

CARL SCHMITT: LA DESTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

ELÍAS DÍAZ*

I

Para dar mayor consistencia y mejor fundamentación al objetivo central aquí propuesto, necesitaría comenzar estas personales reflexiones críticas por donde lo hacía ya en mi viejo libro de 1966, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, que tomo ahora de nuevo como base y punto de partida: recordando que «no todo Estado es Estado de Derecho». Expresaba así mi discrepancia en una doble dirección: con Carl Schmitt en radical oposición por su destrucción de la Constitución y del Estado de Derecho, pero también, mucho más matizada, de un orden diferente y en mayor cercanía a su ideario político, con Hans Kelsen y su teoría pura del Derecho.

Por supuesto que todo Estado genera, crea, un Derecho, es decir produce normas jurídicas; y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Muy difícil, casi imposible, sería imaginar hoy (y quizás en todo tiempo) un Estado sin Derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad; y esto aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre alguna, mayor o menor, efectiva y, en todo caso, negativa presencia. De manera correlativa y a pesar de los excesos en su privatización, el Derecho es (¿todavía?) hoy Derecho estatal (y supraestatal) aunque también, no contra él, autonormación social y trabajo de los operadores jurídicos.

Pero, más allá de esa constante correlación fáctica entre Estado y Derecho, hay que advertir enseguida que no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador—prescriptivo además de descriptivo— que es el Estado de Derecho. Un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos).

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

Este implica –diré ahora en términos introductorios y no exhaustivos– sometimiento del Estado al Derecho, autosometimiento a su propio Derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero exigiendo que estas sean creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto pues para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional¹.

El Estado de Derecho, según todo esto así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría: estos no son nunca términos escindibles. Ambas dimensiones –es decir instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles, en definitiva hechos y valores– es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo del tiempo, han ido configurando a aquel. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como –relación no lineal ni mecánica– en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa inicial consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de derechos de diversa índole (penal, procesal, etc.): derechos y libertades que, después, no podrán prescindir tampoco –por coherencia interna– de ciertas implicaciones necesarias respecto de algún tipo de igualdad real (socioeconómica, cultural, etc.).

Situado en esas coordenadas, bases liberales pero incoativa y potencialmente democráticas, se hace –creo– preciso evitar a toda costa su determinación e inmovilista reducción conservadora desde un elemental y simplista quiasmo que concluyera que, por tanto, esta clase de Estado no es y no puede

¹. En 1998 se publicó mi *Curso de Filosofía del Derecho* (Marcial Pons) y se republicó (Taurus) ese viejo libro (de 1966) *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Para ambos preparé amplias selecciones bibliográficas actualizadas sobre materias que tienen no poco que ver con las que ahora van tratadas en estas páginas: a ellas reenvío para la prosecución y profundización de su estudio. Y también, entre mis últimas publicaciones, *Un itinerario intelectual. De Filosofía jurídica y política*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

ser sino un Estado de clase². Pero tampoco habría que desconocer, o que ocultar ideológicamente, esas históricas y reales dependencias de desigualdad respecto de sectores sociales –la referencia aquí a la burguesía como clase en ascenso es, desde luego, inevitable– especialmente interesados en su momento en tales construcciones (jurídico-políticas) y en tales concepciones (filosóficas y éticas). A mi juicio, sin embargo, la mejor dialéctica histórica –traslación de luchas sociales–, incompatibles e intransigentes con esas desigualdades, así como la propia lógica interna de la libertad y de la razón ilustrada en su fundamentación de los derechos humanos (vistos allí incluso como derechos naturales), son recursos que en buena medida han operado, y deben operar, hacia consecuentes propuestas de universalización: es decir, hacia la efectiva realización de esas exigencias, básicas para la teoría de la justicia –y para el Estado de Derecho–, que son la seguridad, la libertad y la igualdad.

El Estado de Derecho es, así, decíamos, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos (*Rex=lex*), buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades –*no taxation without representation*– y que, a su vez, ampliando coherentemente el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, en forma tanto de intervención positiva para la toma de decisiones en los asuntos públicos como de la, denominada, negativa no interferencia de los demás en zonas a salvaguardar legítimamente. En esa muy incipiente institucionalización se trataba ya de lograr a la vez una mayor participación de (algunos de) los individuos y una mayor responsabilidad de (algunos de) los poderes, alegando velar por la libertad de todos. Pero es asimismo verdad que, en el contexto histórico y conceptual de esa directa y minoritaria defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad, con frecuencia también se aducían –de manera más o menos explícita y/o condicionada– algunas básicas y potenciales, todavía muy insuficientes, razones relativas al valor de la igualdad.

Así, con todas esas deficiencias y limitaciones en su interior, por de pronto desde el Renacimiento, la Reforma y, siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos –frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales– reclaman y logran asumir para sí mismos la suprema y única soberanía

² Discutí este asunto en mi trabajo «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», *Sistema*, núm. 17-18, abril de 1977, después recogido como capítulo VI en mi libro *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 149-186.

(Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas de propiedad y libertad así como su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través precisamente de una coherente regulación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, soberanía del Parlamento, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte: Th. Paine y Th. Jefferson como, entre otros, muy adelantados símbolos³. Sobre esas vías políticas teórico-prácticas incidirá, en líneas generales con acento y potencialidades más democráticas, la Revolución francesa (antecedentes, la Enciclopedia o Rousseau) y, en concreto, la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano» de 1789 de tanta influencia hasta hoy. En el trasfondo, como vengo insistiendo aquí, habrá de resaltarse siempre la huella profunda de la filosofía de la Ilustración y del mejor racionalismo e idealismo alemán (Kant como fundamento)⁴.

Puede, como vemos, señalarse que esta triple tradición nacional y cultural – siempre con interrelaciones plurales en su interior– aporta conceptos e ingredientes que, a pesar de sus insuficiencias, van a permitir definir al Estado de Derecho (hechos y valores, legalidad y legitimidad, formando parte de él) como la institucionalización jurídica de la democracia política. La carga conservadora, recelosa de la soberanía popular, que la semántica liberal (antiabsolutista) del *Rechtsstaat* posee, cuando se acuña y difunde en la Alemania del primer tercio del siglo XIX (por A. Müller, T. Welcker, J.C.F. von Aretin, R. von Mohl), su preocupación por el control jurídico de los poderes –lo que hoy a veces se quiere aprovechar para hablar de un mero, insuficiente, Estado administrativo de Derecho– no iba a resultar incompatible con los elementos de mayor garantía y protección judicial del individuo y de sus derechos y libertades que históricamente estaban presentes en la más compleja ins-

³. Para esa evolución, no siempre clara e idéntica en todos sus elementos, véase en nuestra reciente bibliografía el libro de Javier DORADO PORRAS, *La lucha por la Constitución. Las Teorías del "Fundamental Law" en la Inglaterra del siglo XVII* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001): en la lucha allí por la soberanía del Parlamento, por la Constitución como instancia de control, y otras conquistas de progreso estarían no sin ambigüedades las teorías radicales del grupo de los «Levellers» y la obra, entre otros, de John Milton, James Harrington, Algernon Sidney o los autores de las «Cartas de Catón».

