

CARL SCHMITT, INTERPRETE SINGULAR Y MAXIMO DEBELADOR DE LA CULTURA POLITICO-CONSTITUCIONAL DEMOLIBERAL (*)

Por PABLO LUCAS VERDU

SUMARIO

I. PROPÓSITO DE ESTE ENSAYO: 1. *¿En qué medida se debe volver a Schmitt?* 2. *Precisiones sobre la vuelta a Schmitt.*—II. LA FAMA DE SCHMITT EN UNA ÉPOCA CRÍTICA: 1. *Relevancia de los pensadores políticos en tiempos de crisis.* 2. *Excepcionalidad del pensamiento schmittiano.*—III. LOS SABERES SCHMITTIANOS Y SUS PRESUPUESTOS ANTROPOLÓGICOS Y METODOLÓGICOS: 1. *Formación intelectual y doctrinal de Carl Schmitt.* 2. *Antropología y Teología políticas en Carl Schmitt.* 3. *Presupuestos metodológicos y sistemáticos schmittianos.*—IV. ALGUNOS CONCEPTOS Y POSICIONES DE CARL SCHMITT COMO ARSENAL PARA DOMINAR LA SITUACIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL: 1. *Preliminar.* 2. *El concepto de lo político como contraposición existencial amigo ≠ enemigo, noción capital en la doctrina schmittiana.* 3. *Importancia del concepto schmittiano de lo político. Consecuencias de dicha noción.*—V. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SCHMITTIANA EN UNA ÉPOCA DE DECADENCIA Y CRISIS. LA «VERFASSUNGSLEHRE» COMO «KULTURWISSENSCHAFT»: 1. *Orígenes germanos de la Teoría de la Constitución.* 2. *Significado de la «Verfassungslehre» schmittiana.* 3. *Carl Schmitt y el concepto de Constitución sustancial.* 4. *Una aportación importante de Carl Schmitt a la Teoría de la Constitución: las garantías institucionales: a) La cuestión en la etapa weimariana. b) El problema en el período nacionalsocialista. c) La cuestión en Alemania a partir de 1949.* 5. *Nota crítica sobre la doctrina schmittiana de las garantías institucionales.* 6. *La teoría de las garantías institucionales en la doctrina española.* 7. *La «Verfassungslehre» de Carl Schmitt como «Kulturwissenschaft».*

(*) Entregado el 11 de enero de 1988.

I. PROPOSITO DE ESTE ENSAYO

1. *¿En qué medida se debe volver a Schmitt?*

La personalidad científica y cultural de Carl Schmitt es tan singular que no es menester insistir, ni justificar, el interés que hace mucho tiempo suscitó.

Mi propósito estriba en comprobar si es conveniente replantear su pensamiento en una época que, *servata distantia*, en tantas cosas se asemeja a la que le tocó vivir. Por otro lado, sus escritos son tan significativos que constituyen el equipaje doctrinal de gran parte de los especialistas en Teoría del Estado y en Derecho constitucional.

La vuelta a Schmitt, que se percibe ahora en los Estados Unidos (1) y en Italia (2) y, en parte, en nuestra patria (3), suscita la cuestión acerca de su sentido: ¿una fascinación por sus siempre sugestivos trabajos?, es decir, ¿una *admiratio*? Ahora bien: ¿qué tipo de admiración? ¿Veneración? ¿Sorpresa? ¿Estupor? ¿Utilización?

Como en muchos de los grandes escritores políticos, nos encontramos con quienes le apoyan y quienes le aborrecen: schmittianos y anti-schmittianos; dicotomía sumamente congruente con su pensamiento, que corresponde, en cierta medida, a las posiciones ideológicas y políticas mantenidas por sus amigos y enemigos. Existen también opiniones intermedias. Es la que intentamos desarrollar, a saber: sin perjuicio de reconocer su gran talento, originalidad,

(1) En Estados Unidos, el Massachusetts Institute of Technology Cambridge Massachusetts ha editado, vertidas al inglés, estas obras de CARL SCHMITT: *Political Theology. Four Chapters on the concept of Sovereignty* (traducción e introducción de Georg Schwab, 1985); *The crisis of parliamentary Democracy* (traducción e introducción de Ellen Kennedy, 1985).

(2) CARLO GALLI: *Carl Schmitt in Italia. Una bibliografía*, en *La Politica oltre lo Stato: Carl Schmitt a cura di Giuseppe Duso*, Arsenale Cooperativa Editrice, Venecia, 1981, págs. 169-181, recoge una extensa nómina de traducciones, escritos relacionados directamente con el autor y referencias desde 1933 hasta 1978.

(3) Cfr. la acertada tesis doctoral de GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: «Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Hace ya tiempo JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ estudió la obra schmittiana. Cfr. su tesis doctoral: «El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt», Porto y Compañía (edit.), Santiago de Compostela, 1950 y, por último, JOSÉ MARÍA BENEYTO: *Politische Theologie als politische Theorie Eine. Untersuchung zur Rechts- und Staatstheorie Carl Schmitts und ihre Wirkungsgeschichte in Spanien*, Duncker und Humblot, Berlín, 1983. No es menester recordar los escritos de F. J. Conde influidos por Schmitt y sus traducciones del pensador germano.

agudeza y estilo literario, hay que subrayar la «peligrosidad» de la mayor parte de sus tesis para la defensa y despliegue de la cultura político-constitucional del mundo occidental. Por consiguiente, la vuelta a Schmitt, como la vuelta a Kelsen, a Smend o a cualquier autor significativo, ha de hacerse con mucho tacto y comedimiento: respetar la persona, pero tomar su argumentación y conclusiones con suma cautela. Esto último, por dos razones: en primer lugar, porque el seguimiento de un autor y de un pensamiento requiere condiciones mínimas para aproximarse a personalidades de tanto calado intelectual; en segundo lugar, porque ese seguimiento pudiera convertirse en una caricatura del original, de modo que éste se haría irreconocible. A esos motivos hay que añadir otro más sorprendente: la *recuperación* por autores italianos, de inspiración marxiana, del pensamiento schmittiano, lo cual, si, por un lado, corrobora la *admiratio* del maestro en el sentido de fascinación, por otro replantea suspicacias acerca de si tal recuperación es compatible con el mantenimiento y desarrollo de la cultura político-constitucional euroatlántica.

¿Por qué el autor de obras tan incisivas llama tanto la atención en Italia y ahora, en menor medida, en España y Francia? (4), y ¿por qué —y esto es más sorprendente— en el mundo angloamericano?

Se me ocurre contestar, a la primera pregunta, diciendo que entre nosotros se aprecian —en parte también en Italia— ciertos síntomas de la cultura expresionista, como sucedió en la República de Weimar, dado el confusio-nismo, diletantismo e irresponsabilidad de las fuerzas políticas respecto al manejo de las instituciones fundamentales: Parlamento, elecciones, referendos, partidocracia, asintonía entre la normatividad constitucional y la realidad subyacente, arriesgadas decisiones que bordean los parámetros constitucionales, cuando no los rebasan. En Italia, el replanteamiento schmittiano tiene otras connotaciones, como la interpretación de la crisis de la República y de su clase política, utilizando instrumental del político-jurista germano: explicación de la vida política hurgando —como lo hizo Schmitt en su tiempo— en el subsuelo de las normas e instituciones para subrayar las contradicciones entre la norma y la realidad. A una época y a unas estructuras decadentes del capitalismo tardío corresponde una crítica destructora. En este sentido, los seguidores actuales de Carl Schmitt reproducen el estilo y técnicas del expresionismo y decadentismo weimariano, con la diferencia de que las obras de este periodo son muy superiores en importancia y esteticismo comparadas con las de sus epígonos actuales. ¿En qué medida es conveniente replantear

(4) J. FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1965 (hay traducción española, Madrid, 1968).

autores y pensamientos de literatos, artistas, músicos, científicos, pensadores, juristas de una época pasada en nuestros días?

No me corresponde responder a esta pregunta respecto a los primeros; sólo en lo que concierne a los últimos, y en este caso, al político-jurista Carl Schmitt (5). En este caso, la obra schmittiana es la respuesta crítica, demoleadora, inserta en el microcosmos cultural weimariano, a una situación político-social que rechaza, en tanto que Heller, Smend, Scheuner, Kaufmann, Kirchheimer (discípulo de Schmitt) y Bäumlín representan posiciones diversas, y en parte contrarias, a las del famoso autor.

¿Qué significa la atención prestada al maestro alemán en los Estados Unidos? Aquí la cuestión es diferente, porque nos encontramos con un país de larga tradición democrática; pero entonces, ¿cómo es posible que especialistas norteamericanos estudien, con detenimiento, la obra de un autor significativo, crítico de la democracia liberal? Es el fenómeno contrario a la aproximación y explicación conceptual de los italianos marxianos. Claro está que hay que descontar que se trate de una identificación con los postulados schmittianos, de una recuperación más o menos subvertidora. Aunque, desde la guerra del Vietnam, la interpretación de la Constitución bicentenaria ha experimentado cambios notables, acentuados por la Administración Reagan y su política de nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo, hay que pensar que estamos ante una curiosidad intelectual, no exenta de cierta fascinación por la persona y su obra (6). Los ingredientes autoritarios de Schmitt y sobre todo su enorme ingenio han impresionado a los especialistas angloamericanos.

(5) En mi estudio *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La Teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid, 1987, señalo la interconexión entre diversas corrientes y autores no juristas con las doctrinas mantenidas por estos últimos.

(6) El excelente libro de JOSEPH W. BENDERSKY: *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton University Press, 1983, mantiene cierta reivindicación de Schmitt. Según el autor, que critica los compromisos de Schmitt con Hitler, el profesor alemán no intentó socavar el orden weimariano; al contrario, preservarlo frente a la amenaza hitleriana. A mi juicio esta tesis es demasiado benevolente y se explica por la capacidad fascinadora de Schmitt. En este sentido Bendersky, como tantos, experimentan la doble impresión psicológica de rechazo-aceptación que producen las inteligencias excepcionales. Recuerdo mis conversaciones con el maestro en los veranos de los años sesenta en Santiago de Compostela cuando pasaba temporadas para visitar a su hija y su yerno. Cfr. también el prólogo de Thomas McCarthy a las versiones angloamericanas de las dos obras de Schmitt citadas en la nota 1. En él expone las razones que justifican la traducción.

2. *Precisiones sobre la vuelta a Schmitt*

En resumen, la vuelta a Schmitt hay que matizarla así: Schmitt fue un intérprete agudísimo y fascinante del ordenamiento constitucional weimariano y a la vez el máximo debelador de la cultura política en que se apoyaba. En cuanto intérprete, sus argumentaciones y tesis son todavía aprovechables con tal que se disocien de la concepción del mundo de la vida que inspiró a la República de Weimar. La postura de Bendersky, que sostiene que el maestro germano pretendió apuntalarla, no me convence. No obstante, su crítica es un producto significativo cultural de la cultura que denostó. Por eso merece su estudio: por su interés, incluso terapéutico.

Políticamente, Schmitt fue un oportunista, siempre con hambre de protagonismo político operando en la sombra, de modo que, como veremos, a veces su pensamiento se anticipó a los acontecimientos políticos para influir en ellos e instalarse como consejero áulico en las nuevas situaciones. Es un fenómeno bastante común entre intelectuales metidos en la política.

II. LA FAMA DE SCHMITT EN UNA EPOCA CRITICA

1. *Relevancia de los pensadores políticos en tiempos de crisis*

Sin perjuicio de los méritos intrínsecos del maestro germano, su fama se acrecienta en momentos críticos, como los de la República de Weimar.

A otros pensadores clásicos como Hobbes, Bodino y Donoso Cortés también les tocó vivir períodos azarosos. Como es sabido, Schmitt los estimó mucho e interpretó sagazmente, aunque es discutible su interpretación. Tales épocas azacanean a los intelectuales, de modo que éstos se apresuran a emitir juicios —asumibles o no— sobre dichas situaciones (7).

En el caso de Schmitt se corrobora, con creces, cuanto digo. En efecto, fue un autor crítico de doctrinas e instituciones en crisis. Esta posición manifiesta, además, su talante esencialmente político, como indicó Legaz y Lacambra (8). Ahora bien, un intelectual puede adoptar diversas actitudes ante

(7) Sobre la posición de la inteligencia alemana ante la crisis weimariana. Cfr. F. FRANK TROMMLER: *Verfall Weimars oder Verfall der Kultur? Zum Krisengefühl der Intelligenz um 1930 in Weimars Ende. Prognosen und Diagnosen in der deutschen Literatur und politischen Publizistik 1930-1933*, Herausgegeben von Thomas Toebeiner, Suhrkamp Taschenbuch, Materialien Frankfurt am Main, 1982, págs. 34 y sigs.

(8) LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *Prólogo* de la tesis doctoral de J. Caamaño Martínez,

la situación sociopolítica de su tiempo: evadirse de ella y esperar no comprometiéndose, adaptarse, criticarla con el intento de mejorarla; rechazarla con propósitos subvertidores. Dado el talante de nuestro autor, intrínsecamente politizado, jamás intentó huir de su realidad. Todo lo contrario. Observamos en su trayectoria intelectual, profesional y política una mezcla de adaptación y de rechazo crítico, prevaleciendo, sin duda, el ingrediente segundo (9).

La fama schmittiana fue rápida y duró hasta nuestros días. Fama surgida durante la crisis y replanteada en Alemania y fuera de ella en los tiempos presentes (10). Estimación notable porque la doctrina dominante era contraria a su ideal.

Para comprender la fama de virtuoso (*magnam virtutis opinionem habere*), reconocida por todos, es menester exponer su peripecia vital, como ha hecho, brillantemente, Bendersky, cuya obra tiene, entre otros, el mérito de situar cada escrito de Schmitt en su contexto histórico puntual. Confronta su vida con los acontecimientos alemanes y mundiales. Nos remitimos a su libro. Lo que me interesa es apuntar los rasgos característicos de tan notable personalidad.

Ante todo, el maestro evidencia las notas de un auténtico intelectual, no de un intelectualista (11), puesto que esta última calificación no cuadra con

citado en nota 3: «... su posición nos recuerda la del 'espectador' inteligente a lo Ortega y Gasset, si bien, como éste, se halla también implicado vitalmente en una situación política y por eso sus conceptos están a menudo conscientemente pensados como instrumentos para la acción política» (pág. 11).

(9) GEORGE SCHWAB en su introducción a *Political Theology*, cit., pág. XVIII, subraya que Schmitt aceptó el nuevo orden republicano y desoñó fortificarlo contra las fuerzas centrifugas desarrolladas entonces. Consideró que las medidas de urgencia adoptadas para solventar las crisis fueron correctas. A su juicio había que interpretar las disposiciones constitucionales para asegurar a los ciudadanos el orden y la estabilidad para que el Estado funcionase normalmente. Esta tesis de Schwab la comparte BENDERSKY: *Ob. cit.*, pág. 280. La cuestión, a mi juicio, consiste en precisar si la defensa de las medidas urgentes y los argumentos a su favor manejados por Schmitt armonizaban con el espíritu y *telos* de la Constitución de Weimar. Según esto, su defensa de la República entrañaba al mismo tiempo una subversión de su Constitución en la medida que alteraba, subrepticamente, el contenido de sus preceptos.

(10) Cfr. HELMUNT RUMPF: *Neues westliches Echo auf Carl Schmitt*, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre. Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, vol. 22, cuad. 3, 1983, págs. 381 y sigs. Cfr. lo que escribe JÜRGEN FIJALKOWSKI: *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la Filosofía de Carl Schmitt*, trad. de José Zamit, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 18.

(11) «... es demasiado intelectual, demasiado 'agudo'», escribió LEGAZ: *loc. cit.*, página 11.

sus tesis voluntaristas y decisionistas. Ocurre que las argumenta con razonamientos —a veces sorprendentes y sofisticados— típicos de un intelectual (12).

Schmitt fue un intelectual ambicioso, como escribe Bendersky (13); trató de compensar sus orígenes más bien humildes mediante el reconocimiento de sus éxitos. No obstante, no se trataba tanto de pretensiones económicas como de ansia de notoriedad científica y profesional. En estrecha relación con este rasgo aparece el de la vanidad, característica típica de algunos intelectuales-políticos. El sabía que sabía y que contaba con sobrados recursos para demostrarlo, superando así un oculto sentimiento de inseguridad debido a su procedencia social (clase media poco acomodada). Tales características son explicable, a mayor abundamiento en la situación social y económica de Alemania, derrotada en la Primera Guerra Mundial.

Nuestro autor tuvo una exquisita formación humanista, filosófica, histórica, sociológica y jurídica, que siempre aprovechó y utilizó con dialéctica sorprendente, incisiva, en la crítica de las posiciones contrarias y en la exposición de sus puntos de vista. Sus clases, seminarios y conversaciones suscitaban atención, fascinación. Desarrollaba un discurso preciso, contundente, pero sin estridencias, acompañado de un tono vocal armónico. Su obra y estilo, en conjunto, manifestaba, indiscutiblemente, cierto esteticismo. Para Ernest Fraenkel era una esteta de la violencia. Suponiendo, a mi juicio, que la violencia siempre expresa una cualidad estética.

Varios autores han subrayado el oportunismo de Carl Schmitt (14), si bien en algún caso, como apunta Bendersky (15), sucumbiendo al temor y olvidando en seguida sus propios puntos de vista, basó muchas de sus decisiones políticas en consideraciones personales, sufriendo sus consecuencias hasta el resto de su vida. Es una manera elegante de justificarle, pero hay que indicar que Schmitt calculó mal, aunque luego, en el verano de 1946, escribiendo sobre Tocqueville, indirectamente se considerase, como el francés, un vencido pero no convencido (16).

(12) Sobre los rasgos de los intelectuales políticos. Cfr. mi *Política e Inteligencia. Ensayo sobre los contornos sociopolíticos de la Inteligencia*, 2.ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 1972, págs. 59 y sigs. El rasgo de *labilidad* que atribuyo a los intelectuales, pág. 60, me parece que cuadra perfectamente a Schmitt.

(13) BENDERSKY: *Ob. cit.*, pág. 7.

(14) BENDERSKY: *Ob. cit.*, págs. 198 y sigs.; 204-205 y sigs. G. SCHWAB: *The Challenge of the exception. An Introduction to the political Ideas of Carl Schmitt between, 1921-1936*, Duncker und Humblot, Berlín, 1970, pág. 204.

(15) BENDERSKY: *Ob. cit.*, pág. 202.

(16) CARL SCHMITT: «Historiographia in Nuce: Alexis de Tocqueville», en *Ex captivitate Salus*, trad. de Anima Schmitt de Otero, Porto y Cía (edit.), Santiago de Compostela, 1960, págs. 34, 36, 37 y sigs.

El oportunismo schmittiano hay que matizarlo porque es un rasgo común a muchos pensadores políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días, junto a la *virtù* y a la *fortuna*, el político avezado debe saber explotar la *occasio* (*occasione non deesse*). Estamos así ante el ocasionalismo filosófico-político que nuestro autor aplicó atinadamente para explicar el romanticismo político (17). En este sentido, Carl Schmitt, entre las dos almas del espíritu germano, la ilustrada y la progresista y la romántica e irracionalista, parece acercarse más a esta última.

Hemos señalado como característica del intelectual su *labilidad*, de manera que la actitud personal e intelectual de Schmitt, su oportunismo, se expresa como calculada —al final sin éxito— acomodación y, en su caso, interés por influir en las situaciones cambiantes. Trátase de —sin renunciar a su constante pensamiento autoritario, no preterizante, pese a su entusiasmo por los contrarrevolucionarios (De Maistre, De Bonald, Donoso Cortés), del intento fallido— determinar, con sus consejos, opiniones y doctrinas, el curso de los acontecimientos políticos.

En este contexto puede explicarse la calificación de *Kronjurist* que varios autores le han adjudicado (18). La cuestión, a mi entender, estriba en que, a pesar de los esfuerzos schmittianos para influir en la situación, éstos fueron inútiles porque las circunstancias habían cambiado radicalmente. Si en el Imperio guillermino se pudo considerar como *Kronjurist* a un Paul Laband (19), en la República de Weimar la estimación del autor de la *Verfassungslehre* como jurista oficial parece un tanto desmesurada. En efecto, para admitirla sería menester prescindir de Hugo Preuss, artífice principal de la Constitución, de Anschütz y Thoma, sus comentaristas más conocidos, e incluso de Kelsen.

Sucede que Carl Schmitt fue el teórico más agudo y brillante de los poderes extraordinarios del *Reichspräsident* (el famoso artículo 48 de la Constitución); el abogado, junto con Jacobi, del Gobierno central frente al de Prusia en el conflicto del *Reich* contra Prusia, el 20 de julio de 1932, y el

(17) CARL SCHMITT: *Romanticismo político*. A cura di Carlo Galli, Giuffrè, Milán, 1981, págs. 121 y sigs.

(18) BENDERSKY: *Ob. cit.*, págs. 170-171, 184. En la página 191 matiza que, sin embargo, siempre fue figura secundaria: un intelectual que intentó, sin éxito, impactar en los acontecimientos políticos. HELMUNT RUMPF: *loc. cit.*, pág. 391, coincide con Bendersky.

(19) Cfr. lo que dice WALTER WILHELM en su *Metodología jurídica nel secolo XIX*, a cura di P. L. Lucchini, Giuffrè Editore, 1974, págs. 177-178, nota 12, que el Kaiser le llamó «uno de los hombres más ilustres» y terminó una conversación con Laband con estas palabras: «Lamento no haber podido escuchar una de sus lecciones.»

asesor de varios personajes políticos relativamente importantes. Ahora bien: todo ello no basta para afirmar que fue el *Kronjurist* del *Reich* weimariano, por lo menos en el campo doctrinal, como tampoco llegaría a serlo en el régimen hitleriano. Ciertamente, sus opiniones alcanzaron gran notoriedad, suscitando seguidores, contradictores y grupos de personas interesadas en atraerlo a su causa.

