

LA PRESENCIA DE CARL SCHMITT EN ESPAÑA

Por JOSE ANTONIO LOPEZ GARCIA

SUMARIO

I. LA RELACIÓN DE SCHMITT CON EL PENSAMIENTO ESPAÑOL.—II. CARL SCHMITT Y EL RÉGIMEN FRANQUISTA: 1. *La recepción de la distinción schmittiana «amigo/enemigo» en el nuevo Estado español: A) La imposibilidad ontológica del «enemigo político interior». B) El «enemigo exterior» schmittiano y la defensa de la España franquista en el contexto internacional.* 2. *Decisión política, Teología política y Derecho natural: A) La decisión y la crítica del normativismo jurídico. B) El decisionismo schmittiano ante el Derecho natural católico. C) Donoso Cortés: teórico de la «decisión soberana». D) La recuperación franquista de Donoso Cortés: entre la dictadura schmittiana y el legitimismo monárquico.*—III. DE LA INTERPRETACIÓN FRANQUISTA A LA LECTURA DE CARL SCHMITT DURANTE LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA.—IV. LA RELEVANCIA ACTUAL DEL PENSAMIENTO SCHMITTIANO: 1. *La utilización de Schmitt en aspectos parciales de la teoría y la crítica constitucional: A) La crítica de Schmitt a la justicia constitucional. B) Las relaciones entre Parlamento y Ejecutivo: Ley, Medida y Decreto-ley. C) La teoría schmittiana de las «garantías institucionales».* 2. *El peligro de una recuperación política de Schmitt: ¿existe una «derecha» y una «izquierda» schmittiana?*

I. LA RELACION DE SCHMITT CON EL PENSAMIENTO ESPAÑOL

En el contexto del pensamiento jurídico del presente siglo a Carl Schmitt (1888-1985) se le suele reconocer como a uno de los intelectuales alemanes que se vinculaban con el nacionalsocialismo alemán. La constatación de esta vinculación quedó refrendada con la publicación en 1959 del estudio de Jünger Fijalkowski (1), en el que se analiza toda la obra de Schmitt durante la República de Weimar desde la perspectiva del posterior apoyo prestado por Schmitt, a partir de 1933, al nacionalsocialismo alemán. A primera vista, esta circunstancia sería razón suficiente para que en la España posterior a 1939 se le prestara alguna atención a Schmitt. Sin embargo, el

(1) JÜNGER FIJALKOWSKI: *La trama ideológica del totalitarismo*, Tecnos, Madrid, 1966.

interés prestado a la obra de Schmitt durante el franquismo no es comparable a la de ningún otro intelectual extranjero vinculado con los regímenes fascistas europeos. Este interés, como explicamos más adelante, no significa que se asuman sin más los planteamientos teóricos de Schmitt, sino que éstos servirán como referencia inexcusable en el debate jurídico-político español de esta época. Así, la relación especial entre Schmitt y el totalitarismo español, lo que José M. Beneyto ha llamado el «efecto recíproco» (*Wechselwirkung*) entre Schmitt y el «Régimen de Franco» (2), se debe, a nuestro entender, a dos motivos principales: *uno*, al excelente conocimiento que ya se tenía en España de la obra schmittiana durante los años treinta; *dos*, al interés de Schmitt por el pensamiento jurídico tradicional español (3), tan reivindicado durante el franquismo.

UNO. Por lo que se refiere al conocimiento de la obra de Schmitt, iniciados los años treinta están traducidas en España, junto a otros textos menores, *La defensa de la Constitución* y *La teoría de la Constitución* (4), dos de las obras principales de Schmitt. En la presentación a su traducción de *La Teoría de la Constitución*, Francisco Ayala hace más que una simple presentación y se atreve con un comentario general a la trayectoria intelectual de Schmitt (5), advirtiendo sobre las «fórmulas y so-

(2) «Die Wirkung Schmitts auf das Franco-Spanien erweist sich dabei eigentlich als Wechselwirkung: politische Theorie Carl Schmitts und politische Wirklichkeit von Franco-Spanien bedingen und beeinflussen sich gegenseitig» (JOSÉ MARÍA BENEYTO: *Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechts- und Staatstheorie Carl Schmitts und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien*, Duncker und Humblot, Berlín, 1983, pág. 18).

(3) MANUEL GARCÍA-PELAYO ya ha dado cuenta de los lazos especiales entre Schmitt y España: «El nombre y algunas de las obras menores de Carl Schmitt eran conocidas en ciertos círculos restringidos de Italia y Francia en la época anterior a la II Guerra Mundial. Pero ha sido, sin duda, en España donde la obra de Carl Schmitt ha tenido no sólo la primera, sino también la más extensa acogida y difusión. A esta actitud receptiva del público académico español ha correspondido el ilustre y agudo pensador alemán con un interés por el pensamiento jurídico de nuestra patria excepcional para un profesor extranjero no especialista en temas hispánicos» (CARL SCHMITT: «Epílogo» a la *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 373).