⁴. Sobre el sentido de esa básica influencia véase, entre nosotros, la obra colectiva *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la razón práctica* (dirigida por Javier MUGUERZA y Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO), Tecnos, Madrid, 1989: y en ella, más en concreto para nuestro tema, los trabajos de Eduardo Bello, Adela Cortina, José Rubio Carracedo, Esperanza Guisán, José María González García, José Luis Villacañas, Eusebio Fernández y José Luis L. Aranguren. También, después, el libro muy cuidado y riguroso, muy kantiano, de José Luis COLOMER MARTÍN-CALERO, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

titución anglosajona del *rule of law*. Ni —andando el tiempo— podría coherentemente oponerse a las influencias democráticas derivadas de manera muy principal de aquella Declaración de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad, (pero también propiedad), *regne de la loi*, principio de legalidad, ley como expresión de la voluntad general, separación de poderes con predominio del legislativo, Estado constitucional, nueva legalidad versus vieja legitimidad, etc.⁵.

El Estado de Derecho no se agota ni se reduce en exclusiva a una u otra de esas tradiciones, a una u otra de históricas formas de expresión. Pero desde ahí, desde toda esa historia, esa primera base del Estado liberal se verá pronto cuestionado y, a la vez, empujado hacia adelante por las luchas de importantes y mayoritarios sectores sociales de hecho allí excluidos: de manera muy decisiva por los movimientos obreros y sindicales así como por las plurales organizaciones socialistas. Es decir, contando siempre con las fuerzas históricas más progresivas (siglos XIX y XX), aquella inicial institucionalización jurídico-política pasará a poder constituirse empírica y prescriptivamente desde hace tiempo como Estado social y democrático de Derecho.

El Estado de Derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Correlación, pues, entre ambas instancias como ya estaba señalada, me permito recordar, incluso en su título en aquel mi viejo libro de 1966. Pero ni uno ni otro de esos términos (democracia y Estado de Derecho) tienen el mismo idéntico significado en sus inicios —siglos XVIII y, más claramente, XIX, América y Europa— con signo liberal y con participación más limitada, que el que tienen en las propuestas de nuestro tiempo, con muchas mayores exigencias de participación social, económica y cultural. Son partes, no obstante, de ese común mundo moderno que procede de la Ilustración. La democracia, como tantas otras cosas (como la propia Ilustración), es un proceso histórico mensurable desde la razón y la libertad. Ello implica reconocer tanto las graves insuficiencias de ella en sus orígenes (burguesía y participación censitaria, por ejemplo) como, a pesar de los indudables progresos, también las muy diferentes que siguen lastrando los actuales autodenominados Estados sociales y democráticos de Derecho: así, grandes desigualdades fácticas incluso en la igualdad ante la ley, en la efectiva garantía de derechos y libertades, pero sobre todo en la participación en los resultados, económicos, sociales y culturales. Por eso creo que, asumiendo dicha historia, cabe hablar con carác-

⁵ Para esa plural y compleja historia resulta sin duda de utilidad y en lo fundamental —creo— bien orientado, no sin alguna discrepancia mía, el trabajo de Alessandro BARATTA (viejo amigo recientemente fallecido), «El Estado de Derecho: historia del concepto y problemática actual», *Sistema*, núm. 17-18, abril de 1977: traducción por Marino Barbero del original italiano publicado en 1970.

ter general de todo Estado de Derecho como institucionalización jurídica de la democracia, y, a su vez, de modo coherente y más específico –respondiendo a las mejores exigencias éticas y políticas del mundo actual– de un necesario y más progresivo Estado social y democrático de Derecho.

El Estado de Derecho –retomemos la línea general– es, pues, el imperio de la ley: aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más, como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Esto es aquí lo decisivo. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos y/o dóciles juristas a su servicio, podrían sin duda alegar a su favor el imperio (¡indiscutible imperio!), de la ley. Los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades –sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad– para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario) pero no es Estado de Derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho –como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia– es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática) pero nunca Estado de Derecho. Desde luego que cuanto más fundada interpretación y argumentación se haga de la ley (y de la Constitución), así como cuanto mayor y mejor en cantidad y calidad –cuanto más amplia, ilustrada y consciente– sea dicha participación, por de pronto en las decisiones (democracia deliberativa), mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán esa democracia y ese Estado de Derecho⁶.

⁶ Un debate a fondo, en el contexto teórico y práctico actual, puede encontrarse en el importante trabajo, analítico y crítico, de Francisco J. LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 133-145. El profesor Laporta tiene en muy avanzado estado de elaboración un próximo libro sobre precisamente el tema del imperio de la ley, del cual –estoy seguro– obtendremos fundadas argumentaciones y valiosas reflexiones para seguir avanzando en el mejor conocimiento y aplicación del Estado de Derecho y de las otras instituciones en él implicadas. Recordemos, por lo demás, que en aquel mismo número, doble, de la revista *Doxa* se publican también diferentes estudios que hay que tomar muy en consideración para ese tema de la democracia (doble participación) y el Estado de Derecho (con esos cuatro caracteres aquí señalados).

Obsérvese, con implicaciones teóricas y prácticas de la más decisiva importancia, que tal concepto de imperio de la ley se comprende y se fundamenta en y desde valores y exigencias éticas (derechos, preferirán decir otros) que constituyen el núcleo de su misma coherencia interna y también de su justa legitimidad. Su raíz está precisamente en el valor de la libertad personal, de la autonomía moral y de las coherentes implicaciones y exigencias (sin perfeccionismos ahistóricos) que la hacen más real y universal. El Estado de Derecho es imperio de la ley producida en las instituciones democráticas (Parlamento) pero, en coherencia con esos mismos mencionados valores, de ningún modo puede decirse que sea indiferente a sus contenidos (debate sobre ley formal y ley material). La democracia y el Estado de Derecho no son sólo cuestión procedimental: su fundamento ético, también su validez y efectividad, radican en ese valor de la libertad. En ésta, en la autonomía moral personal, en el ser humano como fin en sí mismo, radica el origen y fundamento tanto del imperio de la ley como de la afirmación de los derechos fundamentales. A mi juicio, estos por tanto no debieran verse, de modo prioritario y negativo, como «límites» o «triumfos» (o «coto vedado») frente a aquella sino más bien, de manera positiva, abierta y creadora, como resultado ineludible, como parte constitutiva de esa misma libertad real⁷.

