomía colectiva). Ya es en sí significativo que reconociera en la democracia la causa del actual "Estado total" (en sentido peyorativo), y más precisamente de la politización total de la existencia humana en su conjunto²⁸⁹, más allá de enjuiciar críticamente ahora el carácter ideológico de toda la operación político-cultural consistente en hacer derivar el totalitarismo del desarrollo de la democracia (como totalitarismo burocrático del Estado administrativo)²⁹⁰. Por lo demás, la unidad de decisión se realiza a costa del pluralismo y de hacer prevalecer unos intereses sobre otros por decisión unilateral del poder público autoritario. Todo bajo el mito de que cualquier Estado contemporáneo auténtico es un Estado total. El decisionismo es una opción

apreciable que la idea del Estado total se ha situado del lado de «lo que no es la democracia». En este sentido SARTORI, G.: *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1988, cap. VII, y en particular págs. 237 y sigs., quien apunta que sólo podría hablarse del Estado democrático como Estado total en cuanto que forma de Estado que tiende a «penetrar en todo» como expresión de la expansión del poder político (aquí las reminiscencias de las reflexiones de Carl Schmitt son evidentes, aunque no explicitadas cuando éste se refería al Estado social democrático como Estado total «cuantitativo»). Por otra parte, la palabra totalitarismo, como es sabido, apareció por vez primera en 1925, invención del fascismo italiano. Sin embargo, en la reflexión más compleja actual, semánticamente el totalitarismo denota el encarcelamiento de toda la sociedad *dentro* del Estado, la dominación política omnipenetrante sobre la vida extrapolítica del hombre. En esta dirección Sartori postula una concepción del totalitarismo como tipo polar o tipo ideal, que representaría idealmente el extremo o final del poder de un «continuum», cuya función lógica sería puramente definir el «continuum», de manera que la noción se resolvería simplemente en todas las características de los regímenes opresores elevadas a su mayor «perfección». Con todo, la característica definitoria principal de la forma de gobierno totalitaria es su total extensión y penetración.

²⁸⁸NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág.68.

²⁸⁹En este sentido SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

²⁹⁰Nótese que Weber había definido antes al Estado moderno como una empresa dotada de un aparato administrativo reforzado para hacer frente a la variedad de funciones que ha de asumir en la sociedad moderna. Véase WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, que incluye la "Sociología del Estado y del Poder", Est. prel., "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; MONEREO PÉREZ, J. L.: "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado", *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 225–301. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317160>. De interés, asimismo, en la percepción de Hans Kelsen, MONEREO PÉREZ, J.L.: "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen", en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, Vol. 12, Núm. 2 (2022), pp. 1-74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>.

de política del Derecho y del poder que hace primar el momento político sobre el momento jurídico²⁹¹. Para él -haciéndose eco del pensamiento decisionista de Hobbes- "soberano no es un monarca legítimo o una instancia competente, sino que soberano es precisamente aquél que decide soberanamente"²⁹². En la concepción schmittiana, el Estado es un orden jurídico que reposa en una decisión irreductible, existencial, en favor de un determinado principio, y el conjunto del edificio debe ser mantenido en coherencia con dicha opción previa.

En esta dirección, sus análisis no dejan de ser coherentes con este modo de pensar. En primer lugar, para señalar las causas profundas del deterioro del sistema parlamentario de corte liberal. En este sentido entiende que "La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía... Los partidos (que, según el texto de la constitución escrita, oficialmente no existen) ya no se enfrentan entre ellos como opiniones que discuten, sino como poderosos grupos de poder social o económico, calculando los mutuos intereses y sus posibilidades de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esta base fáctica compromisos y coaliciones. Se gana a las masas mediante un aparato propagandístico cuyo mayor efecto está basado en una apelación a las pasiones y a los intereses cercanos. El argumento, en el real sentido de la palabra, que es característico de una discusión auténtica, desaparece, y en las negociaciones entre los partidos se pone en su lugar, como objetivo consciente, el cálculo de intereses y las oportunidades de poder; en lo tocante a las masas, en lugar de la discusión aparece la sugestión persuasiva en forma de carteles, o bien... el símbolo"²⁹³. En segundo lugar, para indicar que la democracia total exige una homogeneidad entendida como uniformidad. En efecto, en su opinión, "toda democracia real se basa en el hecho de que no sólo se trata a lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual. Es decir, es propia de la democracia, en primer lugar, la *homogeneidad*, y, en segundo lugar -y en caso de ser necesaria- la *eliminación o destrucción de lo heterogéneo*"²⁹⁴, con la finalidad de garantizar la unidad de decisión propia de su

²⁹¹Véase SCHMITT, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Est. prel., traducción y notas de M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996, págs.26 y sigs. ("El pensamiento de decisiones (decisionismo)"), aunque se inclina ya más hacia lo que denominó el pensamiento ordamentalista.

²⁹²SCHMITT, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, pág. 29.

²⁹³SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, Est. Prel. M. Aragón, Madrid, Tecnos, 1990, pág.9.; *La dictadura*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase la exposición crítica de Hermann Heller, en HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. y Est. Prel. de Mario de la Cueva, México D.F., FCE, 1995, págs.153, para el cual el pensamiento de Carl Schmitt constituye un intento para devolver su unidad y una voluntad soberana, a la democracia formal despersonalizada, integrando o sustituyendo al estado de derecho basado en la doctrina de la división de los poderes con una dictadura (*Ibid.*, pág.153).

²⁹⁴SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, cit., pág.12. Precisa, en esa dirección de pensamiento, que "El derecho de voto universal e igual es sólo la consecuencia razonable de la igualdad sustancial dentro de un círculo de iguales, y no va más allá de esta igualdad. Tal derecho igualitario posee un sentido allí donde existe la homogeneidad (sustancial)" (*Ibid.*, págs.14-15). Salta a la vista la diferente concepción de Hermann Heller sobre la "homogeneidad social" que hace vincular con un cierto nivel de realización del principio de igualdad sustancial en el sentido consagrado por el constitucionalismo económico-social de Weimar. Precisamente Heller construyó su argumentación por oposición al pensamiento de Carl Schmitt, como se comprueba explícitamente en "Homogeneidad política y homogeneidad social" (1928), en *Escritos Políticos*, "Prólogo" de A. López Pina, Madrid, Alianza, 1985, págs.257 a 268, y en particular pág. 262. Para esa diversa concepción,

noción de soberanía que hace prevalecer el dominio del más fuerte y una posición esencialmente adversa a la democracia y a su necesario sistema de garantías formales. Todo para alcanzar la conclusión de que "La crisis del Estado moderno [cuestión central entre las dos guerras mundiales] se funda en que una democracia de masas o una democracia de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, y tampoco un Estado democrático"²⁹⁵.

En ese clima intelectual de discusión sobre la crisis del parlamentarismo (donde por efecto del "*Estado dual*"²⁹⁶, el desplazamiento de la decisión hacia los partidos y la presión de los grupos de poder²⁹⁷, el Parlamento había perdido una capacidad real de decisión²⁹⁸), que es intrínsecamente la crisis de la democracia, se realizaron también otras propuestas como es la visión de Smend del "Estado como integración"²⁹⁹, que tiende a friccionar con la teoría parlamentaria clásica. En este sentido objetaba Kelsen que la doctrina de Smend sobre las formas de Estado se podía reconducir fácilmente hacia una inequívoca tendencia política: "el rechazo del parlamentarismo", el cual, según piensa Kelsen, se halla en el trasfondo de la negativa de Smend a considerar que el parlamentarismo era una forma de Estado³⁰⁰. Entiende, por el contrario, Kelsen -y la experiencia histórica le ha dado enteramente la razón- que las relaciones del moderno Estado se estructuran de tal modo que el principio democrático no puede llevarse a cabo si no es parlamentariamente. Por tanto, entiende, la lucha contra el parlamentarismo es en realidad una lucha contra la democracia. De ahí que sea una exigencia de honestidad que esa lucha se plantee abiertamente, esto es, como lucha contra la democracia³⁰¹. En segundo lugar, para sorpresa de algunos, Kelsen delimita

véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2009, Capítulo 1 ("La teoría político-jurídica de Hermann Heller"), págs. 9 y sigs.; Capítulo 2.4 ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 67-79; y Capítulo 2. ("La 'constitución política' de la sociedad en el pensamiento de Hermann Heller"), págs. 80-112.