Su prestigio en los medios universitarios fue intenso sobre sus colegas; también gozó de cierta popularidad entre los alumnos. Su dicción perfecta, la originalidad de los temas elegidos y sus posiciones sugerentes respecto a los sucesos que se desencadenaron rápidamente en las postrimerías de Weimar acrecentaron su fama. Schmitt propendió siempre a exagerar sus tesis y a tergiversar los acontecimientos para reconducirlos a su modo de pensar. Esto lo hizo no tanto para afirmar su personalidad cuanto para responder enérgicamente a los retos situacionales sucesivos, decidiendo. Claro está que toda decisión en momentos críticos no es medida tímida o apocada, sino tajante como todas las dicotomías y tricotomías schmittianas: amigo-enemigo, excepción-normalidad, Constitución-ley constitucional, normativismo-decisionismo-pensamiento de los órdenes concretos, legitimidad-legalidad, etc.

2. *Excepcionalidad del pensamiento schmittiano*

¿En qué medida puede decirse que Carl Schmitt fue un hombre excepcional?

La contestación debe ser ponderada. Aquí no hay que dejarse llevar de las exageraciones y tergiversaciones del maestro. Esto quiere decir que hay que precaverse tanto ante su fascinación como respecto a su denigración.

Conocida es su vasta, exquisita, cultura y erudición tendentes al esteticismo. Es fácil sorprender matices latinos en su formación y estilo. Dominaba la cultura francesa, italiana y parte de la española. Ahora bien: nadie pondría en duda los amplios y profundos saberes de un Kelsen y, en otra línea, de Heller y Smend.

Sucedió que Schmitt fue mucho más incisivo y sobre todo que la cultura política de Weimar, con sus contradicciones y fisuras, le favoreció. Este hombre vencido pero no convencido, este profesor virtuosísimo diseccionador del Estado liberal de Derecho, eficazísimo buceador de las profundidades histórico-sociales del constitucionalismo liberal, intelectual que pretendió anticiparse con su pensamiento a los eventuales cambios políticos para orientarlos y dominarlos, es lógico que impresionase a un sector universitario, a los núcleos amargados y ofendidos en su patriotismo por el *diktat* de Versalles,

descontentos por el indecisionismo de la Constitución de Weimar y pesimistas respecto a su futuro (20), e incluso a los círculos nostálgicos del pasado, que aspiraban recuperarlo.

En cambio, la geometría jurídica kelseniana, los atinados trabajos de Heller y los profundos escritos de Smend no podían competir con él en punto a alcanzar audiencia tan variada.

Mientras Kelsen exponía una doctrina distante de la problemática existencial de entonces, en tanto que Heller y Smend se abrían a los valores, sus respectivas contribuciones parecían más alejadas de las cuestiones candentes.

El socialismo de Heller, desalentado ante la marea creciente nacional-socialista, y el protestantismo piadoso de Smend fueron anegados por los enemigos de derecha y de izquierda de la República. Sólo Schmitt mostró una habilidad extraordinaria, casi diabólica —y no se tome drásticamente este adjetivo—, para captar inmediatamente el alcance de cada situación política aplicando las tesis que correspondían a sus ambiciones.

Por todo ello, Carl Schmitt fue excepcional. Intérprete singular y máximo debedor de la cultura política demoliberal. Añadiendo que hasta los defensores de dicha cultura tuvieron —y tienen ahora— que hacer las cuentas con su pensamiento y escritos.

III. LOS SABERES SCHMITTIANOS Y SUS PRESUPUESTOS ANTROPOLOGICOS Y METODOLOGICOS

1. *Formación intelectual y doctrinal de Carl Schmitt*

A diferencia de otros pensadores, que parten, principalmente, de una corriente o de un autor, sin que esto signifique mengua de la originalidad, Schmitt no se basa e inspira en un solo modelo o tendencia. Si Kelsen partió del neokantismo de Cohen, Heller de la sociología de la realidad y de fuentes marxianas, Smend de Theodor Litt y de la fenomenología, nuestro autor es un pensador sincrético. Sintetizador de diversas corrientes, que reelabora, reinterpreta y actualiza al servicio de sus propósitos políticos. Tal reelaboración y reinterpretación la hizo siempre con suma elagancia, con pleno dominio de las fuentes (históricas, filosóficas, literarias), y en ello radica la fascinación y esteticismo de sus escritos. También su tendenciosidad.

(20) En esta línea le sigue su discípulo Otto Kirchheimer, aunque la ideología de este último, socialista, y sus conclusiones le apartaron del maestro. Cfr. mi *Lucha contra el positivismo jurídico*, cit.

Inicialmente, y antes del derrumbamiento del Imperio guillermino, experimentó el influjo neokantiano. Así, por ejemplo, en su escrito juvenil acerca del valor del Estado y el significado del individuo (21); pero pronto abandonará esta orientación, condicionado por el sesgo dramático que sufrirá Alemania (22). En adelante no se percibirá un influjo predominante en sus escritos, de suerte que para precisarlo parece conveniente apuntar dos cosas: a) Carl Schmitt fue un lector infatigable, lector que abarcó variadísimos campos del saber y de la cultura, y b) que casi siempre instrumentalizó sus lecturas para prestigiar y/o apoyar sus posiciones políticas cambiantes, oportunistas.

Nuestro autor nació en el seno de una familia católica que vivió en una zona de predominio protestante, de modo que, como subraya Schwab (23), fue muy consciente de la controversia del *Kulturkampf*. A pesar de que fue un acontecimiento pasado, todavía era un tópicus capaz de suscitar la violencia entre católicos y protestantes. El joven Schmitt quedó impresionado por la victoria de la Iglesia católica sobre el gran Bismarck. En su escrito sobre el catolicismo romano y la forma política (24) muestra su admiración por la elasticidad de la Iglesia católica, a la que denominó, aplicando, como hacía frecuentemente, técnicas y conceptos filosóficos clásicos, *complexio-oppositorum*. A diferencia de Smend, que fue un protestante piadoso, nuestro autor no se caracterizó precisamente por lo mismo en el campo católico, puesto que lo que más le interesó de la Iglesia fue su capacidad de resistencia de acomodación y su efectividad social.

A pesar de su formación católica, Schmitt no mantuvo la tradición escolástica del Derecho natural, que, como indica Schwab, chocaba con su pensamiento, apegado a situaciones históricas concretas. El impacto de los teócratas De Maistre y De Bonald, así como el de Donoso Cortés, es notorio. De sus ideas contrarrevolucionarias extrajo buena parte de su instrumental

(21) *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1914. En 1910 consiguió el doctorado en Estrasburgo con una tesis sobre Derecho penal titulada: *Über Schuld und Schuldarten. Eine terminologische Untersuchung*, Breslau, 1910, obteniendo la máxima calificación (*summa cum laudem*).

(22) Según SCHWAB: *Ob. cit.*, pág 14, en su trabajo *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Otto Liebmann, Berlín, 1912, págs. 48, 52, 104, 106; en esta fecha se perciben síntomas de su futuro decisionismo cuando sostuvo que la interpretación y aplicación del Derecho depende de la decisión del juez y no de la norma jurídica. A mi juicio se trata, probablemente, del influjo del *Freirechtbewegung* (Fuchs Kantorowitz y otros).

(23) GEORGE SCHWAB: *The Challenge*, cit., págs. 19 y sigs.

(24) CARL SCHMITT: *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2.ª edic., Theatiner Verlag, Munich, 1925.

crítico-polémico y sobre todo conceptual, que inmediatamente adaptaba a sus posiciones autoritarias-conservadoras.

Le interesó la proyección política del romanticismo (25), tanto por sus aspectos estéticos, que acompañaron, según Galli (26), a Schmitt toda la vida, como por motivos metodológicos (decisionismo ocasionalista), como por sus coincidencias con Adam Müller. Aquí también el autor muestra su utilización de ideas, opiniones para configurar y desarrollar su propio pensamiento, que le llevó no pocas veces a tergiversaciones y exageraciones de las posiciones originarias que le inspiraron. Ahora bien: su constante curiosidad cultural nunca le sirvió para *adornar* sus argumentaciones, sino para hacerlas más sugerentes. Se trataba de un intento calculado; dicho más contundentemente: de agilizar la tendenciosidad de sus escritos, porque todos ellos albergaban un propósito político en función de la coyuntura.

Por otro lado, hay en el autor germano cierto impacto marxista. «Por toda la obra de Schmitt —escribe J. Caamaño (27)— corre un profundo influjo de la ideología y la técnica marxistas. La actitud que adopta en su crítica del Estado liberal burgués, de la situación política actual y los métodos de ataque que emplea son semejantes a la actitud marxista en su crítica del orden existente», y añade (28): «En todos los terrenos prosigue Schmitt su labor de describir las infraestructuras sociológicas o económicas que se ocultan tras las normas e instituciones jurídicas, desenmascarando, así, los verdaderos motivos y las fuerzas morales (¿sociales?, nota de P. L. V.) a que deben su nacimiento aquellas instituciones». Es una ironía, al fin y al cabo, una *complexio oppositorum* (Marx-Schmitt) que se produce, soterradamente, en el teórico de los políticos, como contraposición existencial entre amigo-enemigo.

Sin embargo, se advierten en la obra schmittiana escasas referencias directas a conceptos y teorías económicas. No se encuentran en sus escritos consideraciones positivas o negativas sobre la teoría económica moderna. ¿Desdén? ¿Indiferencia? El pensamiento del maestro es la absolutización de lo político; mantiene un *panpoliticismo* y no un *paneconomicismo*. Su discípulo marxista Otto Kirchheimer prestó mucha más atención a los factores económicos. Es curioso observar que máximos representantes del pensamiento político como Maquiavelo y, en este caso, Carl Schmitt se despreocupasen de

(25) CARL SCHMITT: *Romanticismo político*. A cura di Carlo Galli, Giuffrè Editore, Milán, 1981.

(26) CARLO GALLI en la *Presentazione* de la obra anteriormente citada, pág. XXVI.

(27) JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Porto y Cía (edit.), Santiago de Compostela, 1950, págs. 165 y sigs.

(28) JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ: *Ob. cit.*, pág. 166.

las cuestiones económicas. Tal vez en el caso del alemán, porque subsumió la economía en la sociología (29).

¿En qué medida conecta el autor germano con la filosofía existencialista? H. Hoffmann (30) distingue dos fases en el desarrollo del pensamiento schmittiano: la caracterizada por la legitimidad racional (1912-1922) y la del existencialismo político (1923-1933). En el excepcionalismo político de Schmitt se percibe la huella de la teología existencialista; así, cuando alude a Kierkegaard, «a un teólogo protestante» (31), y al aplicar términos característicos de estilo existencialista. Esto nos lleva a insistir en la vertiente estetizante de nuestro autor, tal como se percibe en su obra sobre el romanticismo político (32). Además, son notorias sus relaciones con escritores y poetas como Theodor Däubler, Konrad Weiss y Walter Benjamin (33). En definitiva, Carl Schmitt fue un decisionista autoritario; un existencialista estetizante, poniendo temporalmente todas estas cualidades al servicio de un pensamiento anti-liberal y antidemocrático.

(29) MARIO TRONTI ha trazado un paralelismo entre Marx y Schmitt en su trabajo: *Marx e Schmitt: Un problema storico-teorico*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., págs. 24 y sigs., y en especial 30, 37 y sigs. *La linea Marx-Schmitt su questo punto si spezza. Marx pensava a un recupero finale di funzioni politiche dentro de la società. Schmitt pensa a un recupero della società dentro dello Stato. Ma mentre le esperienze pratiche del socialismo corregerano poi Marx in senso schmittiano, Schmitt nel seguito del suo pensiero corregerà se stessi in senso marxiano*, loc. cit., págs. 39-40. JOSÉ MARÍA BENEYTO, en su *Politische Theologie*, cit., pág. 69, nota 27, cita a Caamaño, a F. Ayala en su introducción a la traducción de la *Verfassungslehre* respecto a la posición schmittiana ante el marxismo.

(30) H. HOFMANN: *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlín, 1964, cit. por GÓMEZ ORFANEL: *Ob. cit.*, pág. 265, cuando estudia la Legitimidad y Dictadura escribe que «Schmitt considera a la dictadura como una suspensión del Derecho (lo cual nos recuerda al Kierkegaard de *Temor y Temblor* y sus referencias a la suspensión teológica de lo ético)».

(31) SCHWAB en la nota 7 de su traducción *Political Theology*, cit., pág. 15, aclara que ese teólogo protestante es precisamente Kierkegaard autor de la «Repetición». Cfr. SÖREN KIERKEGAARD: *La ripetizione. Saggio d'esperienza psicologica. Scritto da Costantino Constantius*, trad. italiana de E. Valenziani, Fratelli Bocca Editore, 1945, páginas 149 y sigs. Son páginas de gran belleza literaria.

(32) CARL SCHMITT: *Romanticismo político*, cit., págs. 91 y sigs., 152 y sigs., 179 y sigs. «En Novalis y en Adam Müller el Estado parece ser la mujer amada y su poetización de la ciencia de las finanzas le lleva a concluir que se deben pagar tasas al Estado como se hacen regalos a la mujer amada; por tanto, es perfectamente lo mismo que Novalis componga una poesía para la Señora o que Müller escriba un capítulo sobre el Estado» (pág. 180).

(33) Cfr. SCHWAB: *The Challenge*, cit., pág. 25, quien subraya que el mismo Schmitt escribió algunos poemas.

Por último, conviene decir algo sobre los modelos y antimodelos schmittianos.

Sin perjuicio de la originalidad del autor alemán, cada uno de sus conceptos fundamentales, cada una de sus obras, parte de algún autor clásico. Aprovecha el pensamiento de eximias personalidades para reinterpretarlo con singular agudeza, aunque casi siempre, insistamos, de modo tendencioso.

Así ocurre con sus opiniones sobre Bodino, Hobbes (34), De Maistre, De Bonald, Donoso Cortés, Rousseau (35) y Hegel, que son siempre interesantísimas, aclarando que sirven mucho más para entender la personalidad y teoría schmittiana que la de los autores correspondientes. En cuanto a los antimodelos, las referencias son más bien escasas. En principio serían los liberales clásicos, los mantenedores de la representación política y, en sentido opuesto, los socialistas y comunistas, aunque también aprovecharía algunas de sus ideas, las relativas a la configuración y operatividad del Estado burgués liberal de Derecho para deleitarse señalando sus puntos quebradizos (36).

La formación doctrinal de nuestro autor fue excepcional, no limitada a la jurisprudencia, pues se extendió también a la sociología, de modo que estimó mucho el pensamiento de Lorenz von Stein, de Tönnies y de Max Weber. Mostró simpatía por las teorías del gran Otto von Gierke, y entre sus contemporáneos, por Rudolf Smend, quienes se enfrentaron con el formalismo jurídico en sus respectivos tiempos (37).

2. *Antropología y Teología políticas en Carl Schmitt*

Aunque la parte más importante de los trabajos schmittianos sobre temas constitucionales los escribió y publicó durante la República de Weimar, cuando dominaba en la doctrina el positivismo jurídico, encontramos en ellos consideraciones importantes sobre el hombre y su naturaleza. A ello le obli-

(34) CARLO GALLI: *La teología política in Schmitt: proposte per una rilettura critica en la política oltre lo Stato*, cit., pág. 132, dice: «... la sua grande ambizione è stata di essere lo Hobbes del nostro tempo».

(35) SCHWAB: *Ob. cit.*, pág. 26, apunta acertadamente que Schmitt tomó de Rousseau su concepto de identidad entre gobernantes y gobernados, reinterpretándolo, y la creencia en la voluntad general como base de la acción estatal.

(36) Gómez Orfanel —siguiendo a Paul Pattloch— señala el influjo de Nietzsche sobre Schmitt. Según Pattloch y Von der Heydte, Schmitt sería el albacea testamentario de Nietzsche en la Teoría del Estado.

(37) Sobre la correlación Schmitt-Smend, cfr. mi monografía *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 1987, *passim*.

gaba sus análisis acerca de la Teología política (38), si bien nuestro autor no se ocupa de la relación hombre-Dios, sino de la secularización de dogmas religiosos que explican la posición del hombre en la sociedad política. Sin embargo, la formación católica de Schmitt, dogma del pecado original y sus lecturas de los contrarrevolucionarios (De Maistre, De Bonald y Donoso Cortés) (39), le encuadraron en la corriente del pesimismo antropológico, estimulada por los dramáticos acontecimientos que le tocaron vivir. Asimismo, sus trabajos sobre Hobbes configuraron su posición pesimista. El pesimismo sobre la naturaleza humana será el ambiente espiritual para su concepto de lo político como contraposición radical y existencial entre amigo-enemigo. En este sentido coincide con las opiniones de Maquiavelo sobre el hombre.

Todo lo anterior no empuja para que Schmitt se plantee en su obra sobre el romanticismo político (40) si el romanticismo es todo lo que se reconduce, psicológica o lógicamente, a la fe en la *bonté naturelle* del hombre, principio aplicable y laudable, pero que no es un auténtico conocimiento histórico (41).

En definitiva, Carl Schmitt consideró al hombre, como Maquiavelo y Hobbes, con muchas cautelas como individuo y aún más a las colectividades humanas, de manera que sus conceptos de lo político, de la dictadura y de la soberanía se inspiran en una antropología pesimista, porque para él el optimismo antropológico no está en condiciones para comprender el fenómeno fundamental de lo político, la posibilidad real del enemigo (42).

(38) Sobre el positivismo jurídico weimariano, cfr. *La lucha contra el positivismo...*, cit. Para Kelsen: *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, pág. 82. «El objeto de la Ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia». Por el contrario, HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 2.ª edic., 1947, pág. 92, sostiene que «... la Teoría del Estado y de la Sociedad ha de ocuparse del hombre en cuanto éste efectúa la realidad social y estatal». Cfr. otras consideraciones de este autor sobre antropología jurídica en las págs. 28-29, 91 y sigs., 111, 121, 125, 126, 162. Sobre el concepto del hombre en RUDOLF SMEND, cfr. *La lucha en el positivismo jurídico en la República de Weimar*, cit., págs. 62 y sigs.

(39) Cfr. CARL SCHMITT: *On the Counterrevolutionary Philosophy of the State (De Maistre, Bonald, Donoso Cortés)*, en *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. de Georg Schwab, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1985, págs. 56 y sigs.

(40) CARL SCHMITT: *Romanticismo político. A cura di Carlo Galli*, cit., pág. 3.

(41) CARL SCHMITT: *Ob. cit.*, pág. 7.

(42) En Alemania se ha replanteado, después de la Segunda Guerra Mundial, cuestiones de Antropología política y sobre la naturaleza mala del hombre. Cfr., por ejemplo, MARTIN KRIEDEL: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Edi-

En cuanto a la Teología política, a juicio de Carlo Galli (43), es el núcleo duro de todo el itinerario intelectual de Carl Schmitt. Me interesa subrayar, aunque sea observación obvia, que el autor alemán no intenta fundamentar la política en fundamentos teológicos ni en iusnaturalistas que descansen en postulados teológicos. Lo que le importó y acució fue utilizar e instrumentalizar los conceptos de la Teología para desarrollar su pensamiento. Es una técnica típica schmittiana. No se trata de una exhibición erudita ni menos pedantesca. No pretende teologizar la Teoría del Estado ni la Teoría de la Constitución, sino esgrimir argumentos teológicos para atacar las posiciones contrarias y defender las propias. El uso de la Teología se mueve en función de su secularización, y la Teología política, en el campo jurídico-social, deviene un producto secularizado.

La Teología política se desvincula de la fe y de las Iglesias, renunciando a la importancia cultural de sus postulados dogmáticos, de modo que la Filosofía ya no es auxiliar de la Teología, como en tiempos medievales, sino que se convierte, en nuestro tiempo, en un instrumental de la política y del Derecho, con todas las consecuencias que ello implica: dogmatización y exclusión de los contrarios. Por eso acierta Galli (44) cuando describe a la Teología política como forma clásica y consciente de secularización posible para elaborar una sociología de los conceptos jurídicos. Mediante la problemática de la Teología política, se explica así su concepto de lo político; su *Verfassungslehre*; el concepto de poder constituyente (citando la distinción de Spinoza entre *natura naturans* y *natura naturata*) (45); el concepto material de Constitución; su teoría de la excepción en el Derecho, análoga al milagro en la Teología. En el campo del Derecho internacional, considera el *nomos* de la tierra en función de la contraposición amigo-enemigo. Los modelos que le

ciones Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 181 y sigs.; HEINRICH KIPP: *Staatslehre. Marsch, Recht und Staat*, 2.^a edic., Baldwin Pick Verlag, Colonia, 1949, prólogo pág. 5, parte I, sección 1, capítulo 1, págs. 17 y sigs., sobre la dignidad del hombre. Cfr. ERNST BENDA: *Die Menschenwürde*, en *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland herausgegeben*, por Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Johan Vogel unter Mitarbeit von Peter Hänni, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1980. Parte primera: *Der Staat, eine Gemeinschaft von Menschen*; capítulo 2: *Das Bild vom Menschen und vom Staat als Ausgangspunkt der Staatstheorien*, págs. 31 y sigs. Sería muy interesante analizar el concepto que se deduce del análisis de las Constituciones occidentales.

(43) CARLO GALLI: *La Teología política in Carl Schmitt: Riposte per una rilettura critica*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 127.

(44) CARLO GALLI: *loc. cit.*, pág. 128.

(45) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión s. f., pág. 41.

inspiran y maneja son, insistamos, los teócratas De Maistre y De Bonald, Donoso Cortés y el anarquista Proudhon (46).

La Teología política aparece en sentido moderno en Alemania partiendo de la izquierda hegeliana (Feuerbach) y del romanticismo conservador (47), hasta replantearse en el período de entreguerras. Así, Schmitt indica que corresponde a Hans Kelsen el mérito de haber subrayado, desde 1920, la relación entre la Teología y la Jurisprudencia en su obra sobre el concepto sociológico y jurídico de la soberanía (48)-(49). La cuestión seguirá estudiándose durante el régimen hitleriano (50).

(46) En otro escrito: *Nehmen/Teilen/Weilen* (1953). *Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen in Verfassungsrechtliche Aufsätze am den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2.ª ed., Duncker und Humblot, Berlín, 1973, pág. 498, sostiene que el socialismo de Proudhon es esencialmente una teoría de *Teilungs- und Verteilung*.

(47) Cfr. las consideraciones de MARCEL XHAUFFLAIRE: *La Teología política*, traducción de Urbano Barrientos, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1974. Sobre la expresión Teología política (págs. 21 y sigs.). No es menester aclarar que la Teología política schmittiana no tiene que ver nada —sería una contraposición— con la Teología de la liberación de nuestros días. Entre la abundante bibliografía sobre esta última, cfr. MARTIN KRIEDEL: *Liberación e Ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Editorial Herder, Barcelona, 1982 (VII *La Teología de la liberación*, págs. 213 y sigs.).