Estos, los derechos fundamentales –decisiva fundamentación– constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que

⁷. Campo abierto –creo– para más fructíferos debates en relación con, ya se ve, gentes tan ilustres como Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. cast. de Marta Guastavino (Ariel, Barcelona, 1984), con un clarificador y polémico *Ensayo sobre Dworkin*, a modo de prólogo, del recordado amigo, hace poco tan prematuramente fallecido, Albert CALSAMIGLIA. También, entre nosotros, con el no menos ilustre Ernesto GARZÓN VALDÉS: véase para estas referencias, sus trabajos sobre «Representación y democracia», donde plantea el tema, y las precisiones en «Algo más acerca del “coto vedado”», ambos en la revista *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 6, 1989; finalmente –es un decir, pues la cuestión es inagotable– el libro de Javier MUGUERZA, *En conversación con Ernesto Garzón Valdés. Ética, disenso y derechos humanos* (Arges, Madrid, 1998), con las “puntualizaciones” de aquel, *Primado de la autonomía (¿Quiénes trazan las lindes del “coto vedado”* (pp. 113-153). Yo también metería aquí en estos debates, y creo que con buen fundamento, a (¡otro amigo desaparecido!) Carlos NINO –seguro que a él le habría encantado– con algunas de sus importantes obras por medio: tal vez principalmente, junto a su *Introducción al análisis del Derecho* (1ª ed., 1973-1975, 2ª ed. revisada y ampliada, 1980, ambas en Editorial Astrea de Buenos Aires y, después, en Ariel, Barcelona, 1983), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (1ª ed., Paidós, Buenos Aires, 1984, 2ª ed. revisada y ampliada, Barcelona, Ariel, 1989) y *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

componen aquél. Y todo ello se construye a partir de la autonomía moral, del valor ético de la libertad que, en cuanto exigencia real y universal, implica necesarias dimensiones de igualdad y solidaridad. La democracia, doble participación, es –además de libre participación en decisiones– y, a su vez, demanda de participación en resultados, es decir en derechos, libertades y satisfacción de necesidades. El Estado de Derecho, en esa su empírica y también racional vinculación e interrelación con la democracia, lo que hace es tratar de convertir en sistema de legalidad tal criterio de legitimidad: y en concreto, en esa segunda perspectiva, institucionaliza de uno u otro modo esa participación en resultados, es decir garantiza, protege y realiza (en una u otra medida según tiempos y espacios, historia y lugar) unos u otros derechos fundamentales⁸.

El Estado de Derecho que, como modelo liberal, surge precisamente en esas mencionadas coordenadas históricas, es –a pesar de todas sus ambivalencias– mucho más un resultado de la Ilustración racionalista y no de la mala reducción posterior de ésta a un positivismo indiferenciadamente legalista. Lo mismo que el ultraliberalismo economicista actual es la mala reducción y el falseamiento del que era, y es, el buen liberalismo ético y cultural. La cultura del Estado de Derecho es (puede ser, debe ser) la cultura de la Ilustración. Me parece decisivo subrayar tal origen y fundamentación –a ello me referiré enseguida– frente a tantos negadores y enemigos de aquél –Carl Schmitt de manera muy especial– que se empeñan en empobrecer así al Estado de Derecho reduciéndole a los exclusivos esquemas del pseudoneutral formalismo jurídico. El imperio de la ley del Estado de Derecho no es imperio de cualquier ley, ni de cualquier Constitución: no lo es de cualquier Derecho (positivo). Aquél no es simple positivismo, sino ley y Constitución que incorporan y protegen derechos naturales (rationales) y que proceden de la voluntad popular, la cual tendrá mayor potencialidad de legitimación y de legitimidad cuanto más ilustrada

⁸ Como obra básica, de consulta imprescindible para todo lo que se viene tratando aquí, véase (muy avanzada su publicación) la monumental *Historia de los derechos fundamentales*, dirigida por Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA (para el tomo I, *Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII*) y los mismos más Rafael de ASÍS ROIG, para el tomo II, tres volúmenes, sobre el *Siglo XVIII*. La obra está editándose por Dykinson y el Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid. Y como trasfondo teórico histórico –junto a las ya conocidas de, entre otros, Antonio Truyol Serra, Salvador Giner, Fernando Vallespín, Victoria Camps o José María Rodríguez Paniagua– tenemos ahora la muy reciente, con abiertas y sugerentes interpretaciones, de Alfonso RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.

y consciente sea, cuanto más presentes y operativos estén los valores de racionalidad y libertad⁹.

En ese complejo proceso histórico, así firme y conflictivamente iniciado y proseguido, es en el que a lo largo de los siglos XIX y XX se van a ir configurando –no sin recaídas, regresiones, distorsiones y más o menos arduas evoluciones– esas diferentes fases o modelos que, se considera, es necesario diferenciar al hablar del Estado de Derecho como institucionalización jurídico-política de la democracia. Pero, a mi juicio, siempre será necesario insistir y tener muy presente que se trata, como digo, de un proceso histórico que tiene su raíz, explicación y fundamento en el mundo que define con caracteres plurales y autocríticos a la dialéctica de razón y libertad que deriva de la modernidad, de la Ilustración.

II

La ocultación y/o el desconocimiento de tal raíz y básica fundamentación –en la dialéctica de la Ilustración–, por el contrario la identificación y reducción del Estado de Derecho a los simples esquemas del formalismo jurídico, ha significado sin duda un grave empobrecimiento y distorsión de aquél. Eso sí, con muy diferentes implicaciones e, incluso, en opuestas direcciones: por un lado, las afirmadoras concepciones (liberales) que pretendían inmovilizarlo en esa su fase inicial y así hasta sacralizarlo científicamente; por otro, las negadoras posiciones (antiliberales) cuyo objetivo –con pretexto antiformalista– era precisamente la destrucción sin más del Estado de Derecho. Tal vez el positivismo neokantiano de Hans Kelsen (1881-1973) pudiera ser considerado como nuestra flexible y eminente de la primera (liberal) actitud, mientras que por su parte el inconsistente antiforma-

⁹ De esas y otras dificultades y complejidades, revisando y replanteando cuestiones que están en cada uno de los caracteres generales del Estado de Derecho, se ocupa en riguroso análisis y con observaciones críticas a tomar muy en consideración, el valioso libro de Liborio HIERRO, *Estado de Derecho: problemas actuales*, publicado en México, Fontamara, 1998; antes, «El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa*, 4, 1996. Algo similar se podría decir de Rodolfo VÁZQUEZ, *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México y Paidós, 2001, con un concienzudo prólogo de Ernesto Garzón Valdés: aunque no sin rasgos y enfoques diferenciables, se trata de dos obras muy bien argumentadas y que recíprocamente se imbrican y se fortalecen en/con el parangón. Y además de las puntualizaciones hechas ahí por L. Hierro y (cfr. nota 14) por F. Laporta, tenemos también la siempre profunda y pertinente reflexión de Manuel ATIENZA, «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.

lismo de Carl Schmitt (1888-1985) –a quien ya se han hecho aquí algunas referencias críticas– lo sería de esa segunda (antiliberal y también antidemocrática) posición, destructora del Estado de Derecho. Hablo, como se ve, de los debates y enfrentamientos de los años veinte y treinta del ya pasado siglo, tiempo en que están incubándose el nazismo y la segunda guerra mundial¹⁰.

Las (auto) limitaciones de la teoría pura del Derecho de Kelsen –incluidas las poco convincentes reducciones de carácter terminológico– en definitiva apenas han supuesto obstáculo alguno para esa buena comprensión y coherente evolución liberal hacia el Estado social de Derecho¹¹. Por el contrario, frente a tal Estado –representado allí de manera incipiente (no se olvide) a pesar de conflictos y problemas, por la República de Weimar–, Carl Schmitt estará siempre empeinado en su reducción y acabamiento final, empeorándolo todo con las irracionales soluciones decisionistas propias de un Estado totalitario negador de la libertad: lo más opuesto, a pesar de sus intermitentes com-

¹⁰ En su escrito *Mis recuerdos de Carl Schmitt* (en la obra colectiva, *Estudios sobre Carl Schmitt*, coordinador Dalmacio NEGRO PAVÓN, 1996, p. 419), el profesor Antonio Truyol Serra ha rememorado la traslación hecha a veces por aquél desde su escisión básica amigo-enemigo a determinadas relaciones personales e intelectuales y, en concreto, respecto a Hans Kelsen. Señala Truyol como Carl Schmitt «suscitó enemistades tenaces, a cuya hostilidad él correspondía. A veces, ésta procedía quizás más de él que de la otra parte. Es notoria –añade– la que él sentía por Hans Kelsen, personal además de doctrinal, y que llegó al extremo de no asociarse, en 1933, al escrito de protesta de la Facultad de la Universidad de Colonia, a la que los dos estaban incorporados, cuando se despojó a Kelsen de su cátedra». La vileza adquiere aún mayores proporciones si recordamos que sólo un año antes, en 1932, el liberal y tolerante Hans Kelsen había autorizado, como decano, la habilitación docente al ya conocido pronazi Carl Schmitt. «De hecho –concluye Truyol–, no pocos observadores han estimado que la fortaleza moral de Schmitt no estaba a la altura de sus dotes intelectuales». Recuerda también como Raymond Aron definió a Schmitt como «*un grand talent, un petit caractère*».

¹¹ Sería casi imposible encontrar algún jurista, científico o filósofo del derecho, que no se haya ocupado, en una u otra medida, de la obra de Kelsen: todos –incluido el autor de estas páginas en sus otros trabajos más iusfilosóficos– hemos debido contar siempre con él y con gran provecho aún para discrepar. No tendría, pues, el menor sentido resumir aquí una bibliografía de/sobre Kelsen, ni siquiera la utilizada por mí acerca de estos temas más “concretos”. Pero, de todos modos, querría recordar, junto a los que van aludidos en otras notas y entre los libros aparecidos en español en los últimos tiempos, los tres siguientes: Albert *Calsamiglia*, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica* (Ariel, Barcelona, 1977), el colectivo *El otro Kelsen*, Compilador Óscar CORREAS, con colaboraciones de éste, Víctor ALARCÓN, Norberto BOBBIO, Ricardo GUASTINI, Mario G. LOSANO, Juan RUIZ MANERO, Ulises SCHMILL, Renato TREVES, Robert WALTER y textos del propio KELSEN (Universidad Nacional Autónoma de México, 1989) y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1996.

plejas y confusas alegaciones, a lo que ha representado el talante ético liberal y razonador de la Ilustración¹².

Las más atendibles de las diatribas de Carl Schmitt contra el mundo que conforma el liberalismo son, a mi juicio, aquellas en que, frente al prepotente economicismo de este, se reivindica con fuerza la necesaria autonomía e, incluso más, la terminante prevalencia de la política sobre la economía. También las justas denuncias de lo que, entonces o ahora, quiere presentarse/ocultarse como pretendidamente apolítico. No entro aquí en otras prioridades de la política sobre la moral, con evocaciones maquiavelianas, o sobre lo religioso, lo cultural, lo jurídico o lo científico. Pero, por desgracia, esa reivindicación de la política se frustra allí apenas formulada a causa de la obsesiva y absoluta imposición de un concepto de lo político reducido a la más rígida y excluyente determinación del binomio amigo-enemigo. Para Schmitt, en efecto, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, no es otra que esa distinción y escisión entre amigo y enemigo. Y tal frustración se muestra ya del todo insalvable por el modo (historicista, nacionalista, incluso arbitrista) en que se determinan tales decisivas categorías, así como la de enemigo exterior y la, aún peor, de enemigo interior¹³.

Todo ello, esa ruptura, poco o nada tiene que ver —lo señalo para evitar fáciles pero ilegítimas comparaciones— con las más realistas teorías del conflicto social, con la misma lucha de clases o incluso, con el choque de civilizaciones, sobre todo cuando estas se formulan (no siempre) con el objetivo de avanzar hacia mayores cotas de libertad y de igualdad. En Carl Schmitt, es lo mejor que

¹² Para esa perspectiva crítica sobre Carl SCHMITT (su tan elogiada capacidad como sagaz y severo jurista no hace sino agravar aún más esa negativa calificación político-intelectual) se podría comenzar por considerar sus trabajos de 1921 *Die Diktatur* (traducción de José Díaz García, reeditada en 1985 por Alianza Editorial), de 1923 *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso, bajo el título *Sobre el parlamentarismo*, con estudio preliminar de Manuel Aragón, en Editorial Tecnos, 1990) y de 1932 *Legalität und Legitimität* (traducción de José Díaz García, Aguilar Ediciones, 1971). Y como más completa documentación, Piet Tommissen (Ed.), *Schmittiana: Beiträge zu Leben und Wert Carl Schmitts*, Berlín, Duncker und Humblot, varios volúmenes publicados desde 1988 hasta 2001.

¹³ *Der Begriff des Politischen* (1927 y, con un prólogo y tres corolarios, en 1932); versión e introducción de Rafael Agapito, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, 1991: aquí, especialmente, pp. 56, 57, 59, 65, 67, 93, 100, 101 y *passim*; y de la introducción, pp. 18 y ss. para la polémica Kelsen-Schmitt y sus posteriores implicaciones; también pp. 26 y ss. para lo político como relación amigo-enemigo.

se puede decir, pesó en exceso la difícil situación de la Alemania de entreguerras y los indudables difíciles problemas de la República de Weimar: pero —a mi juicio— sus propuestas para nada contribuyeron a resolverlos, al contrario los agravaron hasta llegar a la tragedia final.