²⁹⁵SCHMITT, C.: *Sobre el parlamentarismo*, Est.Prel. M.Aragón, Madrid, Tecnos, 1990, pág.21.

²⁹⁶Teorizada por E. FRAENKEL en su libro más influyente, FRAENKEL, F.: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, Prólogo y traducción de Jaime Nicolás Muñiz, Madrid, Trotta, 2022; y su ensayo recogido en ARRIGO, G. y VARDARO, G. (eds.): *Laboratorio Weimar*, Roma, Lavoro, 1982. Al respecto, MORRIS, D.: *Legal Sabotaje. Ernst Fraenkel Hitler's Germany*, Cambridge University Press, 2020.

²⁹⁷Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006. Max Weber había señalado que la crisis del parlamento comenzó cuanto dejó de ser un "centro social". Cfr. WEBER, M.: "Wirtschaft und Gesellschaft", en *Grundriss der Sozialökonomik*, vol.III, I, Tubinga, 1921, pág.174.

²⁹⁸Aspecto especialmente estudiado por NEUMANN, F.: *Behemoth*, "Introducción", cit., págs.19 y sigs.

²⁹⁹Véase SMEND, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985.

³⁰⁰Véase la argumentación jurídico-crítica de KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Est. prel. y trad. de J.A. García Amado, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, pág.132. Sobre el pensamiento de Rudolf Smend, véase GOZZI, G.: "La crisis della dottrina dello Stato nell'età di Weimar", y LUTHER, J.: "Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione", en GOZZI, G. y SCHIER, P. (a cura di): *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Primera guerra mondiale*, *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, Quaderno 24, Bologna, il Mulino, 1987, págs. 131 y sigs., y 177 y sigs., respectivamente.

³⁰¹KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Est. prel. y trad. de J. A. García

nítidamente el parlamentarismo como forma de Estado democrático y el liberalismo. Por ello criticará en Smend la identificación que hacía entre parlamentarismo y liberalismo³⁰². En un tercer movimiento discursivo, criticará, no sin cierta agudeza en el empeño, en Smend que para éste la democracia es compatible con la dictadura³⁰³, inclinándose, en última "ratio", por "una república con el emperador en la cúspide"³⁰⁴. En todo esto no le falta razón a Kelsen, pero no debe olvidarse otros aspectos positivos de la teoría Rudolf Smend, como es destacar la fuerte conexión entre Estado y Sociedad, por un lado, y por otro, el poner de manifiesto que los derechos fundamentales reflejan valores vinculados a formas de cultura (que enlaza con el pensamiento de Hermann Heller y anticipan la idea de la "cultura de los derechos fundamentales" y, en gran medida, la misma noción de "Constitución cultural" desarrollada particularmente por Peter Häberle³⁰⁵), planteando una concepción material de los derechos fundamentales. Al tiempo se indicaría que los derechos fundamentales son la plasmación –o, utilizando otra palabra, materialización jurídica- del principio de dignidad humana consagrados por las propias constituciones normativas.

Kirchheimer consideró que esa debilidad de la democracia de Weimar supuso que gran parte

Amado, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, págs.133-134.

³⁰²Con planteamiento crítico, dirá que según Smend si el parlamentarismo no puede ser una forma de Estado es porque el parlamentarismo es "forma de Estado liberal". Puesto que por todas partes el liberalismo ha caído hoy en día en el descrédito, tanto para la derecha como para la izquierda, nadie lamenta que sea atacado y ese ataque puede incluso encontrar aceptación general. Cfr. KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Est. prel. y trad. de J. A. García Amado, Madrid, Tecnos, 1997, pág.135.

³⁰³Recoge las palabras de Smend en el sentido de que la democracia, a pesar de su principio mayoritario, puede llegar a la minoría y, por ello, puede necesitar de la dictadura para imponerse (Smend). Aduce Kelsen, si nos preguntamos qué democracia es ésta que para su imposición necesita de la dictadura, podemos hacernos una idea aproximada al recordar de qué modo Smend se esmera por excluir toda contraposición entre democracia y monarquía. Es ésta una democracia que no se diferencia básicamente de la monarquía por obra del contenido material que constituye su esencia, sino que se "solapa" con la monarquía, que "va a la par" con ella. Se trata, pues, de una democracia cuya idea se mantiene incólume en una Constitución monárquica. Cfr. KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, cit., pág.136.

³⁰⁴KELSEN, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Est. prel. y trad. de J. A. García Amado, Madrid, Tecnos, 1997, pág.137. Por cierto, que en esta obra se pone de relieve el compromiso expreso de Kelsen respecto al conjunto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Weimar (*Ibid.*, pág.141).

³⁰⁵ Peter Häberle ha podido hablar de la "constitución cultural". Cfr. HÄBERLE, P.: *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, estudio preliminar de Diego Valadés, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, espec., págs. 11 y sigs. ("La teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura"), y Capítulo Tercero ("Tratamiento por la ciencia cultural"), págs. 79 y sigs. En realidad, la fuente de inspiración de Häberle viene más directamente de Hermann Heller (en parte también de Rudolf Smend, y su teoría de la integración y la concepción de los derechos fundamentales como expresión de valores existentes en una sociedad), que vincula la Constitución jurídica con el hecho nacional y la comunidad nacional de cultural en la que se insertan los ciudadanos participando de una igualdad de condiciones materiales de existencia digna (esto es, la garantía del principio de igualdad material como condición de posibilidad de forjar una ciudadanía activa y la participación efectiva en la acción de gobierno de la sociedad democrática), elevada a precondition del sistema de democracia social que postula. La *juridización* de esa legitimidad material o sustancial establece las bases del ejercicio del poder en la democracia constitucional pluralista y la transición hacia un socialismo democrático capaz de construir una nueva constitución jurídica. Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., capítulo I.4. ("Teoría jurídico-social: homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 67 y sigs. Sobre ello se abundará más adelante.

de las decisiones políticas más importantes se adoptasen en instancias externas al Parlamento pluralista, reflejando la posición real de dominio de los intereses predominantes³⁰⁶. También para Weber la extensión del sufragio y la centralidad de los partidos políticos atentaban contra la cosmovisión liberal clásica (constitución política liberal) de un parlamento conducido hacia la persecución de un interés general indiferenciado³⁰⁷. Weber había teorizado sobre la democracia elitista competitiva. Para él la extensión del sufragio hizo necesario que los partidos políticos se transformasen en medios para competir y ganar elecciones y que el aumento de su poder conllevará una progresiva pérdida de influencia del Parlamento³⁰⁸. La lucha entre partidos en el "mercado electoral" actúa como un procedimiento institucional para eliminar del "mercado político" a los sujetos más débiles o menos capacitados para el liderazgo. Pero su enfoque era también escéptico porque creía que en su época sólo cabía elección entre la democracia caudillista con maquinaria de partido o la democracia sin caudillos, esto es, la dominación de políticos profesionales "sin vocación"³⁰⁹. Para él, la democracia representativa contemporánea era concebida como una democracia de liderazgo plebiscitario (que plantea una relación directa entre gobernados y

³⁰⁶En este sentido los planteamientos de Kirchheimer confluyen en gran medida con los efectuados por Neumann. Éste vincula la burocratización del Estado, la racionalidad formal del Derecho, la calculabilidad de las transacciones económicas, con las exigencias de la competencia en el capitalismo monopolista. Para Neumann la tarea primaria del Estado consiste en crear un orden social tal que asegure el funcionamiento de la economía y el cumplimiento de los contratos. Por otra parte, la tendencia a la burocratización tiene incuestionablemente para Neumann dos raíces: la transformación de la democracia parlamentaria en una democracia de masas, y la transición de una economía predominantemente competitiva en una economía predominantemente organizada. De este modo la burocracia queda subordinada respecto a las exigencias del gobierno capitalista, de manera que el Estado contribuye a la organización mercantilizada de la vida social. Cfr. NEUMANN, F.: *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, Free Press, Glencoe, Illinois, 1957, pág.14. Puede consultarse, COTTERELL, R.: "The Rule of Law in Corporate Society; Neumann, Kirchheimer and the Lessons of Weimar," en *Modern Law Review*, vol. 51 (1988), págs. 126-140.

³⁰⁷Véase WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Edición y Est. Preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Parte Segunda ("Sociología del Estado"); MOMMSEN, W.: *Max Weber. Sociedad, política e historia*, Barcelona, Laia, 1981, págs.49 y sigs. ("Acerca del concepto de "democracia plebiscitaria del líder").