(48) CARL SCHMITT: *Political Theology*, cit., págs. 40-41.

(49) En efecto, HANS KELSEN en su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2.ª ed. fotomecanizada, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1928, dedica los capítulos 10, 11 y 12 de la parte IV a Estado y Derecho, Dios y Naturaleza y a Panteísmo y Teoría pura del Derecho, págs. 205-253. Cfr., por ejemplo, sus consideraciones sobre el milagro (*ob. cit.*, págs. 245 y sigs.) y compárense con la afirmación schmittiana que la excepción en Jurisprudencia es análoga al milagro en Teología (*Political Theology*, cit., pág. 36). KELSEN, en su *Teoría general del Estado*, expone (libro primero, capítulo tercero, el tema «Estado y Dios»: «A) La autolimitación del Estado y la Encarnación de Dios; B) Ilegalidad del Estado y Teodicea; C) El Estado como principio anulador del Derecho: Dios como principio anulador de la naturaleza», págs. 100 y sigs.).

(50) Cfr. JOHANNES POPITZ: *Religion und Recht. Über ihr Verhältnis nach der lehre der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Nueva Serie vol. 28, cuad. 3, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1937, págs. 229 y sigs. Hay que subrayar que SCHMITT dedicó su *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit. (1958, 2.ª edic. 1973), a su amigo y protector en la República de Weimar, Johannes Popitz, detenido y condenado a la horca por su participación en la conjura para asesinar a Hitler († 2-II-1945). Por otro lado, el a veces paradójico Schmitt dedicó su *Verfassungslehre* a su amigo el Dr. Fritz Eisler († 27-XII-1914), hebreo. Estas dos circunstancias contribuyeron a acentuar la *peligrosidad* del pensamiento político schmittiano respecto a los nazis por un lado, por otro a simple defensa después de la derrota alemana en la primavera de 1945. No hay que olvidar que en otros escritos Schmitt atacó a los judíos, así en *Legalität und legimität*, Duncker und Humblot, Mu-

Mientras Kelsen utiliza sus incursiones teológicas para mantener su método de la pureza metódica en el campo jurídico (51), Schmitt las empleará para su crítica demoledora de la cultura política y constitucional del Estado demoliberal. El trasfondo conservador de nuestro autor, su formación católica (sus padres vieron con agrado que fuese sacerdote), se observa en sus primeros escritos (52), que al mismo tiempo manifiesta cierto oportunismo (gobiernos en que participó el *Zentrum* católico, relaciones con Popitz y otros relevantes políticos católicos). Ello plantea la pregunta de si su reducción del romanticismo político al ocasionalismo no es una variante y método que manifiesta su oportunismo. Acusación esgrimida por liberales, socialistas, católicos y nacionalsocialistas (53). Desde los romanos, la *occasio* (*occasione non deesse*), aprovechar la oportunidad; *occasio consulendi*, ocasión para decidirse; pasando por Maquiavelo, la ocasión, la oportunidad, junto con la *virtù* y la *fortuna*, fueron rasgos de consumados políticos. Sin embargo, a Schmitt como a Trotsky, otro intelectual, no les acompañó la *fortuna*. La fascinación que siempre produjo el pensamiento schmittiano hasta nuestros días en parte le alivió. Así, pues, nuestro autor fue también un profeta desarmado, si bien las armas conceptuales que forjó todavía se esgrimen y sus posiciones y argumentaciones suscitan contraposiciones, reflexiones e interpretaciones diversas en la cultura política constitucional occidentales. Trátase de un nuevo contexto histórico-social, que en sus últimos escritos Schmitt intentó redefinir y orientar, aun sabiéndose un vencido pero no convencido.

nich, 1932. De todos modos, el oportunismo político schmittiano se compensa mediante la sublimación emocional que entraña el recuerdo de sus apreciados amigos. También hay que recordar el trabajo de KARL TH. BUDDERBERG: *Gott und Souveran. Über die Führung des Staates in Zusammenhang rechtlichen und religiösen Denkens*, en *Archiv*, cit., vol. 28, cuad. 3, págs. 257 y sigs. Sobre el significado de la Teología política de Schmitt, cfr. JOSÉ MARÍA BENEYTO: *Politische Theologie*, cit., págs. 72 y sigs. En 1933, OTTO KOELLREUTTER: *Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1933, págs. 8 y 9; 210 y sigs., estudió las conexiones entre la Teoría del Estado y la Teología. Rudolf Smend, piadoso protestante, escribió importantes trabajos inspirados en la Teología protestante. Cfr. las referencias en mi estudio *La lucha contra el positivismo jurídico...*, cit.

(51) Cfr. de KELSEN el capítulo 12, parte IV, de su *Der soziologische und der juristische...*, cit. (*Panteismus und reine Rechtslehre*), págs. 247 y sigs.

(52) Sobre este trasfondo conservador de Schmitt, cfr. las precisiones —no siempre convincentes— que hace BENDERSKY: *Ob. cit.*, págs. 56 y sigs. ELLEN KENNEDY: *A note on the Text and Translation de The Crisis of Parliamentary Democracy*, cit., página XIV, apunta sus relaciones con los círculos católicos en los comienzos de la República de Weimar. También GEORG SCHWAB: *Introduction a Political Theology*, cit., pág. XII.

(53) CARL SCHMITT: *Römischer Katholizismus und politische Form*, Hellerau, Jakob Hegner, 1923.

3. *Presupuestos metodológicos y sistemáticos schmittianos*

En las consideraciones del epígrafe anterior algo se ha dicho del método empleado por Schmitt (concepto pesimista de la naturaleza humana, secularización de las afirmaciones teológicas, anuncio de la dicotomía amigo-enemigo, ocasionalismo).

No obstante, una metodología no consiste sólo en el manejo oportunista (ocasionalista) de conceptos. Exige, además, un sistema. Entonces la pregunta que emerge es ésta: ¿Se encuentra en el autor alemán un sistema bien trabado, como, por ejemplo, ocurre con Kelsen? (54). Porque no es suficiente que una serie de puntos de vista interesantísimos, de observaciones y juicios penetrantes, de críticas agudas, tantas veces *perversas*, de interpretaciones histórico-sociales penetrantes, aunque tendenciosas, de innovaciones semánticas y conceptuales, de estudios originales de autores clásicos o de planteamientos jurídicos institucionales importantes, sean suficientes para configurar un sistema en el sentido convencional del término.

Dicho de otro modo: ¿constituyen un sistema organizado los conceptos de decisión, de estado de excepción, de dictadura, de lo político, de Constitución, de garantías institucionales, etc., para conformar un todo sistemático?

Para quienes mantienen un concepto logicista de sistema, la contestación sería negativa. En este sentido, la teoría pura del Derecho y su concepción escalonada, dinámica, del ordenamiento jurídico sería el emblema del sistema; en cambio, la aportación schmittiana, todo lo contrario: dispersión ocasionalista, crítica irracionalista, argumentación politizada hasta el tuétano (que bordea lo panfletario), heterogeneidad de influjos y resultados establecidos *a priori*. ¿Acaso puede todo esto considerarse sistemático? Algunos críticos admitirían —más o menos de buen grado— que sólo la *Verfassungslehre* se ajustaría a las exigencias mínimas de un sistema. A mi juicio, este parcial y no unánime reconocimiento no parece cuadrar con los reparos que se hacen

(54) SCHMITT sostuvo en su *Romanticismo político*, cit., pág. 168, que la actitud romántica de cambiar los contenidos políticos no es casual, sino una directa consecuencia de la posición ocasionalista que radica en la esencia del romanticismo. Luis Legaz, en su prólogo al trabajo de JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, cit., pág. 13, lo pone en duda: «Y séame también permitido expresar la esperanza de que Schmitt, en el futuro, profundamente enriquecida su experiencia vital e intelectual con la vivencia del derrumbamiento de antiguas situaciones y el surgir de otras nuevas, podrá aún decir cosas interesantes y quien sabe si plasmar en un sistema definitivo lo que hasta ahora ha aparecido siempre como disperso y como respuesta a una concreta situación.»

al teórico de la excepción. Sin embargo, lo que interesa aquí precisar es lo siguiente: aunque nuestro autor no se esmerase en elaborar una obra conjunta sistemática, la lectura sosegada de sus escritos depara un sistema peculiar; peculiar porque ofrece un *sistema-asistemático*. ¿Cómo es posible que defendamos tan flagrante contradicción?

Si consideramos que un sistema jurídico requiere una coherencia interna, y externa, adecuada presidida por una lógica intrínseca, inmanente al mismo, entonces no puede hablarse de un sistema en la obra schmittiana. Por el contrario, si admitimos que en Schmitt se trata de un sistema jurídico-político —aparte de que se esté o no de acuerdo total o parcialmente con él—, entonces la expresión sistema-asistemático schmittiano cobra sentido. ¿Por qué?

Porque al peculiar sistema de nuestro autor —peculiar no sólo en términos convencionales, sino por sus matices e intencionalidades— no le importan las consecuencias racionalistas coherentes, la situación normal (*Normalzustand*), esto es, la que se ajusta a las legalidades del Estado liberal de Derecho, sino lo *excepcional*, característica de nuestro tiempo. Por eso sostuvo que es mucho más interesante el estudio de las situaciones excepcionales que las normales (55). En este sentido, el sistema-asistemático de Schmitt traduce, en términos jurídico-políticos, la corriente existencialista, que se enfrenta con el hegelianismo en la medida no sólo que sustituye la dialéctica idealista por antítesis histórico-políticas existenciales (amigo-enemigo, norma-excepción, norma-decisión, etc.), sino además porque carga el acento sobre situaciones vitales comprometidas, en las que es forzoso decidir. El peculiar sistema schmittiano es coherente porque, partiendo de unos postulados voluntaristas (decisionistas), los va desarrollando en sus diversas obras hasta su propósito final: la debelación del Estado demoliberal. Por eso Schmitt es el más inteligente y penetrante teórico; por tanto, peligrosísimo enemigo de esta forma estatal. Su sistema es dinámico. También lo fue el de Kelsen, pero mientras el de este último se mueve dentro de las coordenadas normativistas configurándolas como una geometría del fenómeno jurídico, ajeno a la vida real, de modo que su dinámica es intranormativa, para situaciones normales, el schmittiano se desenvuelve fuera de los cauces normativos, o por lo menos los relativiza a situaciones vitales, preferentemente las excepcionales. Hay que tener en cuenta el proceso histórico y su sentido de modo heracliteano («Nadie

(55) CARL SCHMITT: *Political Theology*, cit., pág. 15: «La excepción es más interesante que la norma. La norma no prevé nada; la excepción todo. Confirma tanto la norma como su existencia, que deriva sólo de la excepción. En la excepción el poder de la vida real rompe la corteza de un mecanismo que es torpe por repetición.» El autor se apoya en Kierkegaard y cita su obra, *La Repetición*, como aclara el traductor Schwab (nota 7).

puede bañarse dos veces en el mismo río...»). En este sentido, Schmitt (56) escribió que, como no puede decir o escribir el mismo ensayo dos veces, porque cambian las situaciones constantemente, una verdad histórica sólo es verdad una vez (57). Maticemos estas tesis schmittianas. Ciertamente, el autor germano estudió las diversas situaciones político-sociales que le interesaron a lo largo de su vida, escribiendo sobre ellas penetrantes ensayos. Ahora bien: en ellos se reiteran tópicos —no en sentido peyorativo— schmittianos (decisión, contraposición amigo-enemigo, imposibilidad de la neutralidad, excepción, etc.). También Kelsen repite sus propios tópicos. Basta leer su *Reinen Rechtslehre* para comprender, sintéticamente, lo que explaya en todas sus obras. La repetición, elevada a categoría filosófica por Kierkegaard (58), consiste en el desarrollo de la libertad, que recorre dos fases antes de lograr su pleno desarrollo: la fase estética y la moral (59). Aparece en Kelsen como un recurso para reafirmar la coherencia de su argumentación de un normativismo puro; la repetición, para Schmitt, es una actitud y un procedimiento crítico para minar el Estado demoliberal y conseguir proselitismo. Mientras la repetición kelseniana es un método y una concepción neokantiana pura, que conscientemente se aleja de la vida real considerada extrajurídica, *rectius* extranormativa, la repetición schmittiana es una actitud comprometida con la vida real, una decisión omnimoda, disyuntiva (*entweder-oder*), decisión encaminada a despejar situaciones existenciales contrapuestas. En definitiva,

(56) CARL SCHMITT: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1940, Prólogo. Se trata de una serie de artículos que versan sobre el título anterior.

(57) CARL SCHMITT: *Die geschichtliche Struktur des heutigen Weltgegensatzes von Ost und West: Bemerkungen zu Ernst Jüngers Schrift für Ernst Jünger Zum 60. Geburtstag*, Ed. Armin Mohler, V. Klostermann, Francfort am Main, 1955, pág. 147. Por eso, apunta SCHWAB: *The Challenge...*, cit., pág. 27, que Schmitt, a diferencia de Hegel, no se refiere a la meta de la historia. Se interesa sólo por las situaciones y problemas en los que participa personalmente o que atañen a su propio destino.

(58) SÖREN KIERKEGAARD: *La Ripetizione. Saggio è esperienza psicologica: Scritto da Costantino Costantius* (seudónimo del autor danés), trad. italiana de E. Valenziani, Fratelli Bocca Editore, Milán, 1945.

(59) Cfr. VALENZIANI en su introducción al libro anterior, págs. 11 y sigs. «La repetición —decía KIERKEGAARD, *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.— es un término decisivo que representa lo que la reminiscencia para los griegos. Estos sostienen que todo conocimiento es un recordar. Del mismo modo la filosofía de nuestros días proclamará que toda la vida es una repetición. Leibniz ha sido el único moderno que sospechó esto. Repetición y recuerdo son el mismo movimiento, aunque en dos sentidos opuestos; porque el objeto del recuerdo son el mismo movimiento, aunque en dos sentidos opuestos; porque el objeto del recuerdo pasó, es la repetición dirigida hacia atrás; pero la repetición propiamente dicha es el recuerdo dirigido hacia adelante...».

orientada a eliminar la cultura político-constitucional demoliberal para sustituirla por nuevos órdenes concretos.

Sin embargo, si, como dice nuestro autor, una verdad histórica sólo puede serlo una vez, si no se puede decir ni ensayar dos veces porque cambian las situaciones vertiginosamente por su movilidad (idea del movimiento político consustancial al pensamiento de Maquiavelo) (60), entonces, ¿cómo se concilian estas afirmaciones con la repetición? Si la *verdad* liberal lo fue en el siglo XIX y ya no sirve por el cambio existencial, ¿qué garantías hay para mantener que las verdades schmittianas lo seguirán siendo superándose las situaciones en que se expresaron y mantuvieron? El decisionismo, el voluntarismo que se imponen a la excepcionalidad, ciertamente, según Schmitt, desembocan en el pensamiento de los órdenes concretos propios del III Reich, pero éste se derrumbó. ¿Entonces?

Si no se admiten valores permanentes; si se habla de la «tiranía de los valores» y si los órdenes concretos hitlerianos se hundieron de modo trágico, ¿hay que volver a repetir el decisionismo ante una nueva excepcionalidad? Así, la repetición schmittiana es una terca —y peligrosa— reafirmación de unos conceptos y tópicos que luchan contra una *verdad* considerada anticuada e insensible, el demoliberalismo, que hay que sustituir por la *verdad* schmittiana, pero ésta ya no es el recuerdo que camina hacia delante, sino hacia atrás, porque ha sido vencida por un demoliberalismo cambiado, más o menos socializado. ¿O es la *verdad* comunista la auténtica?, y si no lo es, ¿pueden esgrimirse las categorías schmittianas para debelarla mostrando su inautenticidad?

He aquí una serie de preguntas que difícilmente encuentra respuestas satisfactorias dentro del sistema-asistemático de Schmitt. Wolfram Bauer (61), apoyándose en Tillich (*Das System der Wissenschaften*, Gotinga, 1923), dice que, en términos metodológicos, Kelsen se mueve en el pensamiento; Kaufmann, en el ser; Smend, en el espíritu, y Heller, en la ciencia de la realidad. ¿Y Schmitt?

Carl Schmitt, pertrechado con un vasto dominio de saberes históricos y psicológicos, se enfrenta con la ideología y la arquitectura del Estado demoliberal, utilizando un arsenal de conceptos jurídico-políticos (relativizando el derecho a la realidad política) que atacan los flancos más débiles de aquella arquitectura.

(60) Cfr. FRANCISCO JAVIER CONDE: *El saber político de Maquiavelo*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948 (III: «La idea de movimiento, supuesto metafísico del pensar maquiavélico»), págs. 87 y sigs.

(61) WOLFRAM BAUER: *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968, pág. 21, nota 47.

En consecuencia, sus conceptos de decisión, de contraposición radical y existencial amigo-enemigo, de norma y excepción, de soberano que decide en el caso excepcional, de legalidad y legitimidad, de Constitución y leyes constitucionales... van inexorablemente desmantelando el edificio constitucional liberal, descubriendo sus contradicciones internas y externas (masificación, inflación, desocupación, anarquía pluralista). Reduce, como dice Volker Neumann (62), la sociedad a unos modelos preestablecidos, únicos, dando de lado sus características específicas. Se trata, a mi juicio, del método unidimensional y totalitario (término que aquí empleo sin connotaciones fascistas), que aclara una cuestión recurriendo a la *única y gran causa que explica todo*. Es una tentación que, vulgarizada, se convierte en *panismo*. Por ejemplo, la vulgarización marxista aclara todo mediante la infraestructura económica (*paneconomicismo*); la vulgarización freudiana, al sexo (*pansexualismo*); la vulgarización de la teoría pura del Derecho, a la norma (*pannormativismo*); la vulgarización del schmittianismo, a la decisión y a la guerra total (*pandecisionismo*), por lo menos, en la fase decisionista, antes de pasar a la etapa de los órdenes concretos, al servicio del III Reich).

El resultado de todo esto —advierte ahora Neumann (63)— lo consigue mediante un virtuosismo prestidigitador de una cadena de argumentaciones histórico-culturales que le sirven para tipificar y encontrar semejanzas, situaciones e instituciones discutibles, porque las consecuencias que extrae de todo ello depende de sus intuiciones subjetivas, en gran medida arbitrarias.

En su estudio sobre Hugo Preuss (64), artífice de la Constitución de Weimar, Schmitt escribía que todo concepto político es un concepto polémico. Tiene a la vista al enemigo político, que está en su plano espiritual; su fuerza intelectual y su significado histórico se determina mediante su enemigo. Los conceptos jurídicos surgen también de la negación mediante la determinación conceptual del enemigo con necesidad dialéctica.

Por su parte, Kurt Wilk (65) sostiene que Schmitt confunde la realidad viva de una institución con el sentido que le dan algunos de sus seguidores,

(62) VOLKER NEUMANN: *Der Staat im Bürgerkrieg, Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts*, Campus Verlag, Francfort-Nueva York, 1980, pág. 12.

(63) VOLKER NEUMANN: *loc. cit. Ibidem*.

(64) CARL SCHMITT: *Hugo Preuss: Sein Staatsbegriff und sein Stellung in der deutschen Staatslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1930, pág. 5.

(65) KURT WILK: *La doctrine politique du national-socialisme. Carl Schmitt. Exposé et critique de ses idées*, en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Quatrième année 1934, págs. 169 y sigs., cit. por Volker Neumann, pág. 12, nota 18.

antagonistas u observadores. No explica por qué corresponde a cada fenómeno de la realidad política o social un sentido ideal efectivamente determinado como principio incambiable y absoluto con el que vive o muere la realidad de ese fenómeno.

Para comprender el sentido schmittiano de sistema interesa tener en cuenta las consideraciones que hace en el prólogo a sus trabajos correspondientes al período 1924-1954 (66), que conviene contrastar con su *Verfassungslehre*, aparecida en 1928. En efecto, en esta última obra su autor aclara que el «... presente trabajo no es ni un comentario ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema» (67). En esta afirmación subraya su preocupación para que sus lectores y críticos se convenzan de que su exposición y análisis corresponden a una configuración coherente de sus ideas, es decir, que la aplicación de sus penetrantes conceptos y observaciones son capaces de ofrecer una visión sistemática, término que, en el texto citado en la nota anterior, reitera de modo monótono. Esta preocupación schmittiana se corrobora en el prólogo a la selección que hace de sus trabajos publicados en el período de 1924 a 1954, que abarca situaciones político-sociales y doctrinales muy diferentes. Veamos.

Después de referirse a que en Alemania se intenta enfocar la situación crítica con medios constitucionales presidencialistas y excepcionales, resulta que surgen una serie de conocimientos y conceptos jurídico-constitucionales para los cuales la selección de estos artículos sirven como documentos histórico-constitucionales. Aunque brotaron en determinadas situaciones históricas, tocan temas que también hoy pueden valer para la reflexión teórica sobre la Constitución. Así, por ejemplo, el problema de las mayorías negativas y la estabilidad gubernamental; la distinción de ley y medida, el sistema de los derechos fundamentales y de las garantías institucionales, los límites de la reforma constitucional y la cuestión del defensor de la Constitución. Del

(66) CARL SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2.^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1973, página 7.

(67) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. IX. En la página XXI habla del «sistema de la Teoría constitucional» y añade que se «... procura siempre, más que nada, una línea clara y comprensible, sistemática; hay que acentuar que actualmente en Alemania parece faltar la conciencia sistemática, y ya hasta en las colecciones científico-populares (cuya justificación sólo puede consistir en la sistemática más estricta) la Constitución es tratada 'en forma de comentario libre', es decir, de notas a los distintos artículos. Frente a los métodos de comentario y glosa, pero también frente a la dispersión en investigaciones monográficas quiero dar aquí un marco sistemático». Cfr. lo que dice HELMUT RUMPF: *Neues westliche Echo auf Carl Schmitt*, en *Der Staat*, vol. 22, cuad. 3, 1983, pág. 384.

mismo modo, el nuevo problema del cumplimiento constitucional del Estado de Derecho, su transformación en Estado social y el de la legalidad y legitimidad, aparecidos en la situación de Alemania en el invierno de 1932-1933, considera que todavía son importantes.