(4) *Der Hüter der Verfassung* (La defensa de la Constitución) se publicó en Alemania en 1931 y la traducción española a cargo de MANUEL SÁNCHEZ SARTO es también de 1931 (Editorial Labor, Barcelona); *Verfassungslehre* (Teoría de la Constitución), aparece en 1927 y la traduce FRANCISCO AYALA en 1934 (*Revista de Derecho Privado*, Madrid). También se publicarán en español otros trabajos menores de SCHMITT: «Donoso Cortés, su posición en la historia de la Filosofía del Estado», Conferencia leída en octubre de 1929 en el Centro de Intercambio Intelectual Germano-Hispano y que este mismo Centro publicará (Madrid, 1930). En la *Revista de Occidente*, núm. 80, febrero de 1930, aparece otro trabajo de SCHMITT: «El proceso de neutralización de la cultura».

(5) Sirva como ejemplo el siguiente comentario de F. AYALA: «Los elementos que juegan en la construcción schmittiana —“decisión”, “soberano”, “dictador”, “poder constituyente”, etc.— vienen a coincidir en el vértice de un concepto (místico, en definitiva) de Pueblo, Volk, idéntico a Nación —totalidad homogénea—, la *Verfassungslehre*, que estudia sobre todo el Estado constitucional, está orientada en el sentido de demostrar por el análisis cómo bajo el complicado artificio del Estado liberal burgués, del Estado de Derecho —donde la Historia plasmó un afán superador, marca elevada en el camino humano hacia lo ideal-normativo—, se esconde siempre el hecho de la *decisión política soberana*» [«Presentación» (1934) a la *Teoría de la Constitución*, citado por la edición de Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 170].

luciones de signo reactivo» (6) contenidas en la obra schmittiana. También Nicolás Pérez-Serrano señala la excepcional agudeza de Schmitt: «Su sinceridad ruda y su filiación, que no oculta ni recata, darán lugar a objeción explicable y hasta enconada; ello no resta valor, por encima de alguna exageración o de rencores nacionales comprensibles, a muchas de sus afirmaciones capitales, que podrán incluso rechazarse, pero que hoy no es posible desconocer» (7).

Por otro lado, en sus estancias en Alemania en la década de los treinta, tanto Francisco Javier Conde como Luis Legaz Lacambra adquieren un conocimiento directo de Schmitt. En concreto el pensamiento de Conde es impensable sin su referencia al de Schmitt (8). La influencia de Schmitt se inicia en su estudio sobre *El pensamiento político de Bodino*, publicado en 1935, en el que Conde utiliza las categorías schmittianas de «teología política» y «tecnicidad estatal» (9), y se prolonga con las traducciones que hará Conde en los años cuarenta de múltiples trabajos de Schmitt (10). En cuanto a Legaz, dejando de lado su permanente estudio de Kelsen,

(6) F. AYALA: *ibidem*, pág. 18.

(7) NICOLÁS PÉREZ-SERRANO: *Tratado de Derecho Político* (1936-1939), Madrid, Civitas, 1976, pág. 52.

(8) La referencia a este conocimiento directo de Schmitt por parte de Conde, principalmente, y también Legaz es fundamental. No en vano podemos afirmar que la «teoría del Estado» de Conde y la «filosofía jurídica» de Legaz constituyeron la más sólida legitimación ideológica del régimen franquista. En otro lugar hemos desarrollado a fondo esta afirmación. Aquí tan sólo trataremos los escritos específicos de Conde y Legaz sobre el pensamiento schmittiano.

(9) Conde utiliza la idea schmittiana de la «teología política» para argumentar en favor de la existencia de un «mínimo religioso» en la teoría del Estado de Bodino (véase: *El pensamiento político de Bodino*, 1935; *Anuario de Historia del Derecho español*, págs. 12-13, y el capítulo IV: Teología política y técnica jurídica, págs. 57-70).

(10) Durante los años cuarenta es FRANCISCO JAVIER CONDE el encargado de traducir *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes* (Haz, Madrid, 1941) publicada en Alemania en 1938. CONDE traduce también bajo el título de *Estudios políticos* (Cultura Española, Madrid, 1941) tres de los ensayos más importantes de Schmitt publicados en Alemania entre 1922 y 1934: *La época de la neutralidad*; *La Teología política*; *El concepto de lo político*. Además, el mismo CONDE traducirá parte de los numerosos trabajos que Schmitt publica desde 1941 en la *Revista de Estudios Políticos* a los que, debido a su extensión, haremos mención más adelante. A partir de estas traducciones de CONDE las traducciones de Schmitt irán en aumento. FRANCISCO DE ASÍS CABALLERO traduce *La interpretación europea de Donoso Cortés* (Rialp, Madrid, 1952. Publicada en alemán en 1950). Durante los años sesenta la propia hija de Schmitt, ANIMA SCHMITT, traduce, *Diálogo de los nuevos espacios* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962) y *La teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966. En alemán en 1963). También se traducirán sin excesiva demora, menos de diez años, trabajos importantes como *Tierra y Mar* (IEP, Madrid, 1952) y *Ex Captivitate Salus* (Porto edit., Santiago de Compostela, 1960). A pesar de todo, persistirán durante algún tiempo lagunas importantes: *Legalidad y legitimidad*, texto de 1932, no se traduce hasta 1971; *La dictadura*, texto de 1921, se traduce en 1963; *El «nomos» de la Tierra*, de 1950, se publica en español en 1979 y, por último, de *La situación histórico-intelectual del parlamentarismo*, 1923, no hay traducción hasta 1990. Si tomamos como referencia las bibliografías sobre Schmitt que venía realizando hasta 1978 Piet Tommissen, España aparece a la cabeza de los países en traducciones de las obras de Schmitt. Los datos concretos son: de un total de 85 obras de Schmitt estarían traducidas al castellano 34 (31 en España), mientras que el segundo país en traducciones, Italia, queda lejos con 15 (véase P. TOMMISSEN: *Miroir de Carl Schmitt*, Cahiers Vilfredo Pareto, 16, 1978, págs. 220-275).