³⁰⁸Véase, al respecto, ampliamente, HELD, D.: *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 1992, págs.188 y sigs. De cualquier modo, Weber no suscribiría la "ley de hierro de la oligarquía" formulada por Michels, basada en un desarrollo maximalista de su pensamiento, en el sentido de que "Es la organización lo que da lugar al dominio de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandados, de los delegados sobre los que delegan. Quien habla de organización, habla de oligarquía". Cfr. MICHELS, R.: *Political Parties*, Nueva York, Free Press (trad. *Los partidos políticos*, 2 vols., Buenos Aires, Amorrortu, 1...), pág.365.

³⁰⁹Es éste el enfoque que inspira su conocido ensayo *La política como vocación*. Véase WEBER, M.: *El político y el científico*, Introducción de R. Aron, Madrid, Alianza, 1969. También la nueva edición WEBER, M.: *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, Traducción de Carlos Correa. Revisión, edición y Estudio preliminar titulado "Modernidad y racionalización del poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (pp. IX-LXII) a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013. Muy distinta a las previsiones de Weber era el principio del caudillaje en el marco de la ideología del caudillaje y del Estado fuerte totalitario. En este sentido ese principio enlazaba directamente con la doctrina de la comunidad y de la nación. Dentro del modelo autoritario de sociedad era coherente que a la empresa industrial capitalista con su principio de rendimiento laboral y su férrea jerarquía autoritaria, correspondiera, en el plano político, la dictadura del *Führer* o caudillo. KÜHNEL, R.: *Liberalismo y fascismo*, cit., págs. 153 y sigs. Véase también la importante obra de FRAENKEL, E.: *The dual Staate*, Oxford, Oxford University Press, 1941 (existe versión italiana FRAENKEL, E.: *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Introduzione di N. Bobbio, Giulio Einaudi editore, Torino, 1983).

líder carismático), una democracia "cesarista" cuya función es seleccionar y legitimar a líderes capaces, competentes en el ejercicio del poder político³¹⁰.

De cualquier modo, los primeros análisis de Weber y los realizados después por autores comprometidos con la legalidad de Weimar, como Neumann y Kirchheimer e incluso en otro ámbito Schumpeter³¹¹ (que desarrollan, y singularizan desde su propio pensamiento crítico, la problemática de la democracia plebiscitaria del líder planteada por Weber)³¹², se insertaban en los intentos de comprender los desajustes de la democracia liberal ante la emergencia en el sistema democrático de los grandes partidos de masas y las aporías de la pérdida de la "unidad ideal" del orden democrático parlamentario, a partir de entonces siempre presidido por la heterogeneidad frente a la pretensión originaria liberal de la uniformidad. Es de significar la revisión de las doctrinas tradicionales de la democracia liberal realizada por Schumpeter, postulando -atendiendo a las circunstancias que caracterizan a la sociedad contemporánea- la "democracia de liderazgo" o "*elitismo competitivo*"; modelo de democracia que permite al "pueblo" ser "productor de los gobiernos", es decir, un mecanismo apto para la selección de los hombres capaces para adoptar decisiones, siendo así que la dirección del gobierno corresponderá a los sujetos que estén en condiciones de dominar el "mercado" político-electoral³¹³. Es así que, para

³¹⁰. Hay que tener en cuenta la existencia de malentendidos en la teoría política de Weber debido al status ambiguo que corresponde en ella a la noción de cesarismo. En la segunda versión de *Economía y Sociedad* el cesarismo ya no es un fenómeno presente en varias épocas, sino una determinada aproximación histórico-empírica al tipo ideal de dictadura revolucionaria, igual que la tiranía antigua, la *signoria* medieval o el bonapartismo moderno. Véase BREUER, S.: *Burocracia y carisma. La sociología política de Max Weber*, cit., pág. 200. Agréguese que para Max Weber la tendencia «cesarista» constituía un fenómeno inevitable de la democracia de masas. Véase WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Edición y Est.Prel., sobre «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología», a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. 315 y sigs., y 329 y sigs.; *Estudios políticos*, edición de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991; *Ibid.*, *Max Weber, Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, Traducción de Carlos Correa. Revisión, edición y Estudio preliminar titulado "Modernidad y racionalización del poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (pp. IX-LXII) a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013. Véase, con más detenimiento, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.

³¹¹Schumpeter mantiene una concepción elitista de la democracia, en cuyo marco la democracia supone que existen distintos grupos en situación de competencia respecto a la toma del poder, mediante una lucha que tiene por objeto inmediato obtener el voto popular. Cfr. SCHUMPETER, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia* (1943), Madrid, Aguilar, 1968.

³¹²Como ha sido advertido, para los nuevos liberales como Friedrich Naumann y Max Weber, el parlamentarismo era sobre todo un instrumento útil para la selección de líderes políticos. Cfr. KÜHNEL, R.: *Liberalismo y fascismo*, cit., pág.98.

³¹³Véase ampliamente su obra SCHUMPETER, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, capítulos 20 a 23. La visión de Schumpeter de la democracia como una técnica de producción de líderes es tributaria del pensamiento de Weber. En este sentido BEETHAM, D.: *Max Weber y la teoría política moderna*, Madrid, CEC, 1979, pág.177. Sin embargo, el paralelismo tiene sus límites, ya que Weber, aparte de realzar las funciones del sistema parlamentarios en la selección de los líderes, realizaba igualmente la protección de las libertades constitucionales y de los derechos civiles por el Parlamento (*Ibid.*, págs.181 y sigs.). En realidad, es evidente -añade- que, entre las funciones que Weber atribuía a un parlamento fuerte, la de la protección de los derechos civiles era considerada importante por este autor (*Ibid.*, pág.182). Como recuerda Beetham, Weber había dicho, con contundencia, que sería una torpe ilusión imaginar que la vida merecería ser vivida "sin los

Schumpeter, los partidos políticos de masas asumen la función institucional de la lucha competitiva por el poder político representando a un electorado heterogéneo³¹⁴. Es éste un modelo de democracia elitista que convierte al votante en un sujeto pasivo durante la fase de desarrollo de la función de gobierno. De este modo la ciudadanía activa en la fase constituyente se traduce en una ciudadanía pasiva en la fase de gobierno; una ampliación mayor de la democracia activa conduciría, según él, a la ineficiencia del gobierno y de la administración burocrática moderna³¹⁵. Esta es la consecuencia lógica de su modelo de "élites competitivas" en el proceso político democrático, el cual excluiría toda idea de democracia "participativa". Schumpeter parece que infravaloró las posibilidades reales de que los individuos pudieran tener el nivel cultural suficiente como para decidir sobre las diversas elecciones políticas de los partidos. Pero, en general, los partidarios del modelo elitista concedieron poca importancia, a la función de las organizaciones intermedias como los sindicatos y las organizaciones empresariales. Este es, precisamente, el centro de atención de las escuelas pluralistas a través del estudio de la política de grupos. Desde esta perspectiva, se insiste en la relación entre la competencia electoral y las actividades de los grupos de interés organizados, alcanzando una visión más competitiva y dinámica que la ofrecida por las teorías más monistas³¹⁶.

La posición de Schmitt y de Kirchheimer contrasta con la defensa del parlamentarismo basado en el sufragio general e igual como expresión típica en que se plasma la idea de la

logros legados por la época de los 'derechos del hombre'. Cfr. WEBER, M.: *Gesammelte Politische Schriften*, 2ª ed., Tubinga, 1958, pág.321. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulos III ("Modernidad y paradigma de racionalización del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea. La crítica de la razón instrumental en Weber"), págs. 261 y sigs., y Capítulo IV ("Teoría política de la burocratización: El fenómeno burocrático en el marco de la sociología política de Max Weber"), págs. 333 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Legitimación y racionalización del derecho y del poder en la sociología jurídica de Max Weber", en *Revista de derecho del trabajo*, núm. 40 (2023), págs. 1999-260; MONEREO PÉREZ, J. L. (2023). *La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado*. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), 225–301. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317160>

³¹⁴Para él los partidos y las maquinarias políticas constituyen simplemente la respuesta al hecho de que la masa electoral sólo es capaz de actuar de forma precipitada y unánime, y constituyen un intento de regular la competencia política de forma exactamente igual a las prácticas correspondientes a una asociación de comercio. Las técnicas psicológicas de la dirección de un partido y la propaganda del partido, los eslóganes y las melodías características no son accesorios. Son la esencia de la política. Al igual que lo es el jefe político. Cfr. SCHUMPETER, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia* (1943), Madrid, Aguilar, 1968). Era una opinión compartida desde distintos puntos de vista. Así para W. Pareto el sistema parlamentario constituía un elemento decorativo en consideración a la pervivencia de las ideas democráticas en el pueblo, el cual progresivamente se había convertido en inofensivo. Véase MICHELS, R.: *Sozialismus und Faschismus in Italien, Munich-Karlsruhe*, 1925, págs.298 y sigs.