Así, pues, Schmitt tenía conciencia de la perentoria necesidad de sistematizar su pensamiento ocasionalista y decisionista no sólo para contrarrestar eventuales críticas, sino, además, para ofrecer un cuerpo intelectual que corroborase sus hallazgos anteriores y mostrar su coherencia hasta los tiempos presentes. Sin embargo, el reparo posible es éste: en tanto que su *Verfassungslehre* responde a los criterios de sistematicidad y no es una colección de ensayos y trabajos, ¿cabe decir lo mismo de su *Verfassungsrechtlichen Aufsätze*, que datan de fechas diferentes y que denomina «materiales para una teoría de la Constitución»? Porque resulta que entre los artículos seleccionados figuran varios de Teoría del Estado, otros de índole histórico-cultural, de carácter politológico y filosófico, de concepción del mundo y de la vida. ¿Cómo conectar inquietudes extranormativas con la Teoría de la Constitución? Late en este interrogante la contraposición entre una versión positivista-normativista del Derecho constitucional con la mantenida por Schmitt. Además, recientemente, con Peter Häberle (68) se ha abierto camino la concepción de la *Verfassungslehre* como *Kulturwissenschaft*, de modo que la objeción pierda actualidad. Por otro lado, no tiene razón García de Enterría cuando, en el prólogo a una de sus obras (69), distingue entre el Schmitt politólogo, al que critica duramente (70), y el Schmitt jurista, al que ensalza como «excepcional jurista» (71).

Ahora bien: esta dicotomía (Schmitt politólogo, culturalista, y Schmitt jurista) es inexacta porque ignora la posición metodológica antiformalista y su concepción de la Teoría de la Constitución.

Giuseppe Zaccaria (72) ha subrayado que la posición metodológica schmittiana de ligar, indisolublemente, en una relación de tensión recíproca Derecho y política, ciencia jurídica y aplicación del Derecho, resulta clarísima en

(68) PETER HABERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982.

(69) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: Prólogo a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, págs. 24 y sigs.

(70) Califica a sus doctrinas de «apasionadas y falaces» (pág. 24). El adjetivo falaz es drástico y no cuadra con el talante intelectual schmittiano. Falaz, entre otras cosas, significa mentiroso. Podía calificársele de oportunista, pero no de mentiroso.

(71) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit.*, pág. 24.

(72) GIUSEPPE ZACCARIA: *La critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt*, en *La Politica oltre lo Stato*, cit.

su ensayo juvenil *Gesetz und Urteil* (73), donde el tema de la decisión judicial se coloca en un amplio fondo teórico de la relación entre teoría y práctica.

El carácter asistemático de la obra schmittiana creo que es sólo aparente. Además, tal reparo nunca impresionaría al autor que sigue una especie de existencialismo político, que aplica contra la idea burguesa-liberal de sistema. El método dicotómico y tricotómico que emplea es una arma eficazísima para destruir al adversario. Gómez Orfanel, apoyándose en Albert Hensel, discípulo de Rudolf Smend (74), apunta cómo Schmitt se ajusta en su trabajos al método de las fórmulas alternativas (*Entweder-oder*), trasunto, señalamos nosotros, del *aut-aut* kierkegaardiano. Trátase de unas dicotomías antagónicas que le sirven eficazmente, a nuestro autor, en su ofensiva contra el Estado liberal y frente a la doctrina que le fundamentó y explicó. Gómez Orfanel expone un cuadro de tales contraposiciones dicotómicas de los trabajos del maestro alemán referidas a la tensión normalidad/excepción (75), que desarrollará en su investigación.

Nosotros tenemos presente las contraposiciones tricotómicas, que se diferencian de las dicotómicas porque estas últimas tienen un carácter más dinámico que las anteriores y además valen para describir el desarrollo del pensamiento schmittiano.

El método del pensamiento dicotómico y tricotómico es típicamente germano, data de la importante obra de Ferdinand Tönnies sobre la distinción

(73) CARL SCHMITT: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Otto Liebmann, Berlín, 1919. Acertadamente GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, cit., pág. 275, escribe que Schmitt «... considera a los conceptos no tanto como estructuras científicas, cuanto como instrumentos para la dialéctica, determinados por las situaciones concretas y siendo de la opinión de que la lucha por los conceptos, incluidos evidentemente los jurídicos, es una manifestación de la lucha política en cuanto éstos pueden utilizarse como arma, y están dotados de un sentido polémico...». A mi juicio, es muy difícil escindir al Schmitt politólogo del Schmitt jurídico, ambas facetas están íntimamente unidas de modo que quien rechaza al primero y alaba al segundo admitiendo sus postulados jurídicos (que en definitiva son políticos) sufrirá la tentación de admitir, más o menos sus posiciones políticas. Sobre los intentos de sistematizar el pensamiento schmittiano confróntese las consideraciones de GÓMEZ ORFANEL: *Ob. cit.*, págs. 8 y sigs., apoyadas en selecta bibliografía. JÜRGEN FIJALKOWSKI: *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos de la Filosofía política de Carl Schmitt*, trad. de José Zamit, Tecnos, Madrid, 1966, págs. 30-32, se refiere a la coherencia de la obra de Schmitt.

(74) GÓMEZ ORFANEL: *Ob. cit.*, págs. 32 y sigs.; ALBERT HENSEL: *Staatslehre und Verfassung. Eine Besprechung von Rudolf Smend: Verfassungsrecht und Verfassungslehre*, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 61, cuad. 1.

(75) GÓMEZ ORFANEL: *Ob. cit.*, págs. 31-32.

entre Comunidad y Sociedad (76) y, por supuesto, de la tríada hegeliana (tesis-antítesis-síntesis), que influyeron en el desarrollo del pensamiento alemán en las ciencias sociales. Es un método típico germano, insistamos, porque refleja las tensiones del espíritu alemán: romanismo-germanismo; de las dos almas germanas, a saber: la ilustrada, liberal, y la romántica organicista, conservadora, irracionalista, aunque a veces se den entrelazamientos e intentos de síntesis. En el caso schmittiano, parece que se inclina por la conservadora, aunque radicalizada, combativa y «existencialista». A mi juicio, la contraposición o par de conceptos básica en el pensamiento de Carl Schmitt, fundamento de toda su obra y arma principal para dismantelar al Estado liberal y desacreditar su correspondiente doctrina, es la de amigo \neq enemigo.

No es, pues, el concepto de decisión, porque luego lo abandonará, pasando al pensamiento de los órdenes concretos, aparte que también lo emplearon, independientemente, Hermann Heller y Hermann Isay, con matices y propósitos muy diferentes. Tampoco creo que lo sea la noción de excepción, pues ésta es una referencia social muy importante en su obra, pero, como todas las demás, se reconducen a la amigo \neq enemigo. Es una contraposición previa, fundante, una comprobación antropológica (naturaleza mala del hombre, pesimismo antropológico, que impregna toda la obra del autor por influjo radicalizado, y no matizado, de su formación religiosa y por su lectura de las obras de Maquiavelo, Hobbes, de los teócratas franceses y de nuestro compatriota Donoso Cortés.

Schmitt aplica el método dicotómico para explicar en qué consiste el romanticismo político (77). Por otro lado, conviene aclarar que, en la realidad, estas contraposiciones se solapan entre sí y se dan entrecruzamientos entre ellas.

A continuación incluimos un cuadro sinóptico, que contiene las principa-

I. DICOTOMÍAS METODOLÓGICAS Y POLITOLÓGICAS.	}	Amigo/Enemigo. Auctoritas/Potestas. Derecho/Poder. Legalidad/Legitimidad. Norma/Decisión. Normalidad/Excepcionalidad. Optimismo antropológico/Pesimismo antropológico. Ratio/Voluntas. Rechtsstaatliche/Politisch.
---	---	--

(76) FERDINAND TÖNNIES: *Comunidad y Sociedad*, cit., trad. José Rovira Armengol, Editorial Losada, Buenos Aires, 1974, págs. 199 y sigs.

(77) CARL SCHMITT: *Romanticismo político*, cit., págs. 148 y sigs.; 152, y 198 y sigs.

- | | | |
|--|---|--|
| II. DICOTOMÍAS EN TEORÍA DEL ESTADO, EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN DERECHO INTERNACIONAL. | } | Dictadura soberana/Dictadura comisoria.
Estado/Lo político.
Identidad/Representación.
Paz/Guerra.
Tierra/Mar. |
| III. DICOTOMÍAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL. | } | Constitución/Ley constitucional.
Constitución formal/Constitución en sentido absoluto.
Garantías institucionales/Garantías de institutos jurídicos.
Ley (concepto jurídico)/Ley (concepto político).
Ley (generalidad)/Ley (especialidad, individualidad). |

Tricotomías en el pensamiento político-jurídico de Carl Schmitt

- | | | |
|--------------------------------|---|--|
| I. METODOLÓGICAS. | } | Amigo/Enemigo/Neutralidad (imposibilidad de esta última).
Normativismo/Decisionismo/Ordenes concretos. |
| II. EN TEORÍA DEL ESTADO. | } | Estado legislativo/Estado administrativo/Estado jurisdiccional.
Pluralismo/Policracia/Federalismo.
Estado/Movimiento/Pueblo. |
| III. EN DERECHO INTERNACIONAL. | } | Weimar/Versalles/Ginebra.
Nehmen/Teilen/Weiden. |

les dicotomías y tricotomías que observamos en los escritos schmittianos y que corresponden a sus posiciones doctrinales.

(Hay que advertir que estas tricotomías, igual que las dicotomías, tienen carácter dialéctico. Son fases en el desarrollo del pensamiento del autor) (78).

(78) CARL SCHMITT indica en su artículo *Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen*, en «Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luiz Legaz y Lacambra», Universidad de Santiago de Compostela, 1960, página 167, que las contraposiciones tricotómicas fueron características de la época de la Restauración impulsadas por una fuerte necesidad de la coexistencia entre los opuestos para conseguir una unidad comprensiva. Es interesante lo que dice Schmitt en el prefacio a la segunda edición de la *Teología política*, 1934 (cfr. *Political Theology*, cit., páginas 2 y sigs.), sobre el paso del normativismo al decisionismo y al pensamiento de los órdenes concretos. JÜRGEN FIJALKOWSKI: *Ob. cit.*, pág. 28, sostiene que el «... intento de aprehender en su totalidad la configuración espiritual de Carl Schmitt, par-

IV. ALGUNOS CONCEPTOS Y POSICIONES DE CARL SCHMITT COMO ARSENAL PARA DOMINAR LA SITUACION POLITICO-CONSTITUCIONAL

1. *Preliminar*

Seguidamente vamos a analizar, someramente, algunas categorías y posiciones de nuestro autor, inspiradas en diversas fuentes filosóficas, que esgrimirá, contundentemente, contra la arquitectura y funcionalidad del Estado liberal. En este sentido, su pensamiento es destructor. Sólo en la fase de los órdenes concretos pretende influir sobre la doctrina y entramado institucional hitleriano para edificar en un campo inhumano. Entre estos conceptos y posiciones aparecen los siguientes:

2. *El concepto de lo político como contraposición existencial amigo ≠ enemigo, noción capital en la doctrina schmittiana*

He aquí la categoría básica schmittiana, como dijimos, y nos permitimos insistir porque es el *locus canonicus* de su doctrina. Esta dicotomía descansa, a su vez, en una contraposición antropológica: el pesimismo antropológico que se enfrenta con el optimismo antropológico típico de la Ilustración. Frente al hombre bueno por naturaleza, el hombre intrínsecamente perverso, contra el cual hay que precaverse. Frente al liberal-burgués, el hombre en una sociedad masificada e industrializada (79). El hecho de que Schmitt fundamente la esencia de lo político en la *enemistad* es significativo. En efecto, la idea de fundamentar la convivencia política en la amistad y la referencia a la enemistad y/o hostilidad, en conexión con la anterior, es frecuente en el mundo griego.

En Sócrates, en Platón y en Aristóteles, el concepto de *philia*, o amistad, ocupa un lugar central tanto en la ética como en la política, íntimamente

tiendo de la evolución de las tres categorías del pensamiento jurídico que él distinguiera, parece ser todavía el camino más fructífero». Esta observación me parece acertada. No obstante, convendría subrayar el *ocasionalismo* schmittiano en el desarrollo de esas secuencias metodológicas.

(79) MARIO TRONTI: *Marx e Schmitt. Un problema storico-teorico*, en *La política oltre lo Stato*, cit., pág. 29, traza un paralelismo entre las posiciones marxista y schmittiana: *Schmitt individua marxianamente nell'economia il destino del politico, anzi nel concetto del potere economico il culmine del politico e cioè il luogo classico della distinzione-scontro amico-enemico*.

unidas. Aun antes, como subraya Jaeger (80), para Homero «la amistad es la camaradería del soldado, y en la educación de la nobleza de Teognis se presenta como protección y baluarte contra los peligros de la vida pública en los tiempos de conmociones políticas». Y añade: «La descomposición interior de la sociedad y de todas las relaciones humanas, incluso de la familia, a consecuencia de la disgregación política, cada vez más profunda, y la acción de los sicofantes, acentúa hasta lo insostenible la inseguridad del individuo aislado.»

Me interesa también reproducir este texto del historiador y filólogo alemán, apoyándose en Jenofonte, que anticipa en parte la posición schmittiana.

«Es cierto que la experiencia enseña que hasta entre los hombres buenos, y que aspiran a fines altos, no imperan siempre la amistad y la benevolencia, sino que reina con harta frecuencia un antagonismo más violento que entre las criaturas poco dignas. Es esta una experiencia especialmente descorazonadora. Los hombres están dotados por naturaleza para los sentimientos amistosos y para los hostiles. Se necesitan unos a otros y necesitan de su cooperación mutua, tienen el don de la compasión, saben lo que son la beneficencia y la gratitud. Pero al mismo tiempo aspiran a gozar de los mismos bienes, y esto los arrastra a la pelea, ya se trate de bienes nobles o simplemente de bienes placenteros; la discrepancia de opiniones siembra entre ellos la discordia; las disputas y la cólera conducen a la guerra; la hostilidad engendra la codicia de poseer más, y la envidia es odiosa.»

Este texto, que relaciona la enemistad con la hostilidad y la guerra, es un interesante precedente, puesto que en el concepto de lo político de Schmitt está patente, o latente, la eventualidad de la guerra civil o internacional.

No es oportuno aquí señalar todas las consideraciones pre-schmittianas sobre la conexión guerra-política. Baste recordar el interés que C. von Clausewitz, autor de un famoso estudio sobre la guerra, suscitó en Schmitt (81), cuyos análisis ahorramos al lector.

Lo que me interesa resaltar, una vez más, es el pesimismo antropológico,

(80) WERNER JAEGER: *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 2.ª edic., trad. Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1962, pág. 437.

(81) Cfr. CARL SCHMITT: *Clausewitz als politischer Denker. Bemerkungen und Hinweise*, en *Der Staat*, 1967, págs. 479 y sigs.

que toma de Maquiavelo y de Hobbes y sirve de base a su concepto de lo político (82).

A diferencia de la Filosofía antigua, que, por lo general, estimaba que la amistad mantenía unido al Estado (Aristóteles, *Política*, 1262, b), advierte Kuhn (83), aunque la dicotomía schmittiana trate del amigo \neq enemigo, de hecho sólo habla de este último, de modo que en el contexto de su teoría del amigo éste se mantiene como no-enemigo. Ello corrobora la visión pesimista de lo político.

El *entweder-oder* schmittiano es diferente del *aut-aut* kierkegaardiano. La contraposición existencialista-política de Schmitt es pesimista; en cambio, la de Kierkegaard no lo es, en la medida que exalta la amistad y ve en ella un alto valor ético unitivo. En efecto, sostenía el filósofo danés (84) que condición absoluta para la amistad es la unidad de la concepción de la vida, que debe ser positiva. Así, mi amigo y yo tenemos en común una concepción positiva que tiene presente un momento ético, que da a la amistad significado y belleza (85). Kierkegaard hace suyo el concepto aristotélico de la amistad. Esta última amplía el concepto de derecho, de modo que amistad y derecho caminen juntos. A su juicio, la postura de Aristóteles, en cierto sentido, es más perfecta que la moderna, que funda el derecho sobre el querer, sobre algo abstracto, como el imperativo categórico. Aquél lo funda sobre la sociedad, de modo que así la idea del Estado se convierte, para el Estagirita, en el valor más alto, aunque vea un lado imperfecto de su concepción (86).

Schmitt utiliza su noción de lo político como un concepto recurrente. No quiero decir que se repita monótonamente. Es un procedimiento común a Kelsen y a Smend, que repiten sus categorías correspondientes para corroborar la coherencia interna de sus sistemas. En otro plano secundario cumplen una función didáctica. Ejemplos que corroboran esta afirmación son, entre

(82) CARL SCHMITT: *Machiavelli-Zum 22 junio 1927*, en *Kölnische Volkszeitung*, año 68, núm. 448 (21 de junio de 1927, pág. 1, citado por BENDERSKY: *Ob. cit.*, página 87). Para Bendersky la consideración pesimista del hombre está en el corazón de toda filosofía política. Subraya la tesis schmittiana que todas las teorías políticas genuinas presuponen que la base característica de la vida política es la enemistad (*ob. cit.*, páginas 87-88).

(83) HELMUT KUHN: *El Estado. Una exposición filosófica*, trad. Juan José Gil Cremades, Ediciones Rialp, Madrid, 1979, pág. 407.

(84) SÖREN KIERKEGAARD: *Aut-aut. Estetica ed Etica nella formazione della personalità*. A cura di Remo Cantoni, 2.^a edic., trad. del danés de K. M. Guldbrançen y R. Cantoni, M. A. Dentif Editore, Milán, 1946, pág. 215.

(85) S. KIERKEGAARD: *Ob. cit.*, pág. 217.

(86) S. KIERKEGAARD: *Ob. cit.*, pág. 218.

otros, los siguientes: en su *Verfassungslehre*; como indica Duso (87), la Constitución muestra no sólo su aspecto comprensivo, sino también el *excluyente*. En efecto, discrimina hacia fuera a los ciudadanos de un Estado de los que no lo son. Igualmente, en el interior permite la distinción entre súbditos y los que son simples delincuentes; así, hace posible, en nombre de su unidad, la lucha entre amigo y enemigo y el intento de excluir al enemigo de la unidad del Estado.

En su artículo escrito con motivo de la masacre de Hamburgo (exterminación de los jefes de las S. A.) (88), Schmitt legitimó la medida de Hitler afirmando que el *Führer* tenía derecho, en momentos de extremo peligro para la nación, a actuar como juez supremo, distinguiendo entre amigo y enemigo. Del mismo modo, en sus argumentaciones sobre el *nomos* de la tierra subyace la famosa dicotomía (89); lo mismo ocurre en su teoría del partisano (90) y en su trabajo sobre Estado, Movimiento, Pueblo (91), donde relega a la Iglesia a la esfera del pueblo, en la medida que no diferencia entre amigo y enemigo. Los ejemplos podrían aumentarse.

De lo anterior se infiere que, para Carl Schmitt, el concepto de lo político, basado en la disyunción existencial, radical, latente o patente, es una *noción autónoma* que se diferencia de otras dicotomías que se dan en la moral, en la economía, en la estética, y *además es pantónoma* en la medida que solo ella, y mediante ella, se explica coherente y significativamente toda la convivencia jurídico-política. En definitiva, la contraposición amigo-enemigo es una categoría insoslayable (92).

(87) GIUSEPPE DUSO: *Tra Costituzione e decisione: La soggettività in Carl Schmitt*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 55. Para ADONE BRANDALISE: *Ritorno al classico e critica della ragione strumentale*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 97, la decisión que constituye la Constitución es lógica e históricamente un acto de hostilidad, su formalización implica una limitación y represión.

(88) CARL SCHMITT: *Der Führer schutz das Recht*, en *Deutsche Juristen Zeitung*, año 39, cuad. 15, 1 de agosto de 1934, págs. 945 y sigs., reproducido en *Positionen und Begriffe*.

(89) CARL SCHMITT: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Green Verlag, Colonia, 1959 (trad. española de Dora Schilling Thon), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

(90) CARL SCHMITT: *Theorie des Partisanen: Zwischen bemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1963 (trad. española, Madrid, 1966).

(91) CARL SCHMITT: *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, 3.ª edic., Hanseatische Verlaganstalt, Hamburgo, 1934, pág. 17.

(92) CARL SCHMITT: *Das Zeitalter der neutralisierung und Entpolitisierung*, en *Positionem und Begriffe*, cit., págs. 131 y sigs.

3. *Importancia del concepto schmittiano de lo político. Consecuencias de dicha noción*

No es menester subrayar la importancia del concepto de lo político mantenido por Carl Schmitt. Según Miglio, se trata de un descubrimiento verdaderamente copernicano (93). El concepto schmittiano de lo político tiene el mérito de desvelar la hipocresía despolitizadora del Estado burgués liberal de Derecho, aunque incurre en el extremo opuesto de una excesiva politización de todas las estructuras convivenciales. Como escribe Miglio (94), la política es lucha contra un enemigo y, además, combate para asegurar un seguimiento estable de los *fieles*. Se alimenta constantemente de ideologías capaces de constituir un punto de referencia seguro y de responder, unívoca y concluyentemente, a todos los problemas de la situación. Las agrupaciones en función de la disyunción amigo-enemigo se constituyen mediante ideologías que ponen en juego las raíces mismas de la existencia humana, muestran el peligro constante a que ésta se expone y, al mismo tiempo, señalan la vía que el hombre debe seguir para conseguir seguridad respecto a la propia vida y el propio destino.

Por su parte, J. Freud (95) defiende rotundamente la noción schmittiana de lo político. No hay política sin un enemigo real o virtual. Esta posición ciertamente choca con quienes sueñan con una política ideal, con el mejor gobierno, con la sociedad más justa y armoniosa. Les horroriza la idea que la enemistad sea el presupuesto de la política, aunque no vean contradicción alguna en admitir la lucha de clases. Considerarán monstruoso centrar en el enemigo una condición inmutable, *sine qua non*, de la política, si bien se adhieran a una u otra ideología, no duden en reconocer un enemigo concreto racial, de clase o ideológico. Es frecuente que quienes rechazan la tesis schmittiana son los primeros que intentan imponer a los demás un enemigo particular: el imperialista o el comunista, el colonialista o el nacionalista, el capitalista o el socialista. Si seguimos esta argumentación, hay que concluir que la tesis de Schmitt es realista, en la línea de Maquiavelo y Hobbes. Frente a las hipocresías liberales decimonónicas, Schmitt se afana por examinar las diversas y cambiantes situaciones político-sociales con ojo crítico e inexorable. Le tocó vivir una etapa ciertamente agitada y dolorosa, como le ocurrió a Bodino, otro de sus políticos preferidos.