lo cierto es que las múltiples referencias a Schmitt que utiliza en su *Introducción a la Teoría del Estado Nacional Sindicalista*, de 1940, no son circunstanciales sino que provienen de otros trabajos suyos de los años treinta en los que Schmitt es una pieza básica (11). El hecho de que Conde y Legaz tuvieran un notable conocimiento de la obra de Schmitt será un factor definitivo para la ulterior presencia del pensamiento schmittiano entre sus discípulos: Sánchez Agesta, Gómez Arboleya, Carlos Ollero, Jesús Fueyo, Manuel Fraga, José Caamaño.

Por último, la preocupación por Schmitt de los «monárquicos» López-Amo y Calvo Serer se debe a la particular interpretación que de Donoso Cortés hará Schmitt. Alvaro d'Ors, por su parte, se convertirá en el intérprete *tradicionalista* de los estudios de Schmitt sobre la «Escuela española de Derecho Internacional», la «Teología política» y sobre la modernidad de Francisco de Vitoria.

DOS. En cuanto al segundo punto de la vinculación de Schmitt con España, hay que admitir que los conocimientos de Schmitt sobre el pensamiento tradicional español no eran excesivos. Schmitt no es un especialista en temas españoles, pero tuvo la «agudeza» de recurrir a autores españoles para sostener sus propios conceptos. En concreto, sus nociones de *dictadura* y *decisión política* las encontrará en el español Donoso Cortés que, debido a las necesidades de legitimación política del franquismo, pasa de ser un «tradicionalista» oscuro y olvidado a constituirse en un autor a recuperar en los años cuarenta y cincuenta. En esta *recuperación* de Donoso Cortés tiene Schmitt, como exponemos más adelante, un papel fundamental.

Otro capítulo importante de los estudios españoles de Schmitt es el de la «Escuela española de Derecho Internacional». En la definición que da Schmitt del *Derecho Público Europeo*, autores como Francisco de Vitoria van a ir adquiriendo cada vez más importancia. A partir de los años cuarenta, y luego de derrotada Alemania en la II Guerra Mundial, Schmitt se va a «refugiar» en diversos estudios que tendrán como tema principal la «marginada» *idea europea* contenida en el *ius gentium* de origen español. A partir de entonces, las referencias de Schmitt a España como *último guardián* de la «Gran Tradición Cristiano-Europea» son constantes, entroncando así con una de las claves ideológicas en las que se legitimará cara al exterior el totalitarismo franquista: la defensa de los valores cristianos.

Estas dos claras vinculaciones de Schmitt con temas españoles no determinan por sí solas su influencia en el pensamiento jurídico español de la posguerra civil. Damos por sentado que «el Schmitt» crítico del liberalismo jurídico y postulador de la *dictadura soberana* están en la base de esta influencia, tanto, al menos, como su gusto por temas españoles. Para esto último el conocimiento español de Schmitt durante los años treinta aparece como el *elemento cultural* determinante. Aquí, la admirada «germanofilia» de la filosofía jurídica española desde el siglo XIX se impone decididamente sobre todos los demás aspectos.

(11) Véase LEGAZ: «El Estado de Derecho en la actualidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933; también, LEGAZ: *La Filosofía Jurídica del Nacional Socialismo*, Revista Universidad, Zaragoza, 1934.

II. CARL SCHMITT Y EL REGIMEN FRANQUISTA

1. *La recepción de la distinción schmittiana «amigo/enemigo» en el nuevo Estado español*

En los primeros trabajos posteriores a 1939 dedicados específicamente al análisis de los conceptos schmittianos (12), plantea un especial problema la definición schmittiana de la política como la distinción entre el amigo y el enemigo. Como descripción de la realidad política previa a la implantación del Nuevo Estado franquista se considera acertada la distinción amigo/enemigo: «Sus conceptos (de Schmitt) están extraídos de la realidad estatal, de sus situaciones históricas; *son conceptos políticos genuinos*, es decir, *conceptos en los cuales ha sido comprendida la situación política tal como es*» (13). Contrariