

DERECHO Y PODER.
KELSEN Y SCHMITT FRENTE A FRENTE

Josafat Cortez Salinas

Córdova Vianello, L. (2009), *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: IJ-UNAM-FCE.

Lorenzo Córdova Vianello contrasta, analiza y expone la teoría de dos grandes juristas del siglo XX: Kelsen (normativismo) y Schmitt (decisionismo) en torno al problema del derecho y el poder. El autor sostiene su trabajo en el método analítico de la escuela de Turín y tiene en sus líneas la sombra y guía de los razonamientos de Norberto Bobbio. El libro viene precedido por un prólogo de Michelangelo Bovero en el que nos subraya la vitalidad del tema por ser “recurrente” en la teoría política y en el derecho, de esos temas en los que Bobbio insistía en colocar la atención. Luego caracteriza a la obra de Kelsen con “presunción de clasicidad”, mientras a Schmitt como un “interlocutor negativo” cuyos argumentos no son “inatendibles”.

El prólogo abre la reflexión para adentrarse en las dicotomías del libro dividido en dos partes para estudiar las “dos caras de una misma moneda”: derecho y poder o poder y derecho. En la primera parte el autor revisa la obra de Kelsen —que privilegia y antepone el derecho al poder— a través de cuatro grandes temas:

1. *El Estado como ordenamiento jurídico*, nos acerca a la teoría pura del derecho construida a partir de una norma fundamental como base del sistema jurídico. En este modelo una norma es válida sólo cuando fue producida por un poder jurídico autorizado para ese propósito por una norma válida preexistente. En esta concepción siempre hay un poder superior que crea y autoriza a los poderes inferiores. En lo alto del sistema está la *Grundnorm* que no es producida, que no es positiva y que cumple con una doble función: cierra el sistema y dota de validez a todas las normas del ordenamiento jurídico.

Esta visión le lleva a concebir al Estado y a todas sus partes como fenómenos jurídicos. Desde esta visión se antepone el derecho al poder.

2. *La Teoría de las Formas de Gobierno* nos precisa que Kelsen distinguía las formas de gobierno a partir de la regulación de la creación del orden jurídico. Se diferenciaba la democracia y la autocracia, vinculadas con la noción de autonomía que significa “darse las leyes a sí mismo” y heteronomía que es “padecer la determinación de una voluntad externa”. La democracia es un ordenamiento en donde los individuos participan en el proceso de ejecución y legislación, mientras en una autocracia la creación y aplicación de la voluntad están en manos de un hombre.

3. *La Teoría normativa de la democracia* nos conduce por el valor que Kelsen le otorgaba a la libertad política con sus dos límites: el principio de mayoría acotado por el respeto y supervivencia de la minoría; y el principio de representación basado en que los representantes reflejan la voluntad del electorado y son responsables ante ellos. En este punto se pone el acento en la trascendencia que el jurista le otorgaba al compromiso en la democracia mediante del acuerdo y la discusión ya que su visión de la política es la resolución de los conflictos.

4. *Los problemas del Parlamentarismo y del Presidencialismo: El confin entre la democracia y la autocracia.* En este apartado se explica la trascendencia que Kelsen le otorgaba a la forma de gobierno parlamentario porque consideraba que es la estructura institucional que más se acerca al ideal democrático. El parlamentarismo conjuga el principio de representación a través del sufragio universal y la regla de mayoría lo que permite la búsqueda del compromiso para generar la voluntad colectiva. Por otro lado, de acuerdo con Córdova el presidencialismo en la obra de Kelsen se asocia con la autocracia.

La segunda parte del libro analiza la “otra cara de la moneda” en la que prevalece el poder sobre el derecho. Se aborda la obra de Schmitt en tres apartados.

1. *La Primacía del Derecho sobre el Derecho: La concepción schmittiana del derecho.* De acuerdo con nuestro autor, para Schmitt el derecho es producido por una voluntad determinada, la decisión es la fuente del derecho, es su rasgo distintivo. La decisión encuentra su máxima

expresión en la situación excepcional, la norma se deja de lado y la decisión asume toda su plenitud. El soberano tiene la atribución de decidir sobre el Estado de excepción ya que la soberanía es la “capacidad de alguien de imponer su decisión en una sociedad determinada cuando esta se encuentra inmersa en una circunstancia de excepcionalidad”. La base del decisionismo de Schmitt radica en la noción de subordinar las normas al poder.

2. La *Política como contraposición entre amigo y enemigo* plantea cómo Schmitt concibe la política como conflicto en la contraposición y distinción de amigos y enemigos. Toda situación que se pueda enmarcar dentro del área de amigo y enemigo pertenece a la esfera de la política. Para el jurista; la política exterior tiene la más alta consideración ya que por medio del conflicto los estados se reconocen como entidades soberanas y permite la autoconciencia de la unidad de un pueblo.

En el tercer apartado titulado *La teoría schmittiana de las formas de gobierno* se rastrea las formas de gobierno en la obra de Schmitt con base en la fórmula de legalidad y legitimidad. En la primera se encuentra el Estado legislativo, mientras que en la segunda radica el Estado gubernativo. Son contraposiciones entre el predominio del parlamento y del Ejecutivo respectivamente. Schmitt es partidario del Estado gubernativo porque permite conducir a un pueblo, decidir en su nombre con rapidez en cualquier momento y establecer el caso de excepción. Sólo un pueblo homogéneo puede ser representado por medio del soberano quien decide sobre el caso de excepción e identifica al enemigo. El jurista es partidario de una democracia plebiscitaria con un gobierno que pueda actuar con fuerza y determinación sostenido en un pueblo homogéneo y unido que expresa su voluntad política mediante la aclamación.

La conclusión del libro es una reflexión sobre *La Controversia directa sobre la defensa de la Constitución: un choque entre concepciones incompatibles*. En este apartado se desarrolla la polémica sostenida por ambos autores sobre el tema de quién debe ser el defensor de la Constitución. Para Kelsen, la Constitución es una norma fundamental que establece los principios fundamentales que guían la vida en sociedad, es la fuente de origen y de validez de todas las normas inferiores.

El fin de la garantía de la defensa constitucional es preservar el ordenamiento por medio de la tarea de verificar la correspondencia entre las leyes y la Constitución. Kelsen propone un control de constitucionalidad centralizado conferido a un tribunal constitucional creado expresamente para ello. El garante de la Constitución sería un órgano distinto a su aplicación con el propósito de su garantía.

Schmitt entiende la Constitución como “decisión total sobre la especie y la forma de unidad política de un pueblo.” Para este autor, el custodiar la Constitución implica “proteger la unidad, y por ello, la existencia política de un pueblo”. Este rol sólo lo puede ejercer un poder neutral que se sitúe por encima de los intereses de los partidos políticos, es decir el presidente. El presidente es la figura de unidad nacional que es capaz de guiar los destinos del pueblo y expresar su voluntad.

Derecho y Poder es un libro que refleja dos posturas distintas sobre las formas de gobierno, la política, el derecho, la constitución y la democracia. El eje es el derecho y el poder a través de dos grandes figuras del pensamiento jurídico y político que están presentes en las discusiones de nuestros días. El esfuerzo es grande y el autor logra salir adelante de dos mundos conceptuales irreconciliables. El libro es útil para estudiantes ya que es una excelente introducción a ambos autores y por otro lado es relevante para los estudiosos de las ciencias sociales porque pone de nueva cuenta reflexiones renovadas sobre el tema recurrente del derecho y el poder.