(93) Afirmación recogida por MARIO TRONTI: *Marx e Schmitt*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 25.

(94) GIANFRANCO MIGLIO: *Oltre Schmitt*, en *La politica oltre lo Stato*, cit.

(95) JULIEN FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, Paris, 1965, pág. 1.

En un poema publicado el 11 de julio de 1948 (96) nos dice que le tocó vivir una época de victorias y derrotas, revoluciones y restauraciones, inflaciones y delaciones, bombardeos, denuncias, crisis, ruinas y milagros económicos, hambres y fríos, campos de concentración y automación; que conoció muchos estilos del terror, las listas negras y los ficheros de los perseguidores. Ha sido un *homo patiens*, como Hobbes, a quien su madre dio a luz y al terror (97).

La cuestión metodológica que se plantea es si desde un conocimiento transido del pesimismo antropológico se puede ofrecer una visión ponderada de la política. Es cierto que la posición contraria —el optimismo antropológico— propende a idealizar y enmascarar la realidad, de modo que los dos puntos de partida son unilaterales, el primero porque, impresionado por las duras circunstancias, tiende a conjurar el miedo con otro terror de signo contrario; el segundo, porque vela con la hipocresía y/o la ilusión situaciones intolerables.

De todos modos, el concepto de lo político de Carl Schmitt, como la doctrina política hobbesiana, manifiesta una fuerza sugestiva que fascina. Esto es siempre característica típica de las afirmaciones tajantes, como sucede con la tesis marxista de la lucha de clases. Por eso algunos intérpretes de Schmitt consideran la noción schmittiana de lo político como la réplica a la anterior (98).

Por otro lado, corresponde a Carl Schmitt el replanteamiento de la problemática de la guerra civil, inspirándose en dos de sus autores favoritos: Hobbes y Bodino. Sus puntos de vista llegan a Roman Schnur (99). Portinaro (100)

(96) CARL SCHMITT: «Cántico de un viejo alemán», en *Ex Captivitate Salus*, trad. de Eugenio O'Ors, cit., págs. 97-98.

(97) FERDINAND TÖNNIES: «Vida y doctrina de Tomás Hobbes», trad. E. Imaz, *Revista de Occidente*, Madrid, 1932, págs. 27-28, escribe: «La madre procedía de una familia de labradores. Lo único que se sabe de ella es que, asustada por el rumor que se iba propalando en Inglaterra, de que la Invencible Armada estaba cerca de las costas, dio a luz prematuramente a este niño, en la mañana de un Viernes Santo, el 5 de abril de 1588. En una autobiografía que ya, anciano, escribió en dísticos latinos, dice que su madre dio a luz dos gemelos, 'a mí y al miedo'.» Tönnies incluye en su libro esta cita hobbesiana: «Philosophia ut cresca libera esse debet nec metu nec pudore coercenda.»

(98) Cfr. la cita que recoge G. GÓMEZ ORFANEL: *Ob. cit.*, pág. 305, de Seifert.

(99) ROMAN SCHNUR: *Rivoluzione e guerra civile. A cura di Paolo Portinaro* (contiene tres trabajos histórico-políticos del autor germano), Giuffrè Editore, Milán, 1986. Schmitt sostiene que sus conceptos derivan de las guerras civiles religiosas. Cfr. *Un giurista davanti a se stesso*; F. LANCHESTER: *Quaderni Costituzionali*, año III, número 1, abril 1983, pág. 7.

(100) PIER PAOLO PORTINARO: *Introduzione* a la obra citada, pág. 23.

indica cómo la nación alemana vivió, en el período weimariano, la amenaza y temor de la guerra civil, o al menos se encontró en los confines de una legalidad que apenas logró contener una conflictividad anti-sistema. Schmitt, en un artículo sobre el problema de la legalidad (101), publicado en *Die Neue Ordnung* (1950), decía que todos temían la guerra civil abierta y veían en el juramento de fidelidad a Hitler una defensa frente a la guerra civil.

Parece innecesario puntualizar aquí el influjo schmittiano en otros autores y corrientes que se han ocupado del concepto de lo político (102).

Del concepto de lo político se deducen varias consecuencias, que, a mi juicio, conviene precisar. Ante todo, se desprende que la contraposición amigo-enemigo es una disyunción *necesaria*, o dicho mejor: *el enemigo es necesario*.

Sobre la amistad sola no cabe plantear una relación política; es menester contrastarla con el contrario antitético: la enemistad. Amistad *versus* enemistad no privada, sino grupal, radical y existencial porque afecta la subsistencia del grupo. Además, es menester *identificar al enemigo*: corresponde al Estado soberano esa tarea, y en el campo de la lucha partidista, a cada uno de los partidos en liza. La identificación del enemigo excluye las medias tintas y la neutralidad interna e internacional: o se está con un grupo o con el otro. O se es amigo o enemigo. Por otro lado, hay que tener en cuenta al enemigo una vez identificado, porque amenaza nuestra existencia gravemente. Es *perigroso* en la medida que se esfuerza por imponerse (103). Lo cual no sig-

(101) CARL SCHMITT: *Das Problem der Legalität*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pág. 441.

(102) Cfr., recientemente, HELMUNT SCHELSKY: *Der Begriff des politischen und die politische Erfahrung der Gegenwart*, en *Der Staat*, vol. 22, cuad. 8, 1983, págs. 324 y sigs.

(103) En la excelente novela de GIUSEPPE PONTIGGIA: *El jugador invisible*, trad. de Joaquín Jordá, Editorial Anagrama, 1987, el autor, conocido universitario, se hace eco de la enemistad como forma convivencial. Ignoro si ha leído a Schmitt, pero el argumento de su novela plantea la necesidad de identificar al enemigo. Un enemigo misterioso ataca pérfidamente en una revista de estudios greco-latinos a un prestigioso profesor de Filología. El profesor, dominado por un ansia creciente, se afana en descubrir la identidad de su agresor llegando a poner en peligro su reputación, de modo que la búsqueda del enemigo se convierte en el tema crucial de su existencia. La estructura narrativa y el diálogo son excelentes. Veamos: «De imbécil nada, ni en broma. Este es uno que sabe perfectamente de qué va, de lo cual, por otra parte, tú te has percatado perfectamente. Quería decir debajo hay algo más que el odio profesional. Ya sabes que los filósofos se odian,

»—No sólo ellos.

»—No, pero los filólogos más que los demás. Nunca he entendido por qué. Tal vez exasperados por sus esfuerzos agotadores con obras ajenas» (pág. 56).

nifica que haya de dársele crédito (104). El enemigo es el *otro*, cuya identidad e intenciones hay que descubrir (105). Al enemigo público (*hostis*) no se le ama, como pide el Evangelio; se le odia (106).

Esta especie de visión darwinista de la vida política no tiene nada que ver con la moral, ni con la estética, ni con la economía, porque la noción schmittiana de lo político es, como vimos, *autónoma* y *panótonoma*. Se independiza de los criterios éticos y estéticos, de modo que aquí también Schmitt podría también aplicar la advertencia de Alberico Gentili (107) en otro contexto: *Silete theologi in munero alieno*, de modo que podrá rechazarse el pesimismo realista del autor alemán como enfoque cognoscitivo de la realidad política, su carácter autónomo y aún más su índole *panótonoma*, su visión pan-politista de la convivencia. Con la *necesariedad*, la *identificación* y la *peligrosidad* del enemigo, la cuestión, a mi juicio, no acaba si examinamos bien la tesis schmittiana. Es menester imponérsele y acabar con el enemigo. Ahora bien: siempre surgirán otros enemigos, que ocuparán el puesto de los anteriores; de lo contrario, la contraposición sería epocal. En tanto que haya política habrá disyunciones internas e internacionales (108). Estas contraposiciones pueden surgir dentro del mismo grupo (amigos), una vez eliminado el grupo enemigo; algunos de sus miembros pueden engrosar las filas de los amigos. Por otro lado, la dicotomía depende del punto de vista de cada elemento en tensión, de modo que los enemigos de los amigos son, desde la óptica opuesta, amigos entre sí.

El carácter autónomo de la política no parece específico de la política,

(104) PONTIGGIA: *Ob. cit.*, pág. 118: «Si comienzas a dar crédito a tus enemigos estás perdido.»

(105) PONTIGGIA: *Ob. cit.*, págs. 173-179.

(106) PONTIGGIA: *Ob. cit.*, pág. 147: «Debes pensar en una persona determinada, en alguien que te odie —dijo Cattaneo—. Verás como eso te sirve» (cfr. también las páginas 142-143).

(107) CARL SCHMITT: *El nomos de la Tierra...*, cit., pág. 127.

(108) PONTIGGIA: *Ob. cit.*, págs. 202-203, lo ve esto claramente: «—¿Recuerdas lo que te decía tu enemigo? —preguntó Salutati.

»—Sí.

»—Ha sido él entonces. Has terminado de buscar.

»El profesor asintió. Ordenó silenciosamente sus libros. Uno sobre otro.

»—Sin embargo, tengo la impresión de que la víctima ha sido él —añadió Salutati.

»También él se volvió hacia la calle. El asfalto se estaba secando.

»—Tal vez porque ha muerto, pero ¿y nosotros?

»—Qué quieres decir —murmuró el profesor.

»—Que nos ha precedido, ¿no crees? Que solamente nos ha precedido.»

Aunque en la novela del autor italiano se trata de una enemistad personal o privada, sus observaciones pueden cuadrar con la enemistad política.

pues también en la religión cristiana el Enemigo es el Anticristo; en la visión economicista del marxismo, el burgués, etc., de modo que el concepto schmittiano de lo político es, por una parte, secularización de postulados teológicos, y por otra, la politización conservadora de la lucha de clases. Desde otro enfoque, en toda contraposición existencial amigo-enemigo, como en toda tensión bélica, se darán vencedores y vencidos, y como el mismo Schmitt aplica a Tocqueville y a él mismo, vencidos pero no convencidos. Por eso la disyunción se complica, no es tan clara y unidimensional. Lo mismo puede plantearse —dado que, a mi juicio, la disyunción no puede disociarse de contenidos éticos— la cuestión de: ¿quiénes son las víctimas y los culpables?, ¿los vencidos?, ¿los vencidos no convencidos? Es claro que si no se admiten valores comunes y estables, la solución a estas preguntas es muy variable y aun caprichosa. Para Schmitt, tan obsesionado por el peligro de la guerra civil, es el soberano quien identifica al enemigo y, por tanto —en la línea hobbesiana—, resolverá aquellas cuestiones. Sin embargo, si recordamos a Bodino, inmerso en las luchas religiosas de su tiempo, Schmitt soslaya el valor bodiniano de la *tolerancia*, de suerte que la disyunción schmittiana aparece implacable y se le puede aplicar las contundentes palabras de don Miguel de Unamuno (109): «La ley del egoísmo y de la carne, hipócritamente velada en el individuo, se formula en la comunidad colectiva para que nos sirva de apoyo. *Adversus hostem aeterna auctoritas*: sólo es prójimo el de la misma tribu» (110).

Por último, me parece que tienen alguna conexión con la posición de Schmitt las notas que, a mi juicio, caracterizan al pensamiento político, a saber: su *carácter comprometido, arriesgado, peligroso*, y el hecho de que todo pensamiento político implica una *interrelación entre teoría y práctica* (111).

(109) MIGUEL DE UNAMUNO: *En torno al casticismo*, Fernando Fe, Madrid, 1902, página 176.

(110) Aquí no vamos a comentar las diversas críticas a la tesis de Schmitt sobre el concepto de lo político, algunas de ellas no muy acertadas. Confróntese las recogidas por Gómez Orfanel en su estimable obra, págs. 132 y sigs. Es interesante la crítica de J. HUIZINGA: «Entre las sombras del mañana. Diagnóstico de la enfermedad de nuestro tiempo», 1.ª edic., trad. del holandés por María de Meyers, *Revista de Occidente*, Madrid, 1936, págs. 121 y sigs. Cfr. recientemente el trabajo de HELMUNT SCHELSKY, encaminado a actualizar la posición schmittiana sobre el asunto: *Der Begriff des politischen und die politische Erfahrung der Gegenwart. Überlegungen zur Aktualität von Carl Schmitt*, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, vol. 22, cuad. 3, 1983, págs. 321 y sigs.

(111) Cfr. mi trabajo «Concepto y caracteres del pensamiento político. (Inquietudes e incertidumbres del pensamiento político actual)». Aparecerá en el homenaje al profesor José Antonio Maravall. Las ideas que expongo en este trabajo no voy a reproducirlas aquí.

En este sentido puede decirse que el pensamiento político schmittiano fue *peligroso*. Lo fue para él mismo, lo es también para el presente. Lo primero lo corrobora en sus respuestas al interrogatorio a que fue sometido por las autoridades norteamericanas al final de la Segunda Guerra Mundial.

La esencia de su defensa —apunta Bendersky (112)— radicó en que las dos áreas que cultivó Schmitt (el Derecho constitucional y el Derecho internacional) fueron intrínsecamente políticas; llenas de peligro, que ningún jurista puede soslayar. En tiempos inestables, el cultivador del Derecho público comprueba, en seguida, que el pensamiento libre ya no es posible porque sus ideas son controladas por hombres que no comprenden a un intelecto libre. La obligación de desligarse de una guerra civil para comprometerse en el sabotaje o de convertirse en un mártir tiene sus límites (113).

Además, su pensamiento sigue siendo peligroso en nuestro tiempo porque vivimos una tensión internacional crónica y asistimos a la acción tremenda de bandas terroristas en numerosos países, con el riesgo, en algunos casos, de internacionalizar la guerra civil. En este sentido, el arsenal ideológico schmittiano, encaminado a la destrucción del orden jurídico-político demoliberal, sigue siendo peligroso.

No voy a detenerme en el análisis de otros conceptos del autor (decisión, excepcionalidad, soberanía, dictadura; Estado totalitario o de sus posiciones acerca del normativismo-decisionismo-órdenes concretos) porque numerosos especialistas en su obra lo han hecho con lucidez. Me remito al documentado trabajo de Gómez Orfanel (114).

V. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SCHMITTIANA EN UNA EPOCA DE DECADENCIA Y CRISIS. LA «VERFASSUNGSLEHRE» COMO «KULTURWISSENSCHAFT»

1. *Orígenes germanos de la Teoría de la Constitución*

Aunque el epígrafe anterior ya es un tópico, conviene analizarlo no como lugar común o vulgaridad, sino porque suscita la respuesta a estas preguntas: ¿por qué?, ¿cómo?, ¿cuándo? y ¿dónde la Teoría de la Constitución surgió como producto cultural?

(112) BENDERSKY: *Ob. cit.*, págs. 466-467.

(113) Cfr. otras afirmaciones de la autodefensa de Schmitt, en BENDERSKY: *Ob. cit.*, páginas 270 y sigs.

(114) Como tales conceptos aparecen entrelazados y/o presupuestos en todos sus escritos; ahorro su exposición que es bien conocida.

Ante todo, la decantación del sistema representativo parlamentario fue paulatina; como un conjunto de prácticas, *conventions*, precedentes, normas e instituciones en Gran Bretaña para configurar un sistema vivo, *rectius* un complejo vital, la doctrina británica se presentó, antes que como un sistema abstracto sobre el cual reflexionar, como una serie de consideraciones histórico-políticas y jurídicas, en el sentido peculiar del Derecho típico de los británicos: un tejido constitucional vivo, dinámico, flexible, adaptable al cambio político. El hecho de no contar con un texto escrito y codificado, de un *instrument of Government*, a pesar de la experiencia del Lord Protector Oliver Cromwell, evitó, o dificultó, la especulación abstracta sobre la convivencia constitucional (115). El *¿por qué?* se vincula al movimiento liberal de limitación del poder.

El *¿cómo?* de la reflexión crítico-dogmática sobre la idea de la Constitución (116) depende de la diferente experiencia constitucional: empírico-histórica de los anglosajones, británicos y norteamericanos (en estos últimos, ya con cierto grado de racionalización); abstracto-racionalista: Derecho constitucional continental europeo. No obstante, una común ideología les anima: la cultura política del liberalismo, que evoluciona y conecta con el socialismo democrático.

En cuanto al *¿cuándo?* y al *¿cómo?*, hay que esperar a la racionalización, que parte de la Revolución francesa y cristaliza en sus sucesivos documentos fundamentales; a la Restauración monárquica, con la experiencia sobre el parlamentarismo británico de los emigrados; al movimiento liberal en Alemania, en 1848, que cristaliza en la Constitución de la Iglesia de San Pablo (1849).

Respecto al *¿dónde?*, la contestación es en la Alemania preweimariana, aunque no aparezca la denominación *Verfassungslehre*; pero es indudable que entonces se desarrollarán las doctrinas principales del positivismo jurídico que criticarán después Kaufmann, Smend, Scheuner y Heller. A Schmitt, que coincidirá con ellos, pero por motivos y con matices distintos, corresponderá

(115) No conozco una exposición completa y coherente de la doctrina constitucional británica que analice la aportación, en diversos tiempos, de autores como Dicey, Bryce, Jennings, etc., que barrunta una teoría de la Constitución aunque no se llame así. La obra de GEOFFREY MARSHALL: *Constitutional Theory*, Oxford, At the Clarendon Press, 1971, no se ajusta del todo al modelo continental de una Teoría de la Constitución aunque examine las interpretaciones de Austin, Maitland, Stuart Mill, Dicey y Lord Denning. Cfr. la traducción española de Ramón García Cotarelo y su estudio preliminar en Espasa Calpe, Madrid, 1982.

(116) Cfr. PAUL BASTID: *L'idée de Constitution*, Préface de Jean Rivero, Economica, París, 1985.

el mérito de introducir y expandir la *Verfassungslehre* (117). Así como la *Allgemeine Staatslehre* es un producto cultural de la Alemania decimonona, que cristalizaría en la obra que se denomina de igual modo, de Georg Jellinek (118), la *Verfassungslehre* schmittiana es el resultado de la crítica despiadada que su autor hace de la cultura político-constitucional del demoliberalismo. Por otro lado, es curioso observar que la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek culmina —como subrayó Kelsen— la reflexión sobre el Estado del siglo XIX, y la *Staatslehre* de H. Heller, su obra póstuma e inacabada, supone la crítica inteligente y sugestiva del positivismo jurídico estatal, que desembocó en el hundimiento de la democracia weimariana (119). El hecho de que Heller no pudiera terminar esta magnífica obra, pues le sorprendió la muerte en su exilio madrileño, me parece casi un símbolo. En efecto, la destrucción de la cultura liberal, que sirvió de base a la Teoría general del Estado por el fascismo y el nacionalsocialismo, se reflejaba en el noble intento, frustrado, de rescatar y replantear su contenido concreto.

2. Significado de la «*Verfassungslehre*» schmittiana

Ante todo, la Teoría de la Constitución sirve de prueba para corroborar la tajante afirmación de nuestro autor, que se considera como un jurista, como un profesor de Derecho (120).

(117) Sobre la conexión entre las doctrinas constitucionales durante el Imperio guillermino y las del período weimariano. Cfr. la obra de FULCO LANCHESTER: *Alle origine di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Giuffrè, Milán, 1985, pág. 33. Antes, cfr. el excelente estudio de M. FIORAVANTI: *Giuristi e Costituzione politici nell'ottocento tedesco*, Giuffrè, Milán, 1979; P. VON OERTZEN: *Die soziale Funktion der staatsrechtliche Positivismus*, Suhrkamp, Francfort, 1989; PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico...*, cit.

(118) HANS Kelsen en su *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Editorial Labor, Barcelona, 1934. Prólogo, pág. IX, escribió: «Compréndase que de modo especial me haya referido a la *Teoría general del Estado*, de George Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sistematizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro.» Sobre el significado y la crisis de la Teoría del Estado, cfr. el vol. II de mi *Curso de Derecho Político*, parte I, cap. I: «La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad», 3.ª edic., 1.ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1983, páginas 21 y sigs.

(119) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2.ª edic. española, 1947.

(120) CARL SCHMITT: Prefacio a la segunda edición (1934) de su *Teología política*. Cfr. la edición y traducción de GEORGE SCHWAB, cit., pág. 2. Cfr. BENDERSKY: *Ob. cit.*,

En realidad, sucedió que esta obra capital le sirvió como punto de apoyo y de común referencia para aplicar su arsenal conceptual de modo sistemático y como su prueba de que él fue sólo un jurista y nada más que un jurista.

Por otro lado, es curioso comprobar que las tesis principales del maestro alemán no se dieron en Teoría del Estado, sino en el ámbito politológico —siempre que la *Allgemeine Staatslehre* se diferencie de la Ciencia Política— y en el campo del Derecho constitucional. En este sentido, Otto Koellreutter (121) sostuvo que no es una casualidad que las construcciones políticas de Carl Schmitt las desarrollase en el marco de una Teoría de la Constitución y no de una Teoría del Estado, lo cual, según Koellreutter, entraña un programa político, ya que su *Verfassungslehre* es, como advierte Schmitt en el prefacio, una representación del Estado burgués de Derecho, y, añadimos nosotros, de su crítica.

Karl Loewenstein (122) apuntó los diversos y contrapuestos ingredientes de la Teoría de la Constitución schmittiana, una mezcla de resentimiento antiliberal (decisionismo), cuyo símbolo jurídico es el estado de excepción y de irracionalidad romántica, con alcance político, cuyo símbolo primero es la aclamación. Los temas que aborda son sin duda atractivos, no sólo en su vertiente dialéctica; además, en su conexión con las antítesis dogmático-históricas frente al positivismo jurídico-estatal de la Primera Guerra Mundial. Aquellas antítesis, añade Loewenstein, mantenidas por un nuevo iusnaturalismo, cuyos principales representantes fueron Erich Kaufmann (idealismo iusnaturalista), Smend (dinamismo jurídico-sociológico = integración), Biffinger y, en cierto sentido, Heller. Naturalmente, la coincidencia de estos últimos con Schmitt estriba sólo en su crítica común del positivismo formalista.