³¹⁵Para Schumpeter los votantes fuera del Parlamento han de respetar la división del trabajo entre ellos y los políticos elegidos. No deben retirar su confianza tan fácilmente entre una y otra elección y han de comprender que, una vez que han elegido a un individuo, la acción política ya no es asunto suyo. Cfr. SCHUMPETER, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia* (1943), Madrid, Aguilar, 1968.

³¹⁶Para una exposición de estas direcciones de pensamiento político, véase HELD, D.: *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza editorial, 1992, capítulo 6, págs.225 y sigs.

democracia dentro de la realidad social presente hecha lúcidamente por Kelsen³¹⁷. El parlamento democrático refleja no sólo la pluralidad existente sino también el relativismo de los valores políticos, de manera que ninguno puede imponerse con la pretensión de la verdad absoluta³¹⁸. Éste es el resultado de un acuerdo, pero sobre la base de ciertos valores que cimentan la democracia procedimental. Es en este punto donde debe matizarse el criterio de Kelsen ya que no es suficiente la legalidad por el procedimiento, ésta debe ser legítima en atención a los valores superiores consagrados en la Constitución jurídica de la sociedad democrática. Precisamente la experiencia de los regímenes autoritarios de entreguerras demostraría la necesidad de completar la democracia formal y procedimental con la democracia jurídico-sustancial de los valores *dentro* del propio texto constitucional.

³¹⁷KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, cit., pág. 50. Kirchheimer criticó en uno de sus escritos juveniles la posición de Kelsen entre forma y contenidos de valor en la democracia, entre procedimiento y decisión. Véase KIRCHHEIMER, O.: "Sulla dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo" (1928), en *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, págs. 4 y sigs. También criticó la democracia liberal por su concepción meramente formal del principio de igualdad y el relativismo que postulaba Hans Kelsen. En este sentido KIRCHHEIMER, O.: "Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus" (1928), extracto de su tesis doctoral (dirigida por Carl Schmitt), recogida en *Zeitschrift für Politik*, 1928, págs. 593-611; traducida al italiano, "La dottrina dello Stato del socialismo e del bolscevismo" (1928), en KIRCHHEIMER, O.: *Potere e conflitto. Saggi sulla costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, Modena, STEM Mucchi Editore, 2017, págs. 23-39. En este trabajo utiliza la construcción de K. Renner y de L. Duguit respecto a la idea de Estado administrativo; e incluye referencias a Marx, Kautsky, Sorel, Bernstein, Schmitt, Laski, entre otros. Analiza, igualmente, el carácter excepcional del Estado bolchevique ("dictadura bolchevique") concebido como poder de transición para crear las precondiciones para la realización del Estado socialista; un Estado de transición que reivindica para sí la soberanía, por contraposición a su pretendido desmantelamiento en el marco de un nuevo derecho internacional de la considerada "Sociedad de las Naciones".

³¹⁸A ello debe añadirse la opinión de Weber en el sentido de que en un mundo progresivamente dominado por la razón científica y técnica, ya no existen "visiones del mundo" que puedan imponer legítimamente el acuerdo general; las bases tradicionales para resolver la "lucha" entre el inmenso conjunto de actitudes posibles sobre la vida se han debilitado considerablemente. Cfr. HELD, D.: *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza editorial, 1992, pág. 179. En la visión sociológica de Emile Durkheim, la verdad tiene una dimensión eminentemente social: "la verdad, al mismo tiempo que cosa social y humana, es también cosa viviente. Se mezcla con la vida porque ella misma es un producto de esta forma superior de vida que la vida social, al mismo tiempo que es una condición de ésta". Si ve en la verdad "algo social", debería concluirse, según Durkheim, que "la verdad es una norma para el pensamiento como el ideal moral es una norma para la conducta". Cfr. DURKHEIM, E.: *Pragmatismo y sociología*, Buenos Aires, Schapierre, s/f. (¿1970-1976?), pág. 150.

Desde el punto de vista del positivismo pudo alcanzarse una conclusión extrema (de la cual el propio Radbruch se retractaría en la postguerra). Para el primer Radbruch "Rige el orden jurídico que consigue hacer prácticamente efectiva... El que consigue imponer el derecho, demuestra con ello que ha nacido para fijarlo". De manera que el poder, la fuerza, se impone más allá de todo argumento razonable. Véase RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., Stuttgart, 1950, pág. 175 y 179. Posición que es matizada y contrasta ya en su segunda época, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "La filosofía de Gustav Radbruch", Est. prel., a su obra RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, 4ª edición y estudio preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política" (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. Y es que los modos de pensar no permanecen estáticos, sino que evolucionan conforme a los cambios del entorno y la autorreflexividad humana. Negar esta evidencia es vencerse de antemano a una estéril petrificación del pensamiento al aislarlo del devenir histórico. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020, espec., Capítulo 2.2. ("Segunda etapa en la trayectoria de Radbruch. Crítica radical del positivismo legalista y revisión del relativismo democrático"), págs. 127 y sigs., Capítulo 4 ("La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La "fórmula Radbruch""), págs. 161 y sigs., Capítulo 5 ("Justicia y Derecho social en Radbruch: del Derecho individual al Derecho social general. Los fundamentos de un Derecho "justo" y "legítimo""), págs. 161 y sigs., *passim*.

Haciendo de la Constitución un marco abierto y pluralista pero comprometido -y no neutral- con un sistema de valores que expresan el grado histórico de civilización alcanzado por la humanidad. Por ello mismo, la democracia se funda en el pluralismo existente y no en la uniformidad³¹⁹. De ahí que se realizase el principio de integración sustancial de la clase trabajadora en el orden establecido, y que las organizaciones sindicales, la participación a través del sistema de consejos y el propio sistema de negociación colectiva se concibiesen como elementos centrales de dicha estrategia político-jurídica de carácter integrador³²⁰. Era

³¹⁹Esto, desde luego, no excluye, sino que presupone la búsqueda de una mayor homogeneidad social con base a la realización del principio constitucional de igualdad. Este era precisamente el intento de H. Heller respecto a la consagración de la fórmula del Estado social de Derecho y la democracia social. Cfr. HELLER, H.: *Escritos políticos*, edición y epílogo de A. López Pina, Madrid, Alianza editorial, 1985; HELLER, H.: "Metas y límites de una reforma de la constitución alemana", en *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pre-Textos, 1996; HELLER, H.: "¿Estado de derecho o dictadura?", en HELLER, H.: *Europa y el fascismo* (1931), incluye el ensayo "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929-1930), trad. de F.J. Conde, edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. que es donde la fórmula del Estado Social de Derecho encontró una formulación más explícita, la cual suponía un *acoplamiento y síntesis estructural y finalista* entre el Estado de Derecho Liberal clásico y el nuevo Estado Social y con ello una íntima ligazón entre la igualdad jurídica formal y la igualdad jurídica material o sustancial. Por definición el Estado Social de Derecho era concebido por los iussocialistas de Weimar (Heller, Kirchheimer, Radbruch, Sinzheimer, Neumann, etcétera) como un Estado activo, puesto que la garantía de los derechos exigía no sólo garantías de orden jurídico-formal, sino también de garantías de efectividad; garantías de efectividad que sólo pueden existir a partir de la Constitución y la remoción por parte de los poderes públicos de todos los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y grupos en que se integran sean realidad y efectivas. Dicho en otras palabras, las garantías de los derechos fundamentales -y no sólo de los derechos de contenido eminentemente social- requiere de un intervencionismo público que garantice su efectividad social en la vida social (igualdad de oportunidad e igualdad de condiciones sociales a través de medidas que corrijan las situaciones de desigualdad y desventaja sociales). En la concepción de Heller la democracia constitucional no se basa en el relativismo de los valores, pues entiende que existe un inescindible vínculo entre el orden jurídico y los valores sobre cuya base se construye la Constitución jurídica y el resto del orden jurídico general. Por ello mismo, no considera suficiente el modelo kelseniano de democracia procedimental, sino que hay que ir más allá afirmando que la democracia constitucional tiene una dimensión sustancial, que se plasma en principios, valores y garantías de los derechos, y, en relación a ello, en una red de límites a los poderes públicos y privados. Uno de los factores que determinarían los trágicos acontecimientos de la democracia de la República de Weimar fue precisamente que estos principios y valores supremos no estaban plenamente interiorizados en la comunidad política; y es más, la *realidad constitucional* estaba conformada por grandes grupos económicos y fuerzas políticas que trataban de neutralizarla, doblegarla en el marco de un proceso de destrucción que culminaría con el ascenso del partido nazi y la abrogación de las garantías constitucionales. Esta realidad político constitucional -de los poderes con fuerza materialmente constituyente- socavaba las bases de legitimación del sistema democrático de Weimar.