Otras de sus críticas a ese modo económico del liberalismo, la verdad es que no hacen sino repetir pero parcial y miméticamente, con grandes dosis de incoherencia y hasta de oportunismo, no pocos de los argumentos de la izquierda, incluso del propio Marx, contra el capitalismo; pero sin concordar nunca, por lo demás, con las vías democráticas propugnadas por destacados teóricos del Estado social y por amplios sectores del socialismo de ese tiempo: por ejemplo, ciñéndome a los más cercanos a nosotros, Hermann Heller en Alemania o Fernando de los Ríos en España¹⁴. Los frustrados alegatos políticos de Carl Schmitt contra el economicismo (y el apoliticismo) y sus fragmentarios ataques populistas contra el capitalismo han de ser así situados y comprendidos en el marco de lo que para él constituye sin duda la motivación principal: el rechazo total, bajo acusación constante de ineficiencia e incongruencia, del sistema político democrático liberal, de sus instituciones repre-

¹⁴. Así, como precursor y anunciador del concepto de Estado social de Derecho, Hermann HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?* (1929 y, versión corregida y aumentada, 1930), recopilada junto a otros trabajos suyos en *Escritos políticos*, prólogo y selección de Antonio López Pina, traducción de Salvador Gómez de Arteche, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Diametralmente opuesto a C. Schmitt y a la falacia de la identidad (insalvable y esencial) entre democracia (Estado de Derecho) y capital, señalaba allí un engelsiano (¿marxiano?) H. HELLER (pp. 287 y 288): «La invocación del principio democrático por el capitalismo ha dado pie a una situación que amenaza en su señorío a la burguesía creadora de aquél. La posibilidad de que, por vía del Estado de Derecho, sea el proletariado permanentemente desplazado del legislativo está excluida» (...) «La burguesía comienza ya a desesperar del ideal del Estado de Derecho y a renegar de su propio universo cultural». Pero advierte a la vez: «la burguesía ha logrado por el momento asegurarse eficazmente contra el riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal». Y puntualiza como final de su muy interesante escrito (p. 299): «Resumiendo cuanto hemos dicho debemos concluir que, frente al Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía, la Dictadura no dispone de otro medio que la violencia torpemente enmascarada por la ideología». Sobre Fernando de los Ríos, en muy cercanas posiciones, ya se han hecho en estas páginas frecuentes referencias bibliográficas y de contenido; fue precisamente él quien, como Ministro de Instrucción Pública de la República, invitó en 1933 a Hermann Heller —perseguido en su país por el nazismo— para que se incorporara como profesor a la Universidad de Madrid, donde fallecería pocos meses después, un 5 de noviembre de 1933: véase el Epílogo de A. López Pina a obra arriba citada, *Hermann Heller y España*, con muy amplia y detallada documentación, prolongada (con algunos puntos polémicos y a debatir) hasta nuestros mismos días.

sentativas, del Parlamento, del naciente sufragio universal, del Estado de Derecho y, ambiguamente, también de las filosofías y concepciones del mundo derivadas de la Ilustración que, como aquí venimos subrayando, eran las que más estaban contribuyendo a dar sentido y valor a todo ese mundo.

Desde esta perspectiva se entiende, creo, más a fondo a Carl Schmitt si se comienza por dar la adecuada relevancia a su interpretación europea de Donoso Cortés. Aquel –recordemos– se ocupó con gran interés y asiduidad durante toda su vida por el pensamiento y las actitudes políticas básicas del español marqués de Valdegamas: ahí tenemos sus muy significativos trabajos de los años 1922, 1929, 1944 ó 1950, anteriores y posteriores a la segunda guerra mundial. Juan Donoso Cortés (1809-1853), sus escritos, cartas, discursos, especialmente sus temerosos y apocalípticos pronunciamientos desde la filosofía católica de la reacción contra las revoluciones obreras de 1848, fueron una constante presencia e influencia en el conjunto más complicado de la obra de Carl Schmitt: asimismo, pero pienso que ya con mucha menor intensidad, la de Bonald, De Maistre o la filosofía alemana contrarrevolucionaria de un F. J. Stahl. De aquél recibe y con aquél coincide –prolongando y aplicando esa doctrina a las complejas circunstancias del siglo XX– en que la única respuesta a las modernas revoluciones sociales iniciadas en 1848 habrá de ser una respuesta total, armada, dictatorial, excepcional (término tan absolutamente central en su obra). Donoso Cortés, señala Schmitt, estaba convencido de que frente a lo radicalmente malo sólo cabe una dictadura y que la sangrienta batalla decisiva que actualmente –dice– se está librando lo es entre el catolicismo y el socialismo ateo. Nada, pues, de reformismos, pactos sociales o vías evolutivas de carácter democrático.

Y ahí sitúa Schmitt (Donoso como pretexto) el trasfondo de sus contumaces condenas del liberalismo, de la democracia, de las decisiones mayoritarias fruto de la estupidez de las masas que –señala– le asombra tanto a aquel como la necia vanidad de sus dirigentes. En el fragor de esa declarada lucha final contra el mal –catolicismo contra socialismo– pertenece precisamente a la esencia del liberalismo burgués, acusa Donoso Cortés, el no decidirse ante ella y, en su lugar, tratar de entablar una discusión, un diálogo entre ambas partes. Define incluso a la burguesía con el improperio, que Carl Schmitt hará suyo enseguida, de «clase discutidora». Mas, de esta suerte –me valgo de sus propias palabras– aquella queda juzgada, pues ello implica que quiere esquivar la decisión. Una clase que traslada toda actividad política al plano de la discusión, en la prensa y en el Parlamento, no es capaz –dice– de hacer frente a una época de luchas sociales. Ambos preferirán así la decisión a la discusión: más clara y directamente, lo suyo será entonces y después la decisión sin posible

discusión. Desde ahí no duda Schmitt en concluir –leemos– que en la historia de la crítica del parlamentarismo moderno, Donoso formuló con carácter definitivo todos los puntos de vista decisivos. Sobre todo, aprehendió en su más honda esencia los problemas de la discusión burguesa, al definir a la burguesía como “clase discutidora” y oponer, con gran energía, al intento de fundar un Estado sobre la discusión, la idea de decisión y de –añadirá aquél– un consecuente Estado decisionista. Sigue siendo todo ello –afirma en la Alemania de los años veinte– un gran acierto teórico y político. Por lo demás –prolonga Schmitt volviendo a su concepto esencial de lo político, ahora de la mano de Donoso Cortés–, su singular importancia estriba en haber advertido la noción central de toda gran política y en haberla mantenido firmemente a través de toda suerte de engañosas y falaces ofuscaciones tratando de determinar más allá de los distingos propios de la política del día, la grande, histórica y fundamental distinción entre amigo y enemigo¹⁵.