Como es sabido, después de la Segunda Guerra Mundial, primero en los

páginas 266 y sigs. En la entrevista de FULCO LANCHESTER, cit. en nota 99 (*Un giurista davanti se stesso*) Schmitt contesta a la pregunta siguiente: «¿Se considera más jurista o más politólogo, o acaso, en un cierto nivel de reflexión, se da una categoría única de aproximación?» La respuesta de Carl Schmitt fue tajante: «Me considero al cien por cien jurista y no otra cosa. Soy jurista y lo mantengo y renuevo como jurista, y todo el infortunio del jurista me implica.» A mi juicio, hay que matizar tan rotunda afirmación: Schmitt fue, como Bodino, un jurista-político. Un constitucionalista antiformalista que aplicó sus categorías políticas al ámbito del Derecho constitucional.

(121) OTTO KOELLREUTTER: *Volk und Staat in der Verfassungskrise. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Verfassungslehre Carl Schmitt, en Zum Neubau der Verfassung herausgegeben von Dr. Fritz Beber*, Junker & Dünhaupt Verlag, Berlín, 1933, página 12.

(122) KARL LOEWENSTEIN: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1931, pág. 224.

Estados Unidos y luego en Alemania, con título diferente y contenido ampliado. Loewenstein publicará su *Verfassungslehre* (123). En este contexto, esta obra representa el *Anti-Schmitt*. Conviene precisar que ambos autores coinciden en la crítica del formalismo positivista, aunque, naturalmente, se distinguen radicalmente por las diferentes ideologías que les enfrentan: el autoritarismo radical (Schmitt) y el demoliberalismo socialdemócrata (Loewenstein).

Mientras la *Verfassungslehre* schmittiana desarrolla una dogmática innovadora encaminada a demoler la derivada del positivismo establecido con vertientes estetizantes, fascinantes, la mantenida por Loewenstein supone un noble intento de recuperar los contenidos más nobles y permanentes de la cultura político-constitucional demoliberal, matizados por el influjo empirista anglosajón. De todos modos, estas dos obras son indispensables para el estudio de la Teoría constitucional.

Insistamos en que las dos critican la versión normativista, introduciendo factores e interpretaciones políticas antagónicas (124). Ello implica una revisión profunda de los planteamientos anteriores: el esfuerzo de acomodar normatividad y realidad constitucional, lo cual, a su vez, entraña ciertos riesgos, a saber: sociologización del Derecho constitucional, efecto que data del famoso escrito de F. Lassalle, e instrumentalización del derecho fundamental en sentido partidista. Ahora bien, y respecto a este último riesgo, observaremos: ¿hasta qué punto es posible y admisible reflexionar sobre cualquier ordenamiento constitucional prescindiendo de los elementos ideológicos que lo informan? No hay que olvidar que toda Ley fundamental, por su significado, alcance y contenido es una Constitución, sí, pero, además e inequívocamente, una Constitución política.

(123) KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976. El traductor e introductor acertadamente ha tenido en cuenta la versión original norteamericana: *Political Power and the governmental process*, University of Chicago Press, 1957, y la alemana: *Verfassungslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1959, y le ha añadido una monografía: *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Walter de Gruyter, Berlín, 1961. La segunda edición española se basa en la segunda edición norteamericana (1969) y alemana (1969). El nuevo apéndice escrito por Loewenstein lo tradujo Eduardo Espín. Los estudios de GALLEGO ANABIARTE: *Karl Loewenstein «in memoriam»* y «Constitución política. (Estudios sobre la Teoría de la Constitución)», de G. Loewenstein», son estimulantes.

(124) Como dice SCHNAB: *The Challenge*, cit., pág. 96, respecto al estudio de SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Munich, 1932, que puede aplicarse también a su *Verfassungslehre*, el intento schmittiano consistió en «... to break the normativist system by injecting politics into jurisprudence».

Sin duda, Schmitt sustantivó la *Verfassungslehre*, aunque no aclaró, a mi juicio, el lugar preciso que le corresponde en el marco del Derecho político. Efectivamente, en el prólogo de su «Teoría de la Constitución» (125) afirma que es «... necesario, empero, afanarse además por erigir una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la teoría de la Constitución como rama especial de la Teoría del Derecho público». Las consideraciones que hace seguidamente me parecen confusas (126).

E. R. Huber (127), al comentar la *Verfassungslehre* schmittiana, señala que la contraposición decisoria entre Teoría constitucional y sociología política radica en que la primera examina a la Constitución como un orden que no sólo atiende a una magnitud existencial de la realidad, sino, además, a la validez de esa realidad. Para aclarar esta exigencia de validez no basta la clásica invocación de Jellinek a «la fuerza normativa de lo fáctico, ya que no toda realidad logra transformarse en normatividad. Si todo hecho, merced a su consistencia, pretendiese validez duradera, se llegaría a la negación del derecho. Lo específico de una Constitución como fenómeno existencial, al que se dota de validez, estriba en que es «el modo concreto de supra y subordinación en la realidad social». Esto caracteriza la «forma especial de la soberanía en una unidad política».

El poder soberano es un hecho que por sí mismo pretende ser válido. Empero, no es poder crudo, sino orden legitimado, pues aunque se trate de un poder en una unidad política, esta última se constituye mediante una idea política. Así, la forma concreta de supra y subordinación de una unidad política consigue justificarse a través de la idea constituyente. Ello muestra la conexión, en una Teoría de la Constitución, entre el ser (*sein*) y el deber ser (*sollen*); entre realidad y validez; existencia y normatividad. El poder concreto se legitima mediante una idea política. Así se logra la exigencia de una validez duradera. Según Huber, Schmitt no expresa claramente que la Constitución se basa en una idea política configuradora de una comunidad política.

Estas observaciones críticas no empañan el valor de su «Teoría de la Constitución» y el mérito de haber sido su introductor en el ámbito del Derecho político (128).

(125) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. XIX y sigs.

(126) Sobre el marco de la Teoría de la Constitución. Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. II, 3.ª edic. revis., reimpresión, Tecnos, Madrid, 1983; II: «La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político», págs. 403 y sigs.

(127) ERNST RUDOLF HUBER: *Verfassung und Verfassungswirklichkeit bei Carl Schmitt*, en *Blätter für deutsche Philosophie*, V, 193-1937, págs. 302 y sigs.

(128) ANTONIO CARACCILO en su *Presentazione* de su trad. *Dottrina della Costi-*

Por último, conviene subrayar que mientras la *Allgemeine Staatslehre* surgió en una época de relativo quietismo político, inspirándose en la dogmática positivista y en ciertos influjos filosóficos y sociológicos del siglo pasado, la *Verfassungslehre*, inaugurada por nuestro autor, brota en una situación de excepcionalidad política. Con aguda percepción sistematizó aquella ajustándola al conjunto de conceptos elaborados por él para explicar la crisis de los supuestos liberales. Frente a la normalidad y normatividad, la decisión; contra el conservadurismo, neutralización y pluralismo poliárquico, la rotunda disyunción de lo político. Caracciolo (129) señala, con acierto, que Schmitt es el crítico penetrante del demoliberalismo. Por eso hay que tenerlo en cuenta para poder reformar el sistema en sus disfunciones más graves y patentes, pero debe desconfiarse de tan aceradas críticas por sus consecuencias.

La cuestión estriba, pues, en aquilatar, sin mengua de su importancia, si esta obra es válida todavía para entender y, sobre todo, confirmar la cultura político-constitucional de nuestra época. Si el aparato conceptual e interpretativo que despliega es aprovechable. ¿No han cambiado los supuestos estructurales y funcionales de la presente cultura política occidental?

Muchas de las observaciones de Carl Schmitt sirven —como apunta Caracciolo—; otras no; pero, sobre todo, lo que alarma es la intencionalidad subvertidora que late en sus a veces corrosivos reparos. Recordemos las argumentaciones de Loewenstein; a ellas hay que añadir los ponderados juicios de Ferdinand Hermens (130) sobre el asunto.

En definitiva, hay que precisar si la *Verfassungslehre* schmittiana puede servir como modelo inspirador para destruir la cultura político-constitucional demoliberal y orientarla en sentido autoritario, e incluso marxista, o para, como sucede con algunos fármacos peligrosos, utilizarlos, ponderadamente, para corregir desviaciones y disfuncionalidades de la democracia constitucional. Dicho de otro modo: que esa Teoría de la Constitución aparezca no como un alegato disolvente, sino como una pieza maestra que enlace con

tuzione, Giuffrè, Milán, 1948, pág. XIII, considera que esta obra puede considerarse como el *opus maius* de Schmitt.

(129) CARACCILO: *loc. cit.*, pág. XXVII.

(130) FERDINAND HERMENS: *Verfassungslehre*, 2.^a edic., Westdeutscher Verlag, Colonia-Opladen, 1968. Es curioso comprobar que, al igual que hizo Loewenstein, Hermens vertió a su lengua nativa un libro suyo anterior titulado *The representative Republic*, University of Notre Dame Press, 1958. Ambos autores fueron influidos por la cultura política norteamericana. Lo mismo ocurre en CARL FRIEDRICH: *Gobierno constitucional y democracia*, trad. de Agustín Gil Lasierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, vol. I, caps. VII-XIII.

la reciente tendencia que contempla a tal Teoría como una *Kulturwissenschaft*. Así sería reflejo, lo más fiel posible, de una cultura política viva, funcional, propia de las democracias asentadas y promotoras. O, lo que es lo mismo, si la *Verfassungslehre* actual debe versar no ya en un Estado liberal y burgués de Derecho, como la schmittiana, sino en un auténtico Estado social y democrático de Derecho, que se sintetiza en un *Kulturstaat* (131).

3. Carl Schmitt y el concepto de Constitución sustancial

Un aspecto básico en la *Verfassungslehre* de Schmitt es su concepto de Constitución. Supone una contribución importantísima a una moderna Teoría de la Constitución concebida como Ciencia cultural. ¿Por qué? Antes de responder a este último interrogante hay que precisar que, como ocurre con todos los conceptos capitales del autor, conviene subrayar su uso contra las insuficiencias del positivismo jurídico del período weimariano, que, como indicamos, es el desarrollo, unas veces reiterado, otras perfeccionado, de la etapa weimariana. Es innegable que el concepto decisionista de Constitución fue un arma eficaz en la situación inestable de la República de Weimar, si bien en el año 1928, en que publica su Teoría, la situación se había consolidado. Ahora bien: ello no es óbice para que insista en su crítica del ordenamiento weimariano en la medida que es la configuración de un Estado liberal burgués de Derecho, objeto principal de su análisis corrosivo. En la misma fecha aparece también la obra principal de Smend, que aporta una perspectiva original y sugestiva del concepto material de Constitución, cuyo *locus classicus* es éste: «La Constitución es la ordenación jurídica del Estado; mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado, y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso» (132). La diferencia entre las posiciones de Schmitt y de Smend respecto a la Constitución y al Derecho constitucional radican en que el primero, con su desprecio de la normatividad y normalidad burguesa, propende a desmantelar el ordenamiento conforme al Estado de Derecho, insistiendo en sus carencias

(131) Sobre el *Kulturstaat*, cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1984, págs. 188 y sigs.

(132) RUDOLF SMEND: *Constitución y Derecho constitucional*, trad. de José Mario Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 168. Cfr. mi trabajo *La lucha contra el positivismo jurídico...*, cit., págs. 101 y sigs.

liberales burguesas, mientras que el teórico de la integración estatal manifiesta un sincero esfuerzo reconstructivo, integrador, de la convivencia política conforme a valores, aunque su intento, un tanto evanescente, fue impedido por el III Reich. Por su parte, Heller (133) mantendrá una postura contraria a Kelsen, porque su concepción del Estado y de la Constitución consiste en un *deber ser* exclusivo, y contra Schmitt, «que pretende eliminar de la Constitución toda normatividad» (pág. 288).

Schmitt, Smend, Heller y otros representan la *ofensiva* (tómese este adjetivo en sentido de enérgica crítica y no como concepto belicista, más propio del primero citado) contra el formalismo positivista predominante. Sus aportaciones son penetrantes y representan una llamada de atención a la doctrina para considerar los factores sustanciales compensadores en el sentido acuñado por el suizo Schindler (134).

Corresponde el mérito a los tres autores, con cuotas de distribución diferentes, el haber puntualizado los errores del formalismo positivista. Claro está que la distribución de los correspondientes méritos depende del talante e ideología de sus intérpretes. No oculto mi mayor adhesión a las observaciones de Smend y de Heller. La lectura de las obras sobre el asunto de los tres maestros corrobora que la atención prestada a los elementos extranormativos —y no extrajurídicos— es imprescindible para calar en el concepto y significado de la Constitución sustancial y, por ende, en el sentido plenario del Derecho constitucional occidental.

No voy a repetir cuanto afirmé sobre esta cuestión en otras ocasiones. Lo que me interesa ahora es subrayar que, aun dentro de la dogmática constitucional del liberalismo, antes y durante el período guillermino, hubo autores insignes que criticaron, enérgicamente, algunos de sus contenidos. Recordemos al segundo Ihering, a Otto von Gierke, con su famosa controversia con Paul Laband, a Lorenz von Stein, a Ferdinand Lassalle... su influjo es patente en Schmitt, Heller, Loewenstein y Friedrich. No hay que olvidar a Georg Jellinek, con su teoría de las dos facetas de la Teoría del Estado, criticada luego por Kelsen; su postulado de la fuerza normativa de lo fáctico (*ex facto oritur ius*). Más significativa es su obra sobre las mutaciones constitucionales, tema capital que tan intensa discusión suscitó en la doctrina weimariana (135).

(133) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, cit., págs. 288 y sigs.

(134) DIETRICH SCHINDLER: *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, 3.ª edic., Schul-ten & Co. A. G., Zürich, 1950. (Cfr., sobre todo, parte V, sobre la polaridad de lo social en las Constituciones liberales y democráticas, págs. 133 y sigs.)

(135) GEORG JELLINEK: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Verlag von Häring, Berlín, 1906. Adviértase el subtítulo de este trabajo.

Tiene razón Gianfranco Miglio (136) cuando le califica representante, no ortodoxo, del positivismo formalista. Aquel, en el prólogo de su obra (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, cit.), criticaba a sus compatriotas ásperamente por su desinterés respecto al análisis científico de los fenómenos políticos, sacrificándolos a una compacta (*conservadora*) utilización de una refinadísima doctrina del Derecho público. Jellinek indicó que los dos enfoques (jurídico y político), aunque metodológicamente distintos, eran científicamente complementarios.

Una vez más se confirma, a mi juicio, que las doctrinas jurídicas de un período no son homogéneas. Siempre aparecen *heterodoxos* que, aparte de criticar las posiciones predominantes, indican caminos para el futuro. *Oportet esse haereses!*

Ahora bien: Schmitt cuenta con fuentes significativamente propias para fundamentar su concepto de Constitución que no comparten los demás. ¿Cuáles? Veamos. Reiteradamente hemos mencionado el influjo de los contrarrevolucionarios De Maistre y De Bonald; pues bien, también en este punto se confirma tal influjo. La referencia a estos autores es frecuente en los escritos de Carl Schmitt. Ya en 1919, cuando aparece la primera edición de su *Politische Romantik* (137), subrayó el desprecio que Burke, De Maistre y De Bonald mostraron respecto a *construir* en política, y se refiere particularmente a la *construcción* de Constituciones artificiosas, calculadas por sus inventores, por un individuo ingenioso o por teóricos de una política geométrica.

Los tres autores contrarrevolucionarios están convencidos de que el Derecho y el Estado no pueden surgir de la actividad racional y planificadora de un solo individuo. Las instituciones estatales más importantes —añade Schmitt en su descripción de las ideas de los contrarrevolucionarios y, sobre todo, las Constituciones que la Revolución francesa ha modificado frecuentemente— deben ser el producto, no la causa, del curso del tiempo, de la situación de las relaciones históricas, de la *naturaleza de las cosas* (138). Burke, Maistre y Bonald coinciden en excluir, decididamente, cualquier intervención en este campo de los filósofos y metafísicos, y sobre todo de Rousseau, y en sostener que toda actividad del individuo que se base en principios racionalistas no sirve para nada; se opone necesariamente al curso natural de las cosas, lo destruye y anula sin que produzca algo duradero (139).

(136) GIANFRANCO MIGLIO: *Una Repubblica migliore per gli italiani*, Giuffrè, Milán, 1983, pág. 143.

(137) Cfr. la edición citada preparada por CARLO GALLI: *Romanticismo político*, página 125.

(138) SCHMITT: *Ob. cit.*, pág. 161.

(139) SCHMITT: *Ob. cit.*, pág. 162.

En este clima irracionalista e historicista se encontrará a gusto nuestro autor para extraer su concepto sustancial de Constitución, que manifiesta cierto irracionalismo existencialista. Para Carl Schmitt, como para Montloiser (140), el momento previo del existir, de la existencia de una unidad política, es capital. Montloiser es el precedente de De Maistre. En efecto, escribe aquél:

«Voilà un titre éminemment défectueux. Qu'est-ce qu'un acte de constituer les peuples. Est ce que les peuples par cela qu'ils existent, ne sont pas déjà constitués?» (141).

Y corrobora De Maistre:

«Una Constitution... n'est que le mode de existence politique attribué à chaque nation par une puissance au-dessus d'elle» (142).

Releamos a Schmitt (143): «La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución *«se establece por sí misma»* (subrayado de Schmitt), sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero una *Constitución que se da a sí misma* (subrayado de Schmitt) es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial que la da. Toda especie

(140) Montloiser es el precedente de De Maistre, según PETER RICHARD ROHDEN: *Joseph de Maistre als politikes theoretiker. Ein Beitrag zur Geschichte des Konservativen Staatsgedantes in Frankreich*, Verlag der Münchenen Drucke, Munich, 1929, página 19. Montloiser pese a su odio a la Revolución francesa, participó en los debates de la Constitución de 1789. Allí defendió contra la derecha y la izquierda su ideal aristocrático de la libertad. ROHDEN cita estas obras: *Essai sur l'art de constituer les peuples*, París, 1790; *De la Monarchie française depuis son établissement jusqu'à nous jours*, 2 vols., París, 1914; *Mémoires sur la Révolution française, le Consulat, l'Empire et la Restauration*, 2 vols., París, 1829. Sobre todo esto, cfr. mi trabajo «La Corona, elemento de la Constitución sustancial española», en *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, compilador Pablo Lucas Verdú, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983, páginas 249 y sigs.

(141) MONTLOISER: *Mémoires sur la révolution française*, vol. I, París, 1829, páginas 265; cit. por ROHDEN: *Ob. cit.*, pág. 182, en nota.

(142) DE MAISTRE: *Etude sur la souveraineté*, libro I, cap. IX; *Oeuvres*, I, página 369.

(143) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 25.

de normación jurídica, también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente. Toda ley, como regulación normativa, y también la Ley constitucional, necesita para su validez un último término, una *decisión* (subrayado de Schmitt) política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su 'razón de existencia' no en la justicia o conveniencia de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política* (subrayado de Schmitt) es jurídicamente considerado digno de existir. Por eso su 'derecho a sostenerse y subsistir' es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo esse perseverare* (Spinoza); defiende 'su existencia, su integridad y su Constitución': todo valor existencial» (144).

Es curioso observar cómo al final menciona a Spinoza, precursor de la teoría del *pouvoir constituant* (145), con lo cual el existencialismo voluntarista de Schmitt se matiza con el racionalismo del autor de la *Ethica ordine geometrico demonstrata*.

Por otro lado, no encontramos en la obra de Schmitt referencias a los escritos del pensador político Friedrich Ancillon (1776-1837) (146). Ello no significa reprocharle carencia alguna, dada su selecta erudición. Lo traigo a colación porque en este autor se observa —como subraya Schmitt-Assmann— el esfuerzo en armonizar la teoría de la Constitución extremadamente abstracta y racionalista de la época revolucionaria con los conocimientos históricos. Ancillon señaló que en las instituciones se da la unión de lo lógico-racional con la teoría irracional-romántica del Estado. Aparte de esta observación, lo que más me interesa indicar es que en Ancillon encontramos un anticipo del concepto sustancial de Constitución. En efecto, escribe:

(144) SCHMITT: *Ob. cit.*, págs. 25-26. Obsérvese la insistencia del autor en términos como «existencia total» (pág. 3); «cualquier unidad política existente» (pág. 4); «algo existente», «existen» (pág. 5); «modo existencial» (pág. 10); «existencia política del Estado», «existencia política concreta del pueblo alemán» (pág. 33), etc. Todo el discurso schmittiano sobre el tema abunda en estas expresiones.

(145) SCHMITT: *Ob. cit.*, pág. 91. Sobre el influjo de Spinoza en Sieyès respecto al examen de constitucionalidad de las leyes. Cfr. mi *Curso de Derecho político*, cit., vol. IV, págs. 865 y sigs.

(146) J. P. F. ANCILLON: *De l'Esprit des Constitutions politiques et de son influence sur la législation. Ouvrage traduit de l'allemand*, par C. M. Docteur en Droit, Paris, Alphonse Delhomme, Éditeur, Rue du Pont-de-Lodi, 3 près le pont Neuf 1850. Sobre Ancillon, cfr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN: *Die Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre und des Historismus. Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsdenkens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1967, págs. 172 y sigs.

«Il est aussi incontestable que toutes les lois, toutes les institutions d'un peuple doivent être en harmonie avec la nature de son gouvernement, qu'il est que toutes les pierres d'une voûte doivent être en rapport avec celle qui sert de clef, et que, dans un corps organique, toutes les parties doivent s'harmoniser avec le principe de la vie» (147).

En este texto se comprueba la síntesis que intentó entre elementos racionalistas y románticos-irracionalistas. En cambio, en la doctrina constitucional schmittiana se critica el racionalismo constitucional ilustrado, que desemboca en la configuración del Estado liberal burgués de Derecho.

Las referencias a Spinoza, Sieyès y otros que desarrollan el pensamiento constitucional liberal sólo son apoyos eruditos para corroborar su argumentación.