³²⁰Véase, al respecto, NEUMANN, F.: "Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung. Die Stellung der Gewerkschaften" im *Verfassungssystem*, Berlin, Heymann, 1932. La Constitución de Weimar no cuestionaba en sí el sistema capitalista, aunque como orden pluralista permitía avanzar en el modelo de sociedad desde distintas opciones de política legislativa. La estructura misma de los Consejos en la Constitución estaba desprovista de su significado original -más radical y alternativo al orden establecido de la empresa capitalista- y además estaba imbuido de la idea de colaboración; era el único momento que podría recordar al sistema político y económico de Rusia. Por lo demás, la Constitución de Weimar venía a fijar, en su parte social, el nivel de progreso que era realizable en un sistema capitalista que, a su vez, quedaba intacto en lo principal en su estructura fundamental y lo que hacía referencia a las fuerzas que aseguraban su mantenimiento y estabilidad. Por otra parte, se observa que las concesiones a las que accedió la clase dominante (forzada por los avatares históricos y el estado de la correlación histórica del momento constitucional) no sólo resultaron remitidas a las actuaciones a realizar en un futuro indeterminado, sino que fueron formuladas de modo que se pudieran salvaguardar al máximo los intereses de la propia clase dominante. Es el caso del art. 156 de la Constitución, que preveía la socialización de empresas mediante ley, pero que establecía a renglón seguido la necesidad de indemnizar, derogando el precedente art. 153 (que justamente dispone otra modalidad muy distinta de proceso

esta una vía para la racionalización jurídica, en el plano político y social, de la crisis del Estado liberal³²¹ y la construcción de un modelo de Estado social que debería de abordar la complejidad de una sociedad civil no homogénea sino dividida y con el pleno disfrute de los derechos fundamentales de ciudadanía, señaladamente el derecho de voto igualitario y universal. Este factor dificulta la previsibilidad y el control en los procesos de racionalización jurídica, porque a los operadores jurídicos sólo les es posible establecer una racionalidad limitada, ante el hecho de que no están en condiciones de preverlo todo. La misma idea del orden adquiere una dimensión más difusa por la mayor complejidad social y la presencia de elementos irracionales en el proceso político.

Sin embargo, para Schmitt el parlamentarismo democrático no tiene sentido cuando no existe una "homogeneidad social de todo el pueblo" como es el caso de la República democrática de Weimar³²². Esta posición maximalista -y antidemocrática- condujo, como se sabe, a Schmitt a postular un antiparlamentarismo y a comprometerse activamente en la imposición del Estado total nacionalsocialista en Alemania (adjetivación totalitarista en la que, ahora sí, apreciaba un valor positivo para la unidad de la soberanía decisoria). Fue una actitud coherente con su teoría del decisionismo político; un soberano decisor necesario, según Schmitt, para afrontar la crisis del Estado liberal de Derecho.

Kirchheimer estuvo muy influido por la concepción decisionista de Schmitt, bien es cierto

de expropiación), y que establecía la posibilidad de que una ley ordinaria suprima el derecho a indemnización del propietario expropiado. En este sentido MORTATI, C.: "Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar", en JELLINEK, W., BÜHLER, O. y MORTATI, C.: *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, "Lección de Weimar", por J.A. García Amado, Madrid, Tecnos, 2019, págs. 311 y sigs., y en particular pág. 358.

³²¹Una exposición del importante debate doctrinal en Italia y en Alemania sobre la crisis del Estado liberal, en LANCHESTER, F.: *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994. Sobre el sentido político-jurídico de las distintas formas de dominio, véase KÜHNEL, R.: *Liberalismo y fascismo. Dos formas de dominio burgués*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1978. Entre nosotros, LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, págs.61 y sigs. ("La crisis del Estado liberal de Derecho en las democracias occidentales"), y págs. 125 y sigs. ("La lucha por el Estado de Derecho"); ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho Liberal*, Barcelona, Ariel, 1989. Véase también, la controvertida obra de NOLTE, E.: *La crisis del sistema liberal y los movimientos fascistas*, Barcelona, Península, 1971.

³²²SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, pág.42 [Nueva traducción y edición de Comares: SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, realizada por Cristina Monereo Atienza, edición y estudio preliminar, "La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt" (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006]. Afirma que la situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía (*Ibid.*, pág.9). Por otra parte, entiende que toda democracia real se basa en el hecho de que no sólo se trata a lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual. Es decir, es propia de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad, y, en segundo lugar -y en caso de ser necesaria- la eliminación o destrucción de lo heterogéneo (*Ibid.*, pág.12). Su posición es particularmente explícita respecto al rechazo de la democracia de masas: El derecho de voto universal e igual es sólo la consecuencia razonable de la igualdad sustancial dentro del círculo de iguales, y no va más allá de esta igualdad. Tal derecho igualitario posee un sentido allí donde existe la homogeneidad (*Ibid.*, págs.14-15). Lo aclara después al afirmar que la crisis del Estado moderno se funda en que una democracia de masas o una democracia de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, y tampoco un Estado democrático (*Ibid.*, pág.21).

que reformulándola desde la perspectiva de un marxismo no ortodoxo. Para él la Constitución de Weimar representaba un simple "*compromiso dilatorio*" que no permitía adoptar una decisión sobre el nuevo orden a establecer³²³. Ello supondría postergar la solución de los conflictos subyacentes, remitiendo –y por tanto, aplazando- la solución de las divergencias y antagonismo a un futuro indeterminado. La Constitución no resuelve el conflicto lo aplaza a través de la fórmula dilatoria. Puede objetarse, sin embargo, que la Constitución de Weimar pudiera reconducirse de manera errónea y simplista, en cualquier caso, a una legislación infraconstitucional; aparte de que la función de la Constitución Normativa de Weimar creaba un marco constitucional abierto al pluralismo política y social, creando también un conjunto de principios y “reglas de juego” para el desarrollo del proceso político a las que se han de han de atenerse las fuerzas políticas en su conjunto no sólo los partidos parlamentarios. Por otra parte, aunque la Constitución está preformada y condicionada por los poderes constituyentes, esto no significaba que careciera de un espacio de autonomía respecto a los detentadores reales del poder y respecto al mismo poder constituyente que “encauza” –o “domestica”- a través del proceso interno prefigurado de reforma constitucional. Además, la Constitución normativa de Weimar estaba pensada como una constitución dinámica en cuanto que no es solo susceptible de reforma constitucional, sino que también es operativa para llevar a cabo procesos de interpretación divergentes de respuesta de sus normas en distintos momentos históricos con fines de recreación para la “adaptación” o para “reconfiguración” del orden social de convivencia en la comunidad política. En este sentido la Constitución jurídica preside una dialéctica entre normatividad y exigencias de política del Derecho “constitucional”. Pero la Constitución no puede transformar por sí misma la sociedad, se necesitan apoyos de otras instancias, y éstas lejos de existir se tradujeron en instrumentos que neutralizaron –llegando al colapso- que ella pudiera funcionar real y efectivamente como instancia reflexiva de un ordenamiento jurídico vigente y plenamente operativo.