Ese es el núcleo de la filosofía de la reacción decimonónica contra las revoluciones sociales de 1848 y contra todas las propuestas ilustradas, liberales y democráticas. Desde ahí, el paso –sin identificación ni continuismo lineal, con notorias diferencias ideológicas y sociales pero con igual determinación en los objetivos a combatir– vendrá expresado en el siglo XX por las concepciones totalitarias del fascismo/nazismo como, otra vez, la única y verdadera respuesta eficiente contra las revoluciones comunistas desde 1917. Carl Schmitt –de ahí la utilidad de Donoso Cortés– une así íntimamente ambos mundos: lo más rechazable por estériles en uno y otro son las «clases discutidoras», el Parlamento, las elecciones (frente a ellas, la *aclamatio*), en definitiva, el Estado democrático liberal (y democrático social, por supuesto), el Estado de Derecho en cualquiera de sus modos. Pero la historia, y la razón en libertad, lo que probaron fue justamente lo contrario. Lo que se produjo fue la gran catástrofe, el bélico hundimiento y, en medio de todo ello, el absoluto descrédito

¹⁵ Carl SCHMITT, *Donoso Cortés in gesamteuropäischen Interpretation* (1950), traducción española de Francisco de Asís Caballero (*Interpretación europea de Donoso Cortés*) con muy significativo Prólogo de Ángel López-Amo, Ediciones Rialp, Madrid, 1952 (aquí, especialmente, pp. 60, 66, 67, 78, 81, 113 y 132: las citas corresponden a la 2ª ed. de 1963). Entre otra bibliografía, José MARÍA BENEYTO, *Apocalipsis de la Modernidad. El decisionismo político de Donoso Cortés* (Gedisa, Barcelona, 1993) y Axel SCHWAIGER, *Christliche Geschichtsdeutung in der Moderne. Eine Untersuchung zum Geschichtsdenken von Juan Donoso Cortés, Ernst von Laugel und Vladimir Solov'ev in der Zusammenschau christlicher Historiographieentwicklung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001. Como trasfondo puede verse también el texto de Carl SCHMITT, *Römischer Katholizismus und politische Form* (1923-1925), ahora por vez primera en traducción española de Carlos Ruiz Miguel (*Catolicismo y forma política*), autor también de un documentado, muy polémico y discutible Estudio preliminar Tecnos, Madrid, 2000.

moral y político de tales regímenes totalitarios. El triunfo de la democracia era, entre otras cosas, el total fracaso tanto de Donoso como de Schmitt, de sus reductivos dictámenes y de sus escatológicos vaticinios.

Constatemos, no obstante, ya sin asombro el hechizo estético de ese *pathos* dramático, incluso trágico, de la cruzada por la lucha final (aunque sea vivida desde el lado del fascismo), del sublime momento de la excepcionalidad en la política, del entusiasta atractivo de ésta como permanente «estado de excepción» frente a la aburrida normalidad constitucional: hechizo de connotaciones irracionales que ha seguido ejerciendo en nuestros días Carl Schmitt, con un confuso poder de seducción también sobre algunos selectos círculos teóricos, intelectuales más que políticos, de una cierta inconcreta y etérea izquierda. A ello pueden haber coadyuvado asimismo –todo hay que decirlo– las frustraciones, limitaciones y corrupciones de la democracia liberal (y social), de sus reductivos métodos tecnocráticos, de sus cómodas subordinaciones a los poderes mediáticos y al gran capital. De otra índole es el continuado prestigio y reconocimiento de aquél entre juristas que, con prevalente mirada interna, dogmático–jurídica, admiran tanto la astucia, prefiero pensar que no incluso el cinismo, de sus críticas (certeras en ocasiones), como la habilidad y finura de algunas de sus –oímos– inteligentes argumentaciones y construcciones sustitutorias del Estado de Derecho.

Para Carl Schmitt –lo opuesto a lo que yo siempre he sustentado– todo Estado es Estado de Derecho. En sus trabajos sobre legalidad y legitimidad, extensible a todas sus obras, ese el punto de partida: que la expresión Estado de Derecho puede tener tantos significados distintos como la propia palabra «Derecho» y como organizaciones a las que se aplica la palabra «Estado». Hay así –embarulla aquél– un Estado de Derecho feudal, otro estamental, otro burgués, otro nacional, otro social, además de otros conforme al Derecho natural, al Derecho racional y al Derecho histórico. Todo, y nada con rigor, cabe así en el Estado de Derecho: basta –dice– con que se imponga como misión realizar el Derecho, es decir basta que imponga sus normas sean las que fueren en su origen, procedimiento de creación y contenido. Sin embargo, a pesar de esa genérica indefinición de base, a la «hora de la verdad», a la hora de la negación/destrucción, para sus críticas más enconadas y concretas en relación con la realidad alemana de su tiempo –Constitución y República de Weimar– aquél se acoge de modo más coherente, aunque siempre en reducción formalista, a la identidad entre Estado de Derecho y, dirá, Estado legislativo-parlamentario. Y contra éste y aquél van enseguida dirigidas todas sus indiscriminadas diatribas: contra el Parlamento (sede de la «clase discutidora»), contra los partidos políticos allí representados, contra el sufragio universal y las decisiones mayoritarias (prefiriendo –repito– la *aclamatio* populista y plebiscita-

ria), contra cualquiera de los procedimientos electorales democráticos, contra el imperio de la ley, contra la supuesta omnipotencia de las leyes producidas por tales mayorías en conflicto con la Constitución y –acusa– indiferentes a sus valores éticos de fondo, negándose a reconocer soluciones de garantías como las del propio Kelsen, obstinándose en la absoluta escisión entre ley en sentido formal y ley en sentido material, y así sucesivamente¹⁶.

Nadie duda –es obvio pero que quede dicho– de la importancia y gravedad de las cuestiones aludidas en esas y otras observaciones críticas hechas por Carl Schmitt y, por lo demás, antes y después de él, por tantos otros muy conscientes científicos sociales, politólogos y filósofos éticos y del Derecho. También de los problemas reales de gobernabilidad presentes, acuciantes a veces (y con responsabilidad asimismo de los partidos), en los regímenes parlamentarios especialmente en momentos difíciles como lo fue la era de Weimar o, entre 1931-1936, la misma República española. De la primera, de su país en esos años veinte/treinta, se ocupó mucho aquel y siempre en modo negativo; nada difícil de imaginar, en parangón, cuales hubieran de ser las efectivas implicaciones de su actitud en relación con esas circunstancias históricas de nuestro país antes y después de la guerra civil: contra el liberalismo y la democracia, por la teoría del caudillaje (*Führerstaat*) y el poder dictatorial¹⁷.