Es necesario precisar que el concepto material de Constitución que mantiene Schmitt no ha de confundirse con la distinción establecida el siglo pasado por Groteffend (148), luego recogida por Jellinek en su obra *Gesetz und Verordnung*, 1887, pág. 262, y en su *Allgemeine Staatslehre*, según nos advirtió Mokre (149). Esta distinción nace en el desarrollo del constitucionalismo alemán. La Constitución en sentido formal (*Konstitution*) viene a identificarse con su texto escrito, en virtud del cual el poder soberano se autolimita y otorga a los ciudadanos derechos subjetivos. En cambio, la Constitución en sentido material (*Verfassung*) se refiere a ciertos elementos sustanciales. La burguesía liberal, recuerda Otto Brunner y subraya Castrucci (150), reducirá el concepto material de la Constitución al formalismo de *Konstitution*, aunque prescindirá de este término y en adelante usará el de *Verfassung*. Schmitt señalará la relativización del concepto de Constitución, que, en lugar de fijarse en el concepto unitario de la misma como un todo, se detiene en el de *Ley constitucional concreta*, de suerte que el concepto de *Ley* constitucional se fija según *características externas* y accesorias llamadas *formales* (151).

(147) ANCILLON: *De l'Esprit...*, cit., pág. 27.

(148) GROTEFFEND: *Der deutsche Staatsrecht der Gegenwart*, 1869.

(149) HANS MOKRE: *Zum Begriff der Verfassung im materiellen und formellen Sinn*, en *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 21-22, Tubinga, 1932, págs. 222 y sigs.

(150) EMMANUELE CASTRUCCI: *Le forme della Costituzione politica. Appunti per una lettura della Verfassungslehre di Carl Schmitt*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie, LXIII, abril-junio 1986, pág. 199.

(151) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 13. Cfr. la clara clasificación de los posibles significados de Constitución, según Schmitt, que establece CASTRUCCI: *loc. cit.*, pág. 208, y sus comentarios. Reproducimos su cuadro clasificatorio:

Para Schmitt, el *concepto positivo* (sustancial según nuestra terminología o en sentido material estricto) es la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política (152), que *surge mediante un acto del poder constituyente* (153). «La distinción entre Constitución y Ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o una norma. En el fondo, de toda normación revive una *decisión política* del titular del *poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica» (154).

Así, pues, nuestro autor basa su concepto sustancial de Constitución en criterios voluntaristas, decisionistas, que versan sobre el modo y forma de la existencia política. De estos presupuestos se infiere, coherentemente, la reforma de aquélla, su intangibilidad, su quebrantamiento, los derechos fundamentales, los conflictos constitucionales, el juramento de la Constitución, el significado de la alta traición, la legitimidad de una Constitución. A su juicio, una Constitución es legítima, reconocida no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica, cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. «La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que *integra la sustancia de la Constitución* (subrayado de P. L. V.), es válida porque la unidad política, de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia» (155).

Schiera (156) señala que el concepto absoluto —y el positivo, añadimos nosotros— de Carl Schmitt se nutre de referencias vitalistas, existenciales,

- | | | |
|--|---|---|
| <p>I. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO ABSOLUTO
(Constitución como un todo que se subdivide)</p> | } | <p>1. Constitución absoluta en cuanto «concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado» (<i>Teoría de la Constitución</i>, pág. 4).</p> <p>2. Constitución en cuanto «manera especial de ordenación política y social» (<i>Monarquía, Aristocracia, Democracia</i>).</p> <p>3. Constitución en cuanto «principio del devenir dinámico de la unidad política» (<i>Teoría de la Constitución</i>, pág. 6). Se refiere a Smend.</p> |
| <p>II. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO RELATIVO: La ley constitucional concreta cuya revisión es siempre posible en cualquier momento, aunque con procedimiento agravado (art. 76 de la Constitución de Weimar).</p> | | |

(152) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 23.

(153) *Ibidem*, pág. 24.

(154) *Ibidem*, págs. 26-27.

(155) *Ibidem*, pág. 101.

(156) PIERANGELO SCHIERA: *Dalla Costituzione alla Politica. La decisione in Carl Schmitt*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 17.

que versan sobre el alma, la vida, el fin, la unidad, el orden del Estado entendidos como formas reales de existencia de este último y no como mera actuación de un deber ser metahistórico. Estos contenidos pugnan con el concepto y criterios normativistas de la Constitución y del Derecho constitucional; pero, a nuestro juicio, configuran un nuevo positivismo voluntarista, decisionista, de modo que la destrucción del positivismo formalista abre el camino a otro no menos peligroso, en la medida que sacraliza lo existente, que por el hecho de existir, vale, se legitima.

Conviene decir algo sobre la tesis schmittiana acerca de la legitimidad de la Constitución. Según él, culminando el texto antes citado, la Constitución no «necesita justificarse en una normativa ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado» (157). He aquí unas afirmaciones descarnadas, que manifiestan el más crudo positivismo. El positivismo schmittiano suscita esta inquietante cuestión: si el especial modo de existencia política no necesita ni puede ser legitimado, ¿no entraña esta afirmación, sorprendente, que esa evidencia política, por el hecho de existir, se autojustifica?

Según esto, cualquier existencia política autocrática, liberal, democrática, fascista, socialista, comunista, de cualquier tipo ideológico que sea, por el hecho de existir, se justifica. No sólo lo fáctico es fuente del Derecho (*ex facto oritur ius*), sino que el hecho como existencia le justifica. Así cobra sentido su afirmación antes citada. Toda ley, como regulación normativa, y también la Ley constitucional, necesita para su validez, en último término, una *decisión* política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia» no en la justicia o conveniencia, de normas, sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política* es, jurídicamente, considerado «digno de existencia» (158).

Carl Schmitt —escribe Fikentscher (159), corroborando cuanto acabo de decir— es metodológicamente no menos positivista que el positivismo legalista que él ataca. Schmitt desarrolla una *politische Jurisprudenz* (160).

En efecto, tiene razón Fikentscher, puesto que, como vimos, arranca de su concepto de lo político como contraposición amigo-enemigo; aplica en su

(157) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., pág. 101.

(158) SCHMITT: *Ibidem*, págs. 25-26.

(159) WOLFGANG FIKENTSCHER: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. III: *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1976, pág. 325.

(160) FIKENTSCHER: *Ob. cit.*, pág. 322.

Verfassungslehre su concepto de decisión (*Entscheidung*), que es, en esta fase de su pensamiento, el postulado categórico contra el normativismo, luego sustituido por el pensamiento de los órdenes concretos. La *Entscheidung*, advierte Giacomo Marramao (161), nunca es fruto o resultado de un proceso de formación-Constitución, sino viceversa *constitutiva* del mismo. El hecho de que la decisión dé siempre lugar a una nueva *Verfassung* no significa absolutamente que dependa de ella.

El concepto decisionista de Constitución (162) conlleva el riesgo de disolución de la normatividad, de suerte que su *positivismo-antipositivista*, es decir, su crítica del positivismo legalista mediante la valoración y dignificación de la unidad política existente, como vimos, se reduplica con el positivismo voluntarista insito en la decisión. Tal es el resultado de la combinación entre el «existencialismo» y el voluntarismo schmittiano, con la agravante de que su sacralización de la existencia política como tal implica la negación de los valores o por lo menos la neutralización de todo valor fundamental inspirador, de modo que la democracia relativista de Kelsen, democracia hasta el suicidio, produce el mismo resultado negativo que la tiranía de los valores a que se refiere Schmitt. De este modo, los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución española) pierden cualquier sentido y alcance. Ni siquiera ayuda el pensamiento de los órdenes concretos, porque, aparte de aplicarse en función de la realidad política del III *Reich*, las tres fases: normativismo propio, según él, del iusnaturalismo de la Ilustración; decisionismo (Hobbes); órdenes concretos (Hauriou, Santi Romano), son tergiversaciones *pro domo sua* del iusnaturalismo ilustrado, sea del pensamiento hobbesiano (163), sea de los órdenes concretos, pues aquí es capital precisar quién determina el contenido de tales órdenes (164).

Por último, sería interesante y aun oportuno añadir que nuestro autor destruye con su crítica la normatividad, al contrario que Heller, que pondera la armonización entre aquella y la realidad, y, en cambio, sigue aferrado al decisionismo en la fase de los órdenes concretos, pues corresponde al *Führer*, en todo momento, la decisión soberana, de modo que puede hablarse de un *Führerpositivismus*, con lo cual, llevado a su extrema adversión al demoliberalismo, incurre, insistamos, en otro positivismo, en la medida que ani-

(161) GIACOMO MARRAMAIO: *Carl Schmitt: Las decisiones senza presupposti e il fantasma dello Stato*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 78.

(162) Cfr. la crítica que hace HUBER a este concepto, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, cit., págs. 305 y sigs.

(163) FIKENTSCHER: *Ob. cit.*, pág. 324, subraya que Schmitt desconoce *den «englischen» Zusammenhang, in dem Hobbes steht*.

(164) FIKENTSCHER: *Ob. cit.*, pág. 321.

quila principios políticos y culturales, que es necesario rescatar y perfeccionar. En definitiva, la «Teoría pura del Derecho» de Kelsen es sustituida por la Teoría pura, descarnada, del poder de Schmitt.

4. *Una aportación importante de Carl Schmit a la Teoría de la Constitución: las garantías institucionales*

a) *La cuestión en la etapa weimariana*

Mientras la doctrina germana sobre los *derechos públicos subjetivos* es una de las contribuciones más significativas de la dogmática jurídica decimonona, la teoría de las *garantías institucionales* es característica del período weimariano. Su introductor principal fue Carl Schmitt.

Corresponde a la línea Gerber-Laband-Jellinek la reflexión sobre los derechos públicos subjetivos encaminada a garantizar la posición jurídica de los ciudadanos en el Estado, al cual se le considera persona jurídica. Jellinek estableció una clasificación de los mismos, que llega, *mutatis mutandis*, a nuestros días. Ciertamente, durante el paréntesis nacionalsocialista se proclamó la desaparición de los derechos públicos subjetivos (Maunz), pero también entonces Menzel sostuvo el fin de las garantías institucionales (165).

¿Puede afirmarse —por supuesto, desde perspectivas democráticas— que la doctrina schmittiana de las garantías institucionales es una categoría epocal? Creemos que no. Trátase de una aportación estimable, aunque algunos autores españoles la han aplicado anacrónicamente.

Quien por primera vez utilizó la expresión garantías institucionales fue Martin Wolff (166), en 1923, al referirse a la garantía institucional de la propiedad privada (artículo 153 de la Const. de Weimar); pero, como dijimos, Carl Schmitt la incorporó, definitivamente, al ámbito del Derecho constitucional.

En su *Verfassungslehre* (167) subraya que las reglas constitucionales pueden proteger de modo especial a ciertas instituciones con el fin de impedir su supresión por la legislativa ordinaria. Es inexacto en este caso hablar de derechos fundamentales. Una cosa son éstos y otras *las garantías institucionales*.

(165) EBERHARD MENZEL: *Das Ende der institutionellen Garantien*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Nueva Serie, vol. 28, Tubinga, 1937, págs. 32 y sigs.

(166) MARTIN WOLFF: *Reichsverfassung und Eigentum. Beitrag in der Festschrift der Berliner Juristische Fakultät für Wilhelm Kahl*, 1923.

(167) SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 197 y sigs.

La estructura de estas últimas es distinta, tanto lógica como jurídicamente, de los derechos de libertad. «Ni aun siquiera cuando se asegura con la garantía institucional derechos subjetivos de individuos o de corporaciones —lo que no es obligado— hay ahí derechos fundamentales ningunos. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aunque las tareas no estén especializadas en particular, sea admisible una cierta «universalización del círculo de actualización» (168).

En 1931, nuestro autor desarrollaría más extensamente la cuestión (169), porque pensó que entonces (en 1928, *Verfassungslehre*) no distinguía claramente las garantías jurídico-públicas del tipo institucional de las garantías de institutos de Derecho privado. Además, diversos autores se ocuparon del tema (170).

Referencia más sintética al problema la hará en su trabajo sobre los derechos y deberes fundamentales en la Constitución de Weimar (171). Se trata, pues, de una preocupación sostenida en años seguidos: 1920 (*Verfassungslehre*), 1931 (*Freiheitsrechte und Institutionelle Garantien*) y 1932 (*Grundrechte und Grundpflichten*) (172).

En *sentido amplio* (173), para Schmitt, garantías (institucionales) son los preceptos concretos de la Constitución que vinculan al legislador. El artículo 102 (Constitución de Weimar), el 105 (prohibición de jurisdicciones de excepción), el 137 (comunidades religiosas como corporaciones de Derecho público), el 129.1 (inviolabilidad de los derechos lícitamente adquiridos de los funcionarios) contienen una garantía institucional.

En *sentido estricto*, sólo son determinadas cautelas constitucionales interrelacionadas en cuanto complejo normativo. Así, Schmitt habla de asegura-

(168) SCHMITT: *Ob. cit.*, pág. 198.

(169) SCHMITT: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., págs. 140 y sigs.

(170) SCHMITT: *loc. cit.*, pág. 143.

(171) SCHMITT: *Grundrechten und Grundpflichten*, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pág. 180, y concretamente págs. 213-216.

(172) Preocupación que le llevará a considerar la fórmula *due process of law*, después de señalar, apoyándose en Hermann von Mangoldt, su origen europeo como una *institutionelle Garantie* (*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*) 1943-1944, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pág. 423, nota 40.

(173) Seguimos aquí la clara exposición que hace ALBERT BLECKMANN en su *Allgemeine Grundrechtslehren*, Carl Keymanns Verlag KG, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1979, páginas 171 y sigs.

ción de un complejo de instituciones jurídico-públicas, con sus correspondientes garantías y normaciones conexas y complementarias. Las *garantías institucionales* se distinguen de las *garantías de institutos jurídicos* en cuanto complejos normativos y relaciones jurídicas fijas, tradicionales. Las primeras versan sobre complejos normativos públicos; las segundas, sobre instituciones jurídicas privadas (174).

Aún añade las *garantías puras de un «status quo»* (*reine status quo Garantien*), las cuales fijan, respecto a un concreto plazo fijo, el día de entrada en vigor de la Constitución, una determinada situación real o jurídica. Son casos de derecho transitorio (artículos 173 y 174: disposiciones sobre subvenciones del Estado a la Iglesia, cuestiones de enseñanza) (175) a la espera de la legislación del *Reich* que la regule. Otro caso es el artículo 149.3 (mantenimiento de las Facultades de Teología). Aquí el término «se conservarán» (dichas Facultades): *Die Theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten*, expresa un elemento de *un status quo Garantie*, si bien puede indicar una garantía institucional o una unión de ambos tipos (176).

Loewenstein (177) considera que no sólo en la parte segunda de la Constitución figuran garantías institucionales, y esto, puntualiza, no ha sido antes suficientemente señalado. Según él, en la parte primera las encontramos. Así, en el artículo 2 (territorio del *Reich*); la bandera del *Reich* (artículo 3); el concepto de *Freistaatlichen Verfassung* (Constitución libre o republicana); la República (artículo 1); los diputados del pueblo alemán (artículo 20). A mi juicio, así el panorama de las garantías institucionales se ensancha de modo discutible.

Las garantías institucionales —advierte Bleckmann (178)— protegen la regulación tradicional de estas instituciones ante cualquier cambio por el legislador. Principalmente, tanto las garantías institucionales como las garantías de institutos jurídicos aseguran lo que se considera típico y característico de una institución (179): los principios básicos de dicha regulación (180).

Los derechos fundamentales pueden contener garantías institucionales. Por ejemplo, el derecho de propiedad regulado por la ley. En este caso, la

(174) SCHMITT: *Grundrechten und Grundpflichten*, cit., pág. 216.

(175) SCHMITT: *loc. cit.*, págs. 213 y sigs.; *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, cit., págs. 155-156.

(176) SCHMITT: *Grundrechten und Grundpflichten*, cit., pág. 216.

(177) KARL LOEWENSTEIN: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, cit., página 29.

(178) ALBERT BLECKMANN: *Ob. cit.*, pág. 172.

(179) SCHMITT: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie*, cit., pág. 158.

(180) SCHMITT: *Grundrechte und Grundpflichten*, cit., pág. 214.

garantía de este instituto se refuerza en cuanto elemento típico del derecho civil de la propiedad, y lo mismo ocurre con el derecho hereditario.

La función de la garantía institucional estriba en fundamentar la vinculación del legislador al Derecho constitucional, lo cual no ocurre en los derechos fundamentales, porque, según la doctrina dominante en Weimar, aquella vinculación sólo se daba respecto a la administración y a la justicia y no respecto al legislador.

La teoría schmittiana de las garantías institucionales suscitó interés entre los autores de la época weimariana. Así, por ejemplo, Albert Hensel (181), influido por Rudolf Smend, acentuó el contenido estimativo, axiológico de los derechos fundamentales. Además, apuntó la estrecha interdependencia entre las instituciones y los valores políticos (182). Por su parte, E. R. Huber (183) recoge las ideas de Schmitt sobre el asunto y la distinción entre garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos. Huber, siguiendo a Schmitt, diferencia entre instituto jurídico e institución. Mientras el instituto es una forma abstracta, de carácter general, que se configura mediante concretas relaciones jurídicas, las instituciones entrañan tipos organizados de modo histórico determinado. De otro lado, señala la diferencia entre institutos jurídicos y derechos de libertad. Estos últimos son reconocimientos de la libertad natural del individuo protegido por medio de límites a la actividad estatal, frente a sus abusos; en cambio, los institutos jurídicos son regulados, en sus contenidos, por el derecho positivo, según «la medida de la ley»; la «reserva de ley» significa que, en el caso de los derechos de libertad, que sólo, excepcionalmente e impidiendo el abuso, se permite una intervención legislativa; en cambio, en el caso de los institutos jurídicos, sólo la ley determina su contenido y ámbito jurídico (184).

b) *El problema en el periodo nacionalsocialista*

Así como Maunz (185) proclamó, en 1935, el fin de los derechos públicos subjetivos en cuanto fruto del individualismo liberal, incompatibles con

(181) ALBERT HENSEL: *Grundrechte und politische Weltanschauung*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1931, págs. 4-5.

(182) HENSEL: *Ob. cit.*, pág. 34.

(183) ERNST RUDOLF HUBER: *Bedeutungswandel der Grundrechte*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Nueva Serie, vol. 22, cuad. 1, 1932, págs. 51 y sigs.

(184) E. R. HUBER: *loc. cit.*, pág. 37.

(185) THEODOR MAUNZ: *Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1935, páginas 96 y 71 y sigs.

el contenido de la comunidad racial alemana, un año más tarde Menzel (186) hará lo mismo respecto a las garantías institucionales, de modo que una de las contribuciones más fecundas de Schmitt al campo de la doctrina constitucional, descontando sus matices e intencionalidades contrarias al demoliberalismo quedaba en entredicho (187). No obstante, algunas observaciones de Menzel son acertadas si prescindimos de sus convicciones nacional-socialistas.

Así, este autor señaló la profunda relación de la ideología constitucional con las garantías institucionales, la conexión fundamental que ambas sostienen respecto a las interrelaciones Pueblo-Estado. Sólo cabe una interordenación entre el Pueblo y el Estado, si éstos desempeñan la función de dar promesas y de recibirlas y para las garantías institucionales de ofrecer garantías y de aceptarlas.

Tanto en la ideología constitucional liberal como en la teoría de las garantías institucionales ocurre lo contrario (188). El autor citado establece un cuadro de las posiciones de los autores sobre las garantías institucionales, que, según ellos, encontraron en los preceptos de la Constitución de 1919 (Dennewitz, Anschütz, Klein, Loewenstein), confrontándolas con las de Carl Schmitt (189), también indica que la distinción entre garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos no fue compartida por todos (190).

En conclusión, para Menzel (191), esta doctrina significa un fuerte dique para los derechos públicos subjetivos. Una disolución parcial de las representaciones de los derechos de libertad, aunque examinada con detención, pertenece al pensamiento liberal. No sirve, pues, para el orden nacionalsocialista, porque el Pueblo y el Estado, que entonces formaban una totalidad, no pueden cumplir las funciones de garantizador y de receptor de tales garantías. Por tanto, tal doctrina corresponde al museo conceptual del liberalismo.

c) *La cuestión en Alemania a partir de 1949*

Con motivo de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina se replanteó el tema de las garantías institucionales en relación con la posición schmittiana, introduciendo variantes. Bleckmann ha expuesto, dete-

(186) EBERHARD MENZEL: *Das Ende der institutionellen Garantien*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Nueva Serie, vol. 28, 1935, págs. 32 y sigs.

(187) Cfr. las críticas de la doctrina schmittiana, en MENZEL: *loc. cit.*, págs. 39-40.

(188) MENZEL: *loc. cit.*, pág. 46.

(189) MENZEL: *loc. cit.*, págs. 48 y sigs.

(190) MENZEL: *loc. cit.*, págs. 42 y sigs. Anschütz, en su comentario de la Constitución, la consideró demasiado sutil.

(191) MENZEL: *loc. cit.*, págs. 74 y sigs.

nidamente, los puntos de vista de Friedrich Klein, Peter Häberle, Heinhard Steiger y Ernest-Wolfgang Böckenförde, así como la jurisprudencia y Tribunal Constitucional (192), que aquí no reproducimos.

5. *Nota crítica sobre la doctrina schmittiana de las garantías institucionales*

Ante todo, la teoría de Schmitt sobre las garantías institucionales parece confirmar su rotunda afirmación de autoconsiderarse como un jurista. En este sentido, demuestra dominio de la dogmática y técnica jurídica, no ya sólo de la jurisprudencia elegante, de una argumentación demasiado sutil, como la calificó irónicamente Anschütz. Además, intentó combinar los análisis técnico-jurídicos (normativos) con los de contenido material (institucional). De este modo se corrobora mi tesis: ciertamente nuestro autor fue *también* un jurista-político, como su modelo Bodin, aunque en este último la carga de politicidad no es *peligrosa* como muchos conceptos schmittianos para la cultura constitucional demoliberal. En el caso de las garantías institucionales, ocurre lo contrario, en la medida que conectan con criterios objetivos (institucionales). ¿A qué se debe este giro schmittiano, por lo demás variación oportunista en él tan presente?