Por el contrario, en opinión de Neumann -el cual no estaba ajeno a toda influencia de Schmitt- el compromiso constitucional no era un compromiso irrealizado o irrealizable, sino sólo un compromiso parcial, en parte ya realizado y en parte aplazado o remitido³²⁴. Por otra parte, como dijera Kelsen, el compromiso es inherente a la praxis parlamentaria, el mismo compromiso significa posponer lo que divide a los "socios", en favor de lo que les une, de manera que todo "trueque", todo acuerdo, es un compromiso, porque *compromiso significa tolerancia recíproca*³²⁵. Si la posición de Kirchheimer pecaba de maximalista, al desconocer las aportaciones constitucionales respecto a la instauración de un nuevo orden democrático-

³²³ Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Estado y democracia en Otto Kirchheimer”, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 17 a 185.

³²⁴En este sentido VARDARO, G.: "Introduzione all'edizione italiana", en NEUMANN, F.L.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983, pág.31.

³²⁵Cfr. KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, revisión, edición y estudio preliminar, “La democracia en el pensamiento de Kelsen” (pp. IX-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

social que debería hacerse lugar en el sistema del capitalismo, la de Neumann, por su parte, pecaba de una cierta ingenuidad, ya que la constitución puso en práctica un modelo de constitución económico-social que aspirara a realizarse salvando las contradicciones internas que presentaba; no era un modelo acabado y dispuesto para ponerse en práctica. Aquí el reformismo social tenía sus límites, ya que sólo podría realizarse domesticando el capitalismo para hacer penetrar los valores fundamentales, sin cuestionar la eficiencia de la economía y el sistema de libertades económicas de los empresarios³²⁶.

En los últimos años de la República de Weimar, Kirchheimer pudo comprobar que la crisis del parlamentarismo estaba desembocando en los intentos de instaurar un régimen autoritario contrario a la democracia de Weimar. En ese momento se comprueba que el tema central de la crisis del parlamentarismo era la traducción político-cultural de la crisis del Estado liberal, constatable por la dificultad político-jurídica de reconducir al orden (que exige previsión y calculabilidad) los conflictos sociales y de organizar el mercado atendiendo al fuerte carácter desequilibrador de los mecanismos autorreguladores en un mercado presidido por fuertes concentraciones de capital y de poder sobre personas y cosas. De ahí que de las tentaciones en cierta medida decisionistas transitara su pensamiento hacia la defensa decidida de la República de Weimar y de su constitución formal³²⁷; y con ello asumiría una reflexión de autocrítica no explicitada en cuanto a tal respecto a antiguas posiciones que devaluaban los ambiguamente considerados "aspectos formales" de la democracia, comprendiendo entonces que estos son esenciales a la propia idea de democracia contemporánea³²⁸. Cada vez queda más evidente que la democracia es una forma de Estado y de gobierno, donde el pueblo aparece como titular del poder del Estado, como enunciado nuclear de toda democracia y como elemento de legitimación material o de contenido³²⁹. Es significativa la mayor aproximación a las ideas de Kelsen y la crítica más decidida a la teoría decisionista de Carl Schmitt³³⁰ y la defensa del sistema de valores

³²⁶Este aspecto había sido percibido luminosamente por KORSCH, K.: "Reforma social y socialismo", en *Escritos políticos*, trad. J. Aricó, Introducción de G.E. Rusconi, México, Folios, 1982. Véase, al respecto, en una perspectiva general, GAY, P.: *La cultura de Weimar*, Barcelona, Argos Vergara, 1984.

³²⁷Neumann pudo decir que la democracia de Weimar, una democracia propiciada por el partido socialdemócrata y los sindicatos, había realizado dos objetivos. Había dado a los trabajadores un nivel cultural de una altura hasta el momento desconocida, y había puesto la premisa para un nuevo estatus político y social de los trabajadores. Cfr. NEUMANN, F.: "Sindacalismo, democrazia, dittatura", en NEUMANN, F.L.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, "Introduzione all'edizione italiana" de G. Vardaro, Bologna, Il Mulino, 1983, pág.309. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la amplia bibliografía allí citada.

³²⁸No estuvo sólo en este sentido: ese tránsito se había producido en Hermann Heller, superando sus aporías respecto a la noción jurídico-política de soberanía, y había persistido en autores como Neumann. La posición más decidida y coherente fue sin duda la de Gustav Radbruch. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "La filosofía de Gustav Radbruch", cit., *passim*.

³²⁹BÖCKENFÖRDE, E.W.: "La democracia como principio constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, págs.53 y sigs.

³³⁰Esta posición más matizada es manifiesta en la obra inacabada de HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934), México, FCE, 1992, espec., págs.234 y sigs. HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934), edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann Heller" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez,

consagrados en el orden constitucional como límites introducidos a la legalidad estatal. Kirchheimer, al igual que otros demócratas de Weimar, defendieron al Parlamento frente a todo intento de reorientaciones presidencialista y plebiscitaria del gobierno de la República.

Reforzar al Parlamento tenía un sentido histórico específico ante la ruptura del garantismo que se estaba produciendo también desde el ámbito del poder judicial³³¹, ya que los profesionales de la judicatura no mostraban una actitud de sometimiento hacia la legislación, sino que reivindicaban poderes discrecionales en la interpretación y adaptación de las leyes no sólo a las circunstancias cambiantes, sino a los considerados cambios en el "espíritu del pueblo" y en las exigencias de mantenimiento del orden social³³². Con todo, aumentó el poder de los jueces a expensas del Parlamento³³³. En algunos casos su *complejidad con la justicia política*³³⁴ bajo el periodo autoritario último de la República de Weimar era

Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

³³¹En realidad, el núcleo central de la contrarrevolución en la Alemania de entreguerras se encontraba en el poder judicial, como expresa inequívocamente Neumann. Para éste las posibilidades técnicas de adulterar la justicia con fines políticos son muy abundantes en todo sistema jurídico; en la Alemania republicana eran tan numerosas como los artículos del código penal. Acaso sea la razón fundamental de ello la naturaleza misma del procedimiento penal, ya que, al contrario de lo que ocurre en el sistema norteamericano, era el juez presidente y no los letrados de las partes quien dominaba en todo el proceso. Además, el poder de los jueces fue robusteciéndose año tras año. En los procesos políticos las disposiciones legales favoritas fueron las relativas a los delitos de injurias y espionaje, la denominada Ley de Defensa de la República y, sobre todo, los artículos 80 a 81 del código penal, relativos al delito de alta traición". En un análisis de tres casos célebres demuestra Neumann, sin lugar a duda, que los tribunales penales de la república de Weimar eran parte esencial del campo antidemocrático. Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, FCE, 1983, págs.38 y sigs. Véase, ampliamente, KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

³³²Neumann criticó las decisiones de un poder judicial eminentemente conservador y se opuso, significativamente, a la creación de un órgano judicial de control constitucional de las leyes aprobadas por el Parlamento. Véase NEUMANN, F.: "Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Reichsgesetzen", en *Die Gesellschaft*, 1929, págs.517 y sigs. (se dispone de traducción italiana, "Contro una legge sul controllo della costituzionalità delle leggi del Reich" en NEUMANN, F.L.: *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, "Introduzione all'edizione italiana" de G. Vardaro, Bologna, Il Mulino, 1983, págs.65 y sigs.). Kirchheimer reflexionaría sobre la que denominó "justicia política". Véase KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

³³³Neumann afirma contundentemente que la justicia política representa la página más negra de la vida de la República alemana. La reacción empleó el arma judicial cada vez con mayor intensidad. Además, esta acusación se extiende a toda la labor del poder judicial, sobre todo al cambio en el pensamiento jurídico teórico y en la posición del juez, que culminó en el nuevo principio de la revisión judicial de las leyes (como medio de sabotear las reformas sociales). Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág.41, y págs.487 y 491. Esa preocupación trasciende del momento totalitario que sucedió a la República de Weimar, mostrándose la preocupación por la ruptura de los equilibrios institucionales que ello puede comportar. Se ha afirmado, al respecto, que la transferencia del poder de incidir sobre el cambio jurídico desde el Parlamento hasta los órganos jurisdiccionales, que están por lo regular abiertos a la influencia de la doctrina, ha tenido un efecto que, utilizando la palabra en sentido no valorativo, se podría llamar desestabilizante del sistema democrático. Cfr. TARELLO, G.: "Actitudes doctrinales y cambios estructurales de la organización jurídica", en *Cultura jurídica y política del derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, (Colección Crítica del Derecho), págs. 304 a 312 y 313 a 319.