¹⁶ Cfr. entre otros, John P. MCCORMICK, *Carl Schmitt's critique of Liberalism*, Cambridge University Press, 1997.

¹⁷ En relación con aquella circunstancia histórica alemana, entre la desbordante bibliografía, puede verse recientemente Ludz BERTHOLD, *Carl Schmitt un der Staatnotstandplan am Ende der Weimarer Republik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999. Desde ahí, para su presencia e influencia en España: Raúl MORODO, *Críticos de la democracia y anunciadores de la revolución nacional. Los pioneros alemanes: Carl Schmitt y Oswald Spengler*, en su libro *Tierno Galván y otros precursores políticos*, Ediciones El País, Madrid, 1987; Gabriel GUILLÉN KALLE, *Carl Schmitt en España. La frontera entre lo político y lo jurídico*, Madrid, 1996; José Antonio LÓPEZ GARCÍA, «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, enero-marzo de 1966, y también su libro *Estado y Derecho en el franquismo. El nacional-sindicalismo: F. J. conde y Luis Legaz Lacambra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; Dalmacio NEGRO PAVÓN (Coord.) *Estudios sobre Carl Schmitt* (Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996) y dentro de él, especialmente, aquí las colaboraciones de Manuel FRAGA IRIBARNE, Germán GÓMEZ ORFANEL, Antonio TRUYOL SERRA («Mis recuerdos de Carl Schmitt») y Pedro Carlos GONZÁLEZ CUEVAS («Carl Schmitt en España»), así como el libro de este último, *La tradición bloqueada: tres ideas políticas en España: el primer Ramiro de Maeztu, Charles Maurras y Carl Schmitt*, Madrid, 2002. Interesante como parangón con un mundo cercano a nosotros, el trabajo de Carlo GALLI, «Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Società Editrice Il Mulino, Año IX, núm. 1, Bologna, junio de 1979.

Me parece que el profesor García de Enterría ha resumido con buen criterio y acierto –y con mayor claridad de la que es habitual en otros juristas– la que sería su apreciación sobre aquél respecto a algunas de las cuestiones aquí planteadas: «La calidad de Carl Schmitt en inteligencia y en brillantez, incluso su calidad misma de excepcional jurista, están fuera de toda duda, pero es el caso que de él procede una desvalorización en bloque y radical de todo el sistema estructural de lo que él llamó el “Estado burgués de Derecho”, burgués como nota deprecatoria no desde la perspectiva del pueblo o del proletariado y en el sentido marxista, sino desde la perspectiva de un poder exento y abstracto (“lo mejor del mundo es una orden”: *Das Beste der Welt ist ein Befehl*) titularizado en aristócratas del mando (...) y, luego, cuando Hitler aparece en el horizonte, en supuestos héroes, órganos mágicos del pueblo entero, Schmitt odia –la palabra no es excesiva– en particular el parlamentarismo, que sustituye estérilmente la decisión por la discusión, la orden por el debate sin fin, tras de cuya supuesta racionalidad se ocultarían poderes indirectos efectivos y malignos. Schmitt aplicó aquí coherentemente su propia doctrina sobre el concepto de lo político como una pugna existencial contra el enemigo, al que se intenta aniquilar, enemigo que para él, hombre declaradamente de lucha política, es en primer término el sistema de Weimar como tal (...), el esquema estructural del constitucionalismo liberal en bloque, que él ayuda decisivamente a desmontar con doctrinas apasionadas y falaces, de las que en el texto se hará luego alguna mención. La crítica schmittiniana a la democracia liberal –concluye García de Enterría para los escritos de aquel anteriores al fin de la guerra mundial– ha sido un ejemplo patente de “demonización” del adversario, desde la parcialidad y la pasión»¹⁸.

Con aquel explícito reconocimiento de las dificultades y complejidades de la época y sus problemas, a la vez que con talante siempre abierto a revisión, se formulan aquí estas sucintas pero creo que fundadas críticas a las po-

¹⁸. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo a su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 24. En relación con esa referencia a Weimar como primer y principal enemigo de SCHMITT, se recuerda ahí uno de los relevantes libros de este, publicado en 1940, titulado precisamente *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1929*, es decir, *Posiciones y conceptos en lucha con la República constitucional de Weimar, la Sociedad de Naciones de Ginebra y el Tratado de Versalles*. Y allí también señala GARCÍA DE ENTERRÍA (p. 23) que «la recepción de Schmitt vino a coincidir cronológicamente en España con la instauración del régimen surgido de la guerra civil (la traducción de su *Teoría de la Constitución*, por Francisco Ayala se hizo precozmente respecto a los demás países europeos en 1934)»: su traducción y su presentación, junto a otras presencias anteriores a 1936-1939, figuran en la bibliografía española de la nota anterior.

siciones de Carl Schmitt relacionadas con los temas prioritarios del Estado de Derecho. Con igual ánimo y sin ocultar las conexiones doctrinales y las posteriores connivencias políticas con ese totalitario *Führerstaat*, habría que considerar las concretas soluciones/distorsiones constitucionales por él propuestas en aquella Alemania de los años treinta. Esas mismas eran –a mi juicio– las implicaciones de sus conocidos alegatos, en base al art. 48 de la Constitución, en pro del poder soberano del Presidente del *Reich* como «legislador extraordinario»: primero (*ratione necessitatis*), para una dictadura comisarial como «válvula de seguridad» y, después (*ratione supremitatis*), para una dictadura plebiscitaria como «alternativa global cuyo objetivo –señala Estevez Araujo– es hacer posible la transición hacia un nuevo tipo de Estado». La legitimidad plebiscitaria –afirma con rotundidad Carl Schmitt en 1932– es la única especie de justificación estatal que hoy debe reconocerse en general como válida, el único sistema de justificación reconocido que queda. Y es él quien lo conecta de modo expreso con las tendencias que –dice– existen actualmente sin duda hacia el Estado totalitario. A estas tendencias –alega aquél como débil autodefensa– no se las despacha simplemente con llamarlas reaccionarias ni con decir que añoran volver al pasado. En efecto –añadiría yo–, las implicaciones y consecuencias de tal Estado totalitario iban a ser aún mucho más terroríficas, aniquiladoras y destructoras de lo que habían sido en el pasado esas otras tan inicuas tendencias reaccionarias¹⁹.