Conviene antes exponer brevemente cómo se configura su doctrina. Esta arranca de 1928 (*Verfassungslehre*, aquí sucintamente expuesta y con matices que conectan con su crítica del Estado liberal-burgués de Derecho. Por tanto, posición antiindividualista). Continúa en 1931 (*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*). Menciona a Nadolski y a Stier-Somlo y subraya, con éstos, que, junto a los derechos individuales y sociales, existe una serie de normas constitucionales que sirven para la protección de una institución (*Einrichtung*), y que el concepto de derechos fundamentales se ampliaría ilimitadamente y sería indeterminado si se quisiera derivar de todos estos preceptos «derechos fundamentales» (193).

Schmitt añadirá a este trabajo unas páginas aclaratorias (194). Aquí dirá que se puede contemplar la esencia de la Constitución en las garantías institucionales. Ello correspondería a la doctrina del pensamiento de órdenes concretos; por eso sería oportuno superar tanto el funcionalismo normativista como la simplificación decisionista. Por consiguiente, Schmitt abandona el

(192) ALBERT BLECKMANN: *Ob. cit.*, pág. 175. En las págs. 189-199 señala las cautelas a adoptar sobre el replanteamiento de esta doctrina.

(193) SCHMITT: *loc. cit.*, pág. 145.

(194) SCHMITT: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., págs. 171 y sigs.

criterio decisionista, cosa que reitera en su escrito sobre los tres modos del pensamiento científico-jurídico, como vimos, aunque al servicio del III *Reich*. Y sigue el autor: de los tres modos del pensamiento científico-jurídico (normativismo-decisionismo e institucionismo), es este último, en la forma del pensamiento de los órdenes concretos, en todo caso y en alto grado, más adecuado que el normativismo con su concepto híbrido de una norma-jerarquía y de un control abstracto de las normas.

Ya Lorenz von Stein entendió como derechos fundamentales no los derechos de libertad personal, sino las garantías institucionales (por ejemplo, la escuela y los centros culturales) (195).

Un año más tarde (1932), en su *Grundrechte und Grundpflichten*, donde examina la parte segunda de la Constitución de Weimar, y más en concreto, la división real de las garantías constitucionales, analizará (págs. 213 y sigs.) las garantías institucionales, es decir, las garantías jurídico-constitucionales de una institución como tal. Aquí expondrá aspectos que, en páginas anteriores, hemos referido. Sin embargo, sus consideraciones son más breves.

Mi hipótesis, a la luz de los datos recogidos, es ésta: Schmitt comienza a ocuparse de la materia cuando la República de Weimar ha adquirido cierta consolidación (1928), y la amplía en 1932, o sea, en momentos desintegradores del orden demoliberal. Por último, en su *addenda* de 1958, el segundo trabajo antes citado conecta *pro domo sua* la tesis de las garantías institucionales, con su pensamiento de los órdenes concretos, pero ya referido, claro está, al III *Reich*.

Ese ocasionalismo-oportunista de Schmitt es revelador porque evidencia cómo se aferra a los conceptos que en otras situaciones forjó para dominarlas. Una vez pasadas, los replantea más con la convicción del político vencido pero no convencido que con la de quien se considera un jurista y nada más que un jurista. Sin duda esto confirma la sistematicidad de su pensamiento y, sobre todo, su funcionalidad en todas las situaciones. Una vez más hay que entender su afirmación de que él fue sólo un jurista, como una versión tozuda, pero inteligentísima, demasiado sutil, de un agudísimo y permanente *político*. Su politicidad supera todas las vicisitudes, la impone siempre sin resignarse nunca a perder la partida. Convencido que siempre tuvo razón: antes de Weimar, en Weimar, durante el III *Reich*, después de éste y hasta su muerte.

La maestría con que va elaborando sus tesis las reconduce a los momentos presentes, matizándolos según las conveniencias. Ello contribuyó a la fas-

(195) Antes Schmitt cita a Hauriou, Renard, Santi Romano y Vincenzo Zangara, aunque sin detenerse en examinar sus posiciones y comprobar su correspondencia o no con su teoría.

cinación que siempre ejerció y que todavía cumple. Por eso, la atención que ha merecido a los especialistas italianos y norteamericanos es explicable, pero ello no es prueba de que deba seguirse hasta sus tremendas consecuencias. Reivindicar a Schmitt como pensador y jurista político importante me parece justo. Proponerle como modelo es otro cantar.

Volvamos al tema que nos ocupa. Interesa subrayar que la doctrina de las garantías institucionales significa una calculada aproximación a un orden objetivo de valores: los que entrañan el concepto, contenido y consecuencias de la institución. Escribo calculada aproximación porque el método y las posiciones schmittianas no cuadran totalmente con lo anterior, dado su positivismo decisionista, existencialista y su peculiar concepción de los órdenes concretos. Ahora bien: las críticas, casi siempre acertadas, que hace al positivismo formalista y legalista, al individualismo liberal, son posturas que le aproximan, sin llegar a identificarse, con los mencionados presupuestos.

Es significativo que Carl Schmitt, indica Zaccaria (196), rechazaba —a mi juicio, sería más justo desconfiaba— el término *institución*. En efecto, lo consideraba una palabra extranjera (*Fremdwort*), de modo que utilizaba también *Einrichtung*, pero no llegó a sustituir por este último las palabras *institution* e *institutionelle*. Sí es cierto que, en lugar de hablar de pensamiento institucionalista, utilizó la larga expresión de pensamiento de los órdenes concretos.

Respecto a la aproximación schmittiana a contenidos materiales, Rath (197) subraya que la *Integrationslehre* de Smend y la teoría de las garantías institucionales, aparte de sus claras diferencias, convergen respecto a la vinculación del legislador a contenidos sustanciales. En este sentido, Schmitt (198) sostuvo que la garantía de un instituto jurídico apunta en general, y ante todo, *frente* al legislador, cuyas facultades limita, pues tal garantía lo es al mismo tiempo de un determinado complejo de normas *con contenido material* (199).

(196) GIUSEPPE ZACCARIA: *La critica del normativismo: giuridico e metagiuridico nella teoria del diritto di Carl Schmitt*, en *La politica oltre lo Stato*, cit., pág. 144.

(197) HANS-DIETER RATH: *Verfassungsbegriff und politischen Progress. Grundlinien der positivischen Position Richard Thomas in der Weimarer Staatsrechtslehre*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Nueva Serie, vol. 33, ed. por Peter Häberle, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1984, pág. 147.

(198) SCHMITT: *Freiheitsrechte...*, cit., pág. 164. Cfr. RUDOLF SMEND: «Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán», en *Constitución y Derecho constitucional*, cit., págs. 260-261.

(199) Cfr. lo que dice KONRAD HESS: *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Juristischen Verlag Heidelberg, Karlsruhe, 12.ª ed., 1980, pág. 118, nota 4; CHRISTOPH M. MÜLLER: *Staats und Verfassungsrecht der Bun-*

En este sentido, Theodor Maunz y Reinhold Zippelius (200) afirman que las garantías institucionales aseguran determinadas instituciones (*Einrichtungen*) como elementos del orden objetivo de una comunidad. Tales garantías no sólo tutelan elementos reales de un orden (por ejemplo, descanso dominical); además, son partes del sistema social en cuanto tejidos concretos del orden comunitario, como la autonomía municipal, la burocracia profesional, los centros de cultura privados, que especifican uniones libres, el complejo de *mass media* concurrentes y, en general, un sistema de comunicaciones libres, la libertad científica y el derecho de propiedad no como elemento «puntual» en el sistema del Derecho privado, sino como fundamento de la economía de mercado.

La garantía institucional va unida, a menudo, con la de un derecho individual. Ahora bien: cuando se asegura un derecho fundamental, al mismo tiempo se garantiza un elemento del tejido social, como sucede con la libertad de opinión, la libertad de asociación o la garantía de la propiedad. No obstante, el envés del derecho fundamental individual no es siempre y *necesariamente* un entramado social. También sucede a veces que ciertas instituciones se aseguran sin que correspondan a un derecho fundamental individual. Tampoco se solapan *plenamente* el ámbito de las garantías de los derechos fundamentales y su correspondiente garantía institucional. Por ejemplo, el Estado asegura la libertad de prensa y de radiodifusión en un sistema de libre competencia, preocupándose de corregir las tendencias monopolistas, pero esto no significa que confíe a los ciudadanos el derecho a recurrir y a exigir medidas concretas contra determinadas tendencias monopolistas (201).

desrepublik Deutschland, R. V. Decker's Verlag G. Sebenck, Heidelberg-Hamburgo, 1982, analiza la cuestión en el epígrafe dedicado a los derechos fundamentales como elementos de un orden valorativo objetivo (págs. 50 y sigs.).

(200) THEODOR MAUNZ y REINHOLD ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*, 24.ª edic., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1982, págs. 139 y sigs.

(201) KLAUS STERN: *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, traducción parcial del tomo I de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 708 y sigs., precisa que en la autonomía municipal la «garantía institucional está entre el puro derecho subjetivo y la garantía exclusivamente jurídica. Garantiza a la institución en cuanto tal, pero concede también a los legitimados a partir de la garantía institucional objetiva una *posición jurídica subjetiva* para rechazar intervenciones en la esfera de la garantía. Para ello están a disposición los instrumentos jurídicos de los procedimientos administrativos y constitucionales. De esta calificación como garantía institucional se desprende que el municipio o la asociación de municipios están garantizados no *individualmente*, sino *sólo institucionalmente*» (pág. 709).

Theodor Schramm (202), después de calificar a esta doctrina como significativa y aceptable, apunta, sin embargo, sus riesgos para la interpretación y destino de los derechos públicos subjetivos. En efecto, la preocupación de los constitucionalistas radica en que una extensión y fijación de la teoría de las garantías institucionales puede acarrear la limitación del ámbito de aplicación de tales derechos. Por ello conviene recordar que originariamente dicha teoría no se encaminó, ante todo, a proteger la institución en cuanto tal, puesto que su finalidad fue materializar los derechos públicos subjetivos en conjunto y prever su aseguramiento. La creciente y excesiva institucionalización de estas garantías plantea la cuestión de si ha de cargarse el acento sobre la faceta institucional o sobre los derechos públicos subjetivos.

En el despliegue de esta doctrina se comprueba un peligro psicológico, a saber: el establecimiento de un intrincado sistema de garantías institucionales que conduce a la inmovilidad y rigidez del conjunto de los derechos fundamentales. Acertadamente, Schramm recuerda los límites señalados por el artículo 19,2 (en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia) y el artículo 79,3 (es inadmisibile toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder* o al principio de la cooperación de los *Länder* en la legislación o a los consignados en los artículos 1.º y 20). Como es sabido, el artículo 1.º se refiere a la dignidad intangible del hombre y a sus derechos inviolables e inalienables que vinculan a los tres poderes a título de derecho directamente aplicable. Por su parte, el artículo 20 define a la República Federal de Alemania como un Estado democrático y social. Todo poder emana del pueblo. El poder legislativo está sometido al orden constitucional. Los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho. Por último, todos los alemanes tienen derecho a resistir, si no hay otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden constitucional. Se trata de límites materiales intangibles.

La doctrina tanto contemporánea como posterior a Schmitt apuntó que la distinción entre garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos no parece concluyente. Subyace —a mi juicio— la cuestión de la diferencia nítida entre los ámbitos del derecho público y del derecho privado; sus confines son muy fluidos debido al creciente intervencionismo estatal, de modo que la base en que se apoya se desvanece.

No insistimos en la tendencia arriesgada a institucionalizar todas las manifestaciones constitucionales porque hemos visto que ya lo apuntó Schramm.

(202) THEODOR SCHRAMM: *Staatsrecht, Band II Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung*, 2.ª edic., Carl Verlag K. G., Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1979, páginas 10-11.

Una prueba más es la afirmación schmittiana que el *due process of law* es también una garantía institucional (203), con lo cual transporta su concepto y doctrina a un sistema jurídico diferente.

En otro orden de cosas, la doctrina schmittiana de las garantías institucionales, establecida en 1928 y desarrollada en los años inmediatos, ¿hasta qué punto es compatible con el pensamiento de los órdenes concretos desarrollado en su escrito al servicio del III *Reich* sobre los tres modos del pensamiento jurídico científico? Quiero decir que, prescindiendo de la crítica subyacente a las estructuras demoliberales que configuran la Constitución de Weimar, las garantías institucionales suponen una democracia pluralista, pero, en cambio, el orden nacionalsocialista fue contrario al pluralismo demoliberal, y, a mayor abundamiento, Schmitt arremetió contra dicho pluralismo (204).

La objeción principal contra este último estriba, a su juicio, en que produce a su vez «... un pluralismo de los conceptos de legalidad que destruye el respeto a la Constitución y transforma el terreno creado por ésta en una zona insegura, batida desde varios lados, cuando en realidad toda Constitución debiera ser consustancialmente una decisión política que establece de modo indudable lo que es la base constitucional de la comunidad estatal».

6. *La teoría de las garantías institucionales en la doctrina española*

En España, don Nicolás Pérez-Serrano (206) se ocupó del tema tratándolo con la claridad típica de todas sus obras.

(203) SCHMITT: *Die Auflösung der Enteignungsbegriff* (1929), en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., pág. 120, y *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1945-1944), *ibidem*, pág. 423, nota 40. «Es —escribe Schmitt— expresada en nuestro léxico una *institutionelle garantie*». En el trabajo citado anteriormente, en esta nota, compara la fórmula *auf Grund eines Gesetzes* del Derecho constitucional alemán con el *due process of law* del Derecho constitucional anglosajón.

(204) CARL SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, trad. de Sánchez Sarto, Editorial Labor, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 1931, págs. 112 y sigs. Sobre su crítica del pluralismo, cfr. BENDERSKY: *Ob. cit.*, págs. 109 y sigs., y SCHNAB: *Ob. cit.*, págs. 55 y sigs. Otras referencias de SCHMITT al pluralismo en *Das problem der innerpolitischen Neutralität des Staats*, 1930, págs. 53 y sigs.; *Der Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, 1929, pág. 76; *Grundrechten und Grundpflichten*, 1932, pág. 205; *Legalität und Legitimität*, 1933, pág. 337. Sobre el pluralismo social y mediatización del individuo, *Grundrechten und Grundpflichten*, págs. 206-216; 190 y 206.

(205) SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, cit.

(206) NICOLÁS PÉREZ-SERRANO: *Tratado de Derecho político*, Editorial Civitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1976, págs. 674 y sigs. Esta obra fue preparada por su hijo, Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui. Según éste, la escribió don Nicolás entre 1936-1939.

Pérez Serrano, después de describir el concepto schmittiano de garantías institucionales, observa que no es demasiado preciso su catálogo. Tampoco perfila claramente la diferenciación cuando incluye en diversos estudios determinadas relaciones, como las familiares en el grupo de las garantías institucionales o en el de garantías de institutos jurídicos. Se nota en este caso alguna vacilación. Coincide con la mayoría de los críticos que no distingue suficientemente entre garantías institucionales y garantías de institutos jurídicos. Proviene —escribía— «de la esfera pública o privada la institución de que se trate, siempre perduran los mismos caracteres fundamentales; aseguramiento constitucional de derechos no individuales en atención a la finalidad objetiva que la institución persigue, y que es quien le da legitimidad». Añade la progresiva publicación del Derecho privado, y que «... en el fondo toda garantía institucional responde a propósitos y a exigencias de Derecho público». «Bastaría, por tanto, con decir que al lado de las clásicas libertades, de los derechos individuales, en que lo predominante era el factor "persona física", existen hoy "garantías institucionales", que no se preocupan del individuo en sí; antes bien, atienden a la institución, a una *comunidad*, natural u organizada en cuanto tal.»

Durante la autocracia franquista, este asunto, por razones obvias, apenas se trata. El autor de este trabajo se ocupó de él al estudiar la libertad de cátedra como garantía institucional (207), en la medida que regulariza permanente y eficazmente la investigación, exposición y transmisión de contenidos científicos al mayor número de personas.

Esta garantía beneficia al profesor, a los alumnos y a la sociedad en general. Están interesados en la libertad de cátedra todos ellos.

No voy a extenderme en lo que escribí. Sólo me interesa decir que el Tribunal Constitucional abunda en varias ideas que entonces expuse (208).

(207) PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político*, cit., vol. III, 1976, páginas 173 y sigs.

(208) STC de 13 de febrero de 1981 (RI 189/1980, contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares; BOE de 24 de febrero de 1981). Cfr. las referencias a mis puntos de vista que hace Javier Gálvez en su comentario del artículo 20.1.c), en *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 264, nota 8; pág. 265, nota 10; pág. 267, notas 17 y 18. Además, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y J. R. Parada en su comentario del artículo 20, en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Oscar Alzaga, tomo II, Editorial de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, pág. 594, notas 67 y 70; pág. 550, notas 71 y 72. Cfr., del mismo autor, su comentario del artículo 27, en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., tomo III, Madrid, 1983, pág. 186, nota 53.

Dos años antes que hiciese estas consideraciones (209) examiné el problema recogiendo las críticas de Servio Galeotti (210). Según éste, en la teoría de las garantías institucionales domina una concepción idílica de la Constitución. Basta la inserción de un principio, o institución, en el texto fundamental para considerarlo asegurado de modo incuestionable.

En la literatura posterior a la promulgación de la Constitución de 1978 merece citarse la monografía de Luciano Parejo Alfonso (211), en cuya parte primera estudia, detenidamente, la Teoría general de las garantías institucionales elaborada en el Derecho alemán (págs. 17 y sigs.), con referencias precisas a la aportación schmittiana.

Tomás-Ramón Fernández (212), apoyándose en Parejo, aplica el concepto de garantía institucional para explicar los derechos históricos de los territorios forales (disposición adicional primera de la Constitución), en cuanto expresión de la garantía institucional de la foralidad (213).

En definitiva, una vez más, se comprueba que la llamada expansividad del método técnico-jurídico necesita, si no quiere incurrir en lo que drásticamente calificó Ernst Bloch «incesto conceptual» o en la masturbación lógica, que es menester recurrir a elementos sustanciales. Por eso, la aportación schmittiana supone un avance notorio. Este anticipó, como también Smend y sus discípulos (Leibholz, Scheuner y Kaufmann), la aproximación al contenido esencial de los derechos fundamentales (artículo 19,2 de la Ley Fundamental de Bonn y 53,1 de la Constitución española) (214)-(215).

(209) PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político*, cit., vol. II, Tecnos, Madrid, 1974, la última edición es la tercera reimpresión de 1986, págs. 676 y sigs.

(210) SERIO GALEOTTI: *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Giuffrè, Milán, 1950, págs. 59 y sigs.

(211) LUCIANO PAREJO ALFONSO: *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981.

(212) TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, págs. 87 y sigs.

(213) Sobre esta cuestión, cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: «Los derechos históricos como constitución sustancial del pueblo vasco», ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco, Vitoria-Gazteiz, 13-16 de octubre de 1987, págs. 216 y sigs.; FRANCISCO R. BLAT GIMENO: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, págs. 56 y sigs., recoge, sintéticamente, la cuestión de las garantías institucionales.

(214) Cfr. mis trabajos *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Reus, Madrid, 1985, pág. 214 (nota 136, sobre las garantías institucionales, y 198 y sigs., sobre el contenido esencial de los derechos y libertades «la lucha contra el positivismo jurídico»), cit., págs. 108 y sigs.

(215) Sobre la definición material de los derechos fundamentales, cfr. SCHMITT:

Asimismo se manifiesta cómo al llamado jurista a secas, considerado como quien maneja, con férrea lógica racional, las categorías dogmáticas del derecho positivo, consistente sólo en normas establecidas y en sus correspondientes conexiones abstractas, le está vedado la comprensión, interpretación y aplicación, con lógica razonable, del *Derecho*, del cual las normas son una faceta importante, pero no única. Su vertiente institucional corrige el unidimensionalismo normativista y le aproxima a la realidad jurídica.

No es menester insistir en que la aportación de Carl Schmitt a la Teoría de la Constitución es capital. Que hay que precaverse frente a su trasfondo e intencionalidad políticas. Por último, conviene también recordar que las garantías institucionales y las garantías de institutos jurídicos no deben convertirse en un cajón de sastre donde se introduzcan, al gusto de los autores, aquellas figuras y/o contenidos que no son fáciles de calificar como derechos y libertades clásicos o como derechos de índole socioeconómica.

7. La «*Verfassungslehre*» de Carl Schmitt como «*Kulturwissenschaft*»

La lectura sosegada de la obra jurídica de nuestro autor conduce, a mi juicio, a esa afirmación. Es un producto cultural nacido en la crisis weimariana como lo fueron las de sus contemporáneos Smend, Heller y Kirchheimer. Ahora bien: mientras estos últimos, sin olvidar a Anschütz y a Richard Thoma (216), mostraron su adhesión a los contenidos de la cultura política constitucional democrática, con matices diversos, Carl Schmitt los sometió al fuego de la crítica. Esto no contradice el valor cultural de la *Verfassungslehre* y de los diversos escritos del mismo autor con aquellos conexos, porque son productos característicos de la cultura política occidental, a diferencia de lo que sucedió con la autocrática o totalitaria de cualquier signo —en este último caso empleamos el término cultura en sentido sociológico y no valorativo—, que permite y, en cierta medida, suscita su crítica. Tal es la grandeza y flaqueza de la concepción del mundo y de la vida democrática. Grandeza por lo que entraña de defensa y promoción de los valores constitucionales (artículo 1.º Const. española); flaqueza que no implica su tolerancia, suicidio, si se admiten unos valores intangibles entre ellos a la dignidad de la persona (artículo 10,1) y se está dispuesto a promoverlos y luchar por ellos. Todo lo demás es discutible.

Grundrechten und Grundpflichten, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., págs. 3, 190 y sigs.

(216) Cfr. HANS-DIETER RATH: *Verfassungsbegriff und politische Prozess*, cit.

En la medida que la crítica schmittiana y sus aportaciones constitucionales han hecho reflexionar a la doctrina y deben los políticos profesionales meditar sobre ella, no es una paradoja decir que Carl Schmitt, intérprete singular, máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal, también pertenece a dicha cultura (217). Incita a defenderla.

(217) Los límites de este artículo no consienten el análisis de las conocidas e importantes aportaciones de Carl Schmitt a la defensa de la Constitución y la Justicia constitucional. En otra ocasión, y Dios mediante, procuraré tratarla.