³³⁴Según Kirchheimer el objetivo de la justicia política es incrementar la esfera de acción política, reclutando para tal fin los servicios de los tribunales en apoyo de las metas políticas; y se caracteriza por la sumisión al escrutinio de la corte de todo acto individual o colectivo. Quienes son instrumentos en tal sumisión, lo que

explicito en su comportamiento³³⁵; insertándose dentro del ámbito de la "cultura antidemocrática" del período de Weimar. De manera que el Parlamento se veía ante una doble presión: la ejercida por el poder presidencialista que reivindicaba su poder de decisión dictatorial³³⁶ y el ejercido por los jueces que en la crisis postulaban la "arbitrariedad judicial"³³⁷, a título de derecho de control judicial de las leyes³³⁸. No es que hoy pueda

buscan es robustecer su propia situación y debilitar la de sus adversarios políticos. Según sea el caso, el recurso a los tribunales puede ser cuestión de necesidad, de elección o de mera conveniencia". Cfr. KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política* (1961), cit., pág.545. Según el autor la justicia política en general "está destinada a seguir siendo un eterno atajo, necesario y grotesco, benéfico y monstruoso, pero de todos modos un atajo. Es necesaria y benéfica, porque sin la intervención del instrumento jurídico la lucha por el poder político continuaría siendo igualmente implacable pero mucho más desordenada" (*Ibid.*, pág.559).

³³⁵Señala Neumann que son muchísimos los ejemplos de esa actitud. "El código penal creó el delito de "traición a la patria" para castigar la revelación de secretos militares y de otras clases a agentes extranjeros. Pero los tribunales encontraron en seguida una aplicación política especial a esas disposiciones. Después de que el tratado de Versalles obligó a Alemania a desarmarse, la "Reichswehr" fomentó la formación de fuerzas militares ilegales, la denominada "Reichswehr negra". Cuando liberales, pacifistas, socialistas y comunistas denunciaron esta violación tanto de las obligaciones internacionales como del derecho alemán -ya que el Tratado había pasado a formar parte del sistema jurídico alemán-, eran detenidos y juzgados por traición a la patria cometida por medio de la prensa. Así protegieron los tribunales a la ilegal y reaccionaria "Reichswehr negra contra los presuntos traidores de sus filas (los célebres asesinatos de la Fehme), no fueron perseguidos o se trataron con gran benignidad". Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., pág.40.

³³⁶Así, en opinión de Neumann, la decadencia de la supremacía parlamentaria acrecentó los poderes del presidente y, por ende, los de la burocracia ministerial. Siguiendo el modelo norteamericano, la Constitución de Weimar establecía que el Presidente del Reich sería designado por elección popular directa. Pero la semejanza entre los dos sistemas constitucionales acaba ahí... Con todo, el Presidente alemán tenía las manos relativamente libres. Por una parte, la elección popular le daba una posición bastante independiente con respecto a los diversos partidos. Podía nombrar al canciller y a los miembros con arreglo a su libre discreción. Además, el derecho del Presidente a disolver el parlamento le daba un poder adicional. Sin embargo, no podía calificarse al Presidente -como querían los teóricos antidemocráticos- de "defensor de la constitución". No representaba a la democracia y estaba lejos de ser el jefe neutral del estado, situado por encima de las luchas de partido y los intereses especiales. Durante toda la República de Weimar y en especial durante la época de Hindenburg, la presidencia era evidentemente partidista, nada neutral en el ejercicio de su función política. Cfr. NEUMANN, F.: *Behemoth*, cit., págs.45-46.

³³⁷En esta línea de pensamiento, se afirmó contemporáneamente que la justicia no fue nunca republicana, cualquiera lo veía; ni lo eran el ejército o la Universidad. Ningún sector de la administración estaba penetrado de sentimientos republicanos. Cfr. MANN, H.: *Das Bekenntnis zum Übernationalen, in Der Hass.Deutsche Zeigeschichte* (1933), al cuidado de P.-P. Schneider, Fischer, Frankfurt am Main, 1987, pág.25. No menos significativa era la devaluación e incluso la inaplicación de la constitución en materia de derechos sociales fundamentales. Véanse los estudios harto expresivos recogidos en la obra *Laboratorio Weimar*, eds. G. Arrigo y G. Vardaro, Roma, Lavoro, 1982, especialmente KAHN-FREUND, O.: "L'idea sociale della Corte del lavoro del Reich" (1931).

³³⁸De este modo, la intención democrática de la Constitución, según la cual el contenido de las leyes debe surgir de la colisión de intereses de las diferentes orientaciones políticas representadas en el *Reichstag*, queda desatendida. En lugar de la voluntad popular soberana mediada por los partidos políticos, es un determinado grupo social, el de los jueces, quien debe decidir sobre la constitución y las leyes. Ciertamente que en la República de Weimar los tribunales no rechazan ninguna ley y que no se hace uso del derecho de control, pero éste existía como una permanente amenaza a la democracia *parlamentaria*. Cfr. LENK, K., y NEUMANN, F. (eds.): *Introducción a Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, trad. de I. de Otto, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, págs. 31-32. Por otra parte, el criterio de necesaria «generalidad de la ley» en el Estado de pluralidad de clases, fue invocado para justificar la primacía del poder judicial, relegando en cierto modo la ley general a un mero acto de administración, detentando los jueces un poder discrecional para la creación libre del Derecho. Es su decisión «concreta» la que adquiere el lugar de elemento fundante de la legitimidad de la decisión jurídica, aunque ello pudiera suponer una desautorización del parlamento democrático. La validez del Derecho se funda ahora en el decisionismo, la «decisión» es el fundamento de la validez jurídica. Sobre la problemática de las transformaciones de la ley

cuestionarse el carácter esencialmente político de las funciones ejercidas por los jueces, los cuales no se limitan, como resulta evidente, a aplicar literalmente el Derecho positivo³³⁹. La labor de juzgar no es una simple actividad mecánica que no deje al juez ninguna libertad de apreciación. Por lo demás, la interpretación consiste básicamente en la determinación del significado del texto legal, esto es, de la norma aplicable al caso³⁴⁰. Utilizando un amplio margen de discrecionalidad, los jueces se mostraban proclives a conceder gran respetabilidad y protección a la conducta ilegal de las personas, si éstas se identificaban con "metas patrióticas". Hermann Kantorowicz había condenado en los años veinte el engorroso matrimonio entre el nacionalismo y las prácticas de la jurisprudencia política³⁴¹. Hasta tal punto es éste el estado de opinión general de los demócratas de Weimar que en el año 1925 se fundó la revista *Die Justiz*, con la finalidad explícita de transformar a los juristas "en" la República en "juristas de la República" en cuanto defensores de la legalidad democrática por ésta propiciada³⁴². Era también la búsqueda de un mayor compromiso de la judicatura con los principios y valores democráticos consagrados en la Constitución de Weimar y el fomento de una interpretación de la legalidad estatal *conforme* al texto constitucional. En la

en el Estado democrático-social de pluralidad de clases, véase, en general, NEUMANN, F.: *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1968.

³³⁹Es obvio que ello va unido con la misma concepción que se tenga del proceso de interpretación. El proceso interpretativo no discurre a través de una supuesta continuidad entre norma y acto interpretativo, el resultado es que la selección del intérprete expresa no ya una valoración simplemente técnica, no ya las premisas metodológicas declaradas, sino una elección político-moral que se trata de "fundar" en Derecho. La interpretación del Derecho es básicamente la atribución de significado a los documentos de la legislación. La visión convencional de la dogmática jurídica considera que interpretar supone "descubrir" o "comprender" el sentido o significado de una determinada norma dada y preconstituida. La tarea del operador jurídico estribaría entonces en encontrar la interpretación exacta y verdadera a través de las técnicas interpretativas adecuadas. La norma no precede como un dato al proceso interpretativo, sino que lo sigue como su producto, de manera que la norma constituye un significativo atribuido por el operador jurídico a un determinado enunciado normativo; un significado que está impregnado de los juicios de valor vinculados a la decisión interpretativa. Si la norma es el producto o resultado de la labor del intérprete, queda roto el mito de que los jueces no crean nuevo Derecho en la resolución de las controversias, como si se limitasen a aplicar puntualmente el Derecho preexistente y sin interferencias valorativas e ideológicas. En este sentido TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980; TARELLO, G.: "La autonomía del intérprete" (1968), en TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003. HART, H.L.A.: "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en CASANOVAS, P. y MORESO, J.J. (eds.): *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, 1994, pág.336.

³⁴⁰Para una reflexión al respecto, al respecto, véase TROPER, M.: "¿Función jurisdiccional o poder judicial?", en TROPER, M.: *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001.

³⁴¹Véase KIRCHHEIMER, O.: KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs.270 y sigs., y que contiene pasajes magistrales sobre esta ardua cuestión. Se refiere al ensayo de KANTOROWICZ, H.: "Landesverrat im deutschen Strafrecht", en *Die Justiz*, vol.2 (1926-1927), págs.92 y sigs.

³⁴²Véase KIRCHHEIMER, O.: "Introduzione" a SINZHEIMER, H., FRAENKEL, E.: '*Die Justiz*' in der Weimarer Republik. Eine Chronik, a cuidado de T. Ramm, Luchterhand, Neuwied a.R.-Berlin, 1968, pág.7. De singular relevancia para la posición, al respecto, es la obra KIRCHHEIMER, O.: *El empleo de procedimientos legales para fines políticos*, edición y estudio preliminar, "Estado y democracia en Otto Kirchheimer" (pp. 17-185), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs.98 y sigs., con exposición de casos reales de juicio político; y demuestra como ciertos Tribunales habían interiorizado la dialéctica schmittiana amigo-enemigo. En ese método del caso reside una de los elementos más vigorosos y convincentes de esta obra. Véase la opinión sobre el tema de GUSTAV RADBRUCH en *Die Justiz*, 1932 (VI), pág.187.

teoría del Estado de Derecho liberal el juez quedaba sometido a la ley del Parlamento, y sólo podía aplicar el Derecho positivo emanado de aquel órgano legislativo. En la República de Weimar ese paradigma de juez liberal fue radicalmente sustituido por el sometimiento de los jueces a la voluntad mitificada del Estado en una dirección totalitaria, y fuertemente comprometidos con los ideales de la burguesía e indiferentes frente a los intereses del capitalismo monopolista. Se produjo una desatención de la vinculación positiva del juez a la ley en la época de Weimar. Los jueces reclamaron su competencia para comprobar directamente la constitucionalidad de las leyes; su aceptación estaba encaminada a sancionar el orden social y político existente, como puede confirmarse en un atento análisis de las resoluciones judiciales de ese período histórico. De este modo, la validez de una ley democráticamente aprobada y legítima quedaba subordinada a la "interpretación" *decisionista* de los jueces³⁴³. De este modo, el poder judicial –que a menudo actuaba fuera de la presupuesta independencia judicial- neutralizó en muchos casos las leyes más avanzadas emanadas del Parlamento y vino a actuar como un contrapoder antidemocrático, cuestionando en la praxis la soberanía parlamentaria³⁴⁴.

Por otra parte, Kirchheimer va más allá de la defensa de la democracia formal postulada de modo coherente por H. Kelsen³⁴⁵, y cuestiona en la praxis el relativismo radical de los valores que entraña el riesgo de remitir a la fuerza para imponer una decisión como justa³⁴⁶. Es la afirmación de una pretensión de verdad relativa en el compromiso de los derechos del

³⁴³Véase NEUMANN, F.: "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", en *Demokratischer und autoritärer Staat*, ed. por H. Marcuse, Frankfurt, 1967, págs.53 y sigs. (existe traducción italiana, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, "Introduzione all'edizione italiana", de N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1973/1994, págs. 245 y sigs.). El proceso de autonomización antidemocrática del poder judicial respecto del parlamento legislador culmina con la doctrina de la máxima arbitrariedad judicial en la observancia de los principios nacionalsocialista. Se afirmaba, en tal sentido, que en la aplicación de las cláusulas generales por parte del juez "son única y directamente competentes los principios fundamentales del nacionalsocialismo". Cfr. SCHMITT, C.: *Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis*, Berlín, 1933, Leitsatz 4.

³⁴⁴ En este sentido Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

³⁴⁵En el relativismo positivista de Kelsen existe un nexo de unión entre ideología democrática y positivismo, ya que en Kelsen no puede afirmarse "a priori" la superioridad de unos valores sobre otros. De manera que si los valores son relativos no existe razón alguna para identificar el poder con ciertos valores. El ámbito del valor corresponde a cada individuo y a cada grupo social, y precisamente el sistema democrático debe garantizar ese principio de autonomía sustancial. Ese relativismo ético conduce a postular de modo coherente el principio de tolerancia como eje de la democracia. Véase KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona, Guadarrama, 1975. Reeditado en Comares: KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en el pensamiento de Kelsen" (pp. IX-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Véase igualmente, KELSEN, H.: «Absolutismo y relativismo en filosofía y en política», en KELSEN, H.: *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Edición a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, 1992, págs.113 y sigs.

³⁴⁶Es conocida la reflexión de Bobbio en el sentido de que "quien no crea en la verdad se verá tentado a remitir toda decisión, toda elección, a la fuerza, según el principio por el cual, ya que no se puede ordenar lo que es justo, es justo aquello que se ordena". Cfr. BOBBIO, N.: "Verità e libertà", en *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milano, Linea d'ombra, 1994, pág.65.

hombre atendiendo al nivel alcanzado en el actual estadio histórico de civilización³⁴⁷. Pero su objeción no es incompatible con la posición de Kelsen, sino que introduce un elemento de *valor inmanente* a la Democracia moderna. Ciertamente, Kirchheimer se opondría a la dirección -muy extendida, entonces y todavía actualmente- de pensamiento de ciertos positivistas legalistas, para los cuales el Derecho positivo se entiende la legislación del Estado, independientemente de todo valor moral de sus contenidos y del grado de eficacia. Para esa concepción el que una ley forme parte del Derecho positivo no comporta ninguna relación de correspondencia con un precepto moral o juicio de valor³⁴⁸. En este sentido, con toda la prudencia que ello requiere, en un Estado constitucional democrático se ha planteado reiteradamente la posible conveniencia de establecer límites (implícitos o explícitos) en la vinculación del juez a la Ley, cuando se trata de leyes manifiestamente injustas o abiertamente contrarias a la Constitución jurídica. El tema, especialmente relevante aquí respecto a la posición de Kirchheimer, se ha planteado con toda su fuerza respecto de los actos de legislación de los *Estados totalitarios* que contradicen las tradicionales concepciones democráticas del Derecho, la justicia y la ética, cuestión que ha agitado profundamente a todos los juristas, y que ha hecho mella en el viejo debate del sometimiento del juez a la *ley injusta*³⁴⁹.

³⁴⁷No en vano en ese compromiso recalaron, a pesar de todas sus ambigüedades, autores tan distintos en su sistema de pensamiento como Max Weber, Gustav Radbruch, Heller, Sinzheimer, Frank Neumann... De ahí la emergencia en la segunda postguerra mundial del "renacimiento" del derecho natural histórico y de contenido variable, que habían postulado también otros autores como Stammler, Pound. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *"La filosofía de Gustav Radbruch"*, Estudio Preliminar a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2020; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11(1), (2021), págs. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>.

³⁴⁸Véase, en general, la reflexión crítica sobre esa consideración realizada por TARELLO, G.: "La noción de Derecho positivo", en *Cultura jurídica y política del Derecho*, cit., págs. 180 a 190.

³⁴⁹Para la persistencia de esa cuestión controvertida planteada por el sometimiento del juez a las leyes injustas, véase ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs.206 y sigs. Entiende que todavía no ha terminado la cuestión planteada después de 1945 sobre la invalidez de leyes injustas, sin embargo, el sometimiento expreso del poder ejecutivo y del poder judicial "a la ley y al derecho" establecida en el artículo 20, apartado 3º, de la ley fundamental constituye una aportación legislativa relevante. Esta fórmula va más allá de la ley con el agregado "y derecho" y apunta al derecho suprallegal. Se vendría, para algunos, a acoger la matizada opinión de Radbruch, según el cual "el derecho positivo, asegurado por una sanción y promulgación, tiene preeminencia aun cuando su contenido sea injusto y no adecuado, a no ser que la contradicción del derecho positivo con la injusticia alcance una medida tan insoportable que la ley en tanto "derecho injusto" tenga que ceder ante la justicia". Esta cuidada e impresionante formulación de la idea de la subordinación de la ley a la justicia y a la ley moral puede considerarse en gran medida como dominante hoy día, pero desde luego no como una tesis indiscutida. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La filosofía jurídico-política de Gustav Radbruch*, Estudio Preliminar a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, págs. XVII-CIX.