Desde esa legitimidad plebiscitaria, con esas dos atribuciones de soberanía (decisión excepcional) para el Presidente del *Reich*, el sagaz jurista Carl Schmitt va asimismo a propugnar (tercer «legislador extraordinario», *ratione materiae*) una revisión constitucional de fondo que, bajo pretexto de corregir visibles anomalías del marco parlamentario, en realidad alteraba profundamente el sistema democrático de la República de Weimar. Era realmente su

¹⁹ Para este análisis crítico he tomado como base la ya citada obra de Carl SCHMITT *Legalidad y legitimidad* (1932). Y como valioso estudio de conjunto, fundamentalmente el libro muy documentado y bien orientado de José A. ESTEVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel Barcelona, 1989. También, en pluralidad de posiciones, junto a otros ya citados aquí, Pedro de VEGA, *Prólogo a Carl Schmitt, La defensa de la Constitución* (traducción española de M. Sánchez Sarto), Tecnos, Madrid, 1983; Germán GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; Matthias KAUFMANN, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la Teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, (traducción española de Jorge M. Seña, revisión de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), Alfa, Barcelona, 1988; Montserrat HERRERO LÓPEZ, *El "nomos" y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Eunsa, Pamplona, 1997.

destrucción y el propio Schmitt no tenía más remedio que reconocer que con tal revisión no se restituía, sin embargo, el sistema de legalidad del Estado legislativo-parlamentario, es decir el Estado de Derecho. La Constitución de Weimar, argumentaba aquél con su nada neutra finura jurídica, encubre en realidad dos Constituciones: y, desde ahí, separaba, escindía, así la parte primera de ella («organización y funciones») denominada «orgánica», es decir dedicada al establecimiento del cuadro institucional y los poderes que define al Estado de Derecho, y la segunda calificada como «material», relativa a «los derechos y deberes fundamentales de los alemanes», incluidos los de carácter económico, social y cultural. Pues bien, rompiendo la necesaria, esencial, unidad interna de la Constitución cuyas dos partes –por lo demás, perfectamente diferenciables– articulaban con fundamento y coherencia el incipiente Estado social de Derecho, la propuesta de Schmitt impulsaba a elegir entre ambas y a hacerlo –instaba sin ninguna ingenuidad aquél– en favor de la por él denominada segunda Constitución y de su tentativa para establecer un así denominada «orden sustancial».

Dicho con mayor claridad: lo que ahí ideológicamente se propugnaba era admitir el Estado social, la parte «material», y suprimir el Estado de Derecho, la parte orgánica «formal». Con ello, sin duda que Carl Schmitt inventaba/impulsaba otra especie de supuestos Estados sociales, de carácter dictatorial (los fascismos) contruidos sobre amplia retórica –alguna realidad– social pero sin democracia y sin los más básicos derechos ni libertades. Aquí también la engañosa seducción que aquél ha ejercido sobre algunos teóricos izquierdistas y movimientos comunistas que –olvidando fundamentaciones mucho más sólidas y coherentes– se acogían a la supuesta insalvable contradicción entre libertades «formales» y libertades «materiales», queriendo hacer realidad éstas suprimiendo y sacrificando aquellas. Lo que de hecho allí ocurriría –y era bien previsible– es que la supresión de las instituciones participativas del Estado de Derecho –imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, participación libre en las decisiones, primera parte de la Constitución–, iba a llevar indefectiblemente a la supresión también de los derechos fundamentales, a la negación del Estado social y de la participación en los resultados –segunda parte de ella–. Tales derechos incluyen siempre de manera coherente y esencial la libertad y la dignidad humana sin las cuales no hay efectiva igualdad ni avance alguno de carácter social y cultural. Todo Estado de Derecho exige, en mayor o menor grado, esas dos ineludibles dimensiones, en correlación con la democracia entendida como doble participación. Sin Estado de Derecho no hay propiamente Estado social (sin libertad no hay igualdad) y sin

Estado social –más adelante volveré sobre esto– difícilmente podría existir hoy un Estado de Derecho²⁰.

Sin embargo, frente a ese concepto liberal, social y democrático del Estado de Derecho, la actitud de Carl Schmitt es del todo rotunda y contundente. Para él, el germen que encierra la segunda parte de la Constitución merece –dice– ser liberado de contradicciones internas y de vicios de compromisos y ser desarrollado de acuerdo con su lógica interna. La alternativa –añade– es reconocer la capacidad sustancial y las fuerzas del pueblo alemán. Si se logra esto –imponer tales fuerzas sustanciales– está salvada la idea de una obra constitucional alemana. En caso contrario, si la democracia parlamentaria se resiste –reproduzco sus propias palabras–, pronto se acabará con las ficciones de un funcionalismo mayoritario (subterfugio suyo del Estado de Derecho) que permanece neutral ante los valores y ante la verdad. Entonces –concluye casi amenazante y apocalíptico Carl Schmitt– la verdad se vengará. Y en efecto, para desgracia de todos, tal verdad (*Führer hat immer Recht*) enseguida iba a vengarse cuando el partido nazi se hace con el poder absoluto sólo un año después, en marzo de 1933, en elecciones celebradas tras el desencadenamiento de la brutal y generalizada represión oficial que seguiría al incendio provocado del *Reichstag*. El (auto) golpe de Estado dictatorial –ley de plenos poderes y demás– inmediatamente lograría acabar en Alemania con (las dos partes de) la pobre Constitución y con todo vestigio de (formal y material) Estado de Derecho: otra de las consecuencias de todo aquello sería ya la segunda guerra mundial²¹.

²⁰ Para algunas de estas cuestiones de fondo sobre el significado de Carl Schmitt en relación/ contradicción con el Estado de Derecho, incluso sobre el entendimiento hoy del Estado social y democrático de Derecho, resultará de utilidad tomar en consideración obras –con discrepancias y concordancias mías– como las de Pier Paolo PORTINARO, *La crisi dello ius publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt* (Edizioni di Comunità, Milano, 1982), el número monográfico sobre *L'Etat de droit* de los “Cahiers de Philosophie politique et juridique” de la Universidad de Caen, núm. 24, 1993 (sobre Schmitt los trabajos de P. PASQUINO y O. BEAUD), o el de “Diritto e Cultura. Archivio di filosofia e sociologia”, presentado por Agostino CARRINO, Edizioni Scientifiche Italiane (Roma, enero-junio 1995) sobre *Carl Schmitt y la scienza giuridica europea*: aquí, de especial interés para mí, la relación y correspondencia Bobbio-Schmitt donde con respeto, educación y extremando su comprensión (el joven italiano le había conocido en 1937 en Berlín), no deja aquel de manifestar sus profundos desacuerdos con él: cfr., por ejemplo, en 1951 (p. 67) con terminantes críticas sobre Donoso Cortés, o más tarde (1985), p. 81, sobre esa “fortuna” de Carl Schmitt entre algunos estudiosos de izquierdas. Para algunos aspectos de esta perspectiva actual, mostrando afinidades y diferencias, la obra de Hartmut BECKER, *Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas*, Duncker und Humblot, Berlín, 1994 (2ª ed. con una nueva Advertencia preliminar, 2003).

²¹ Véase, en relación con esa situación jurídico-constitucional e, inevitablemente, también político-social de Alemania, la obra colectiva, coordinada y presentada por Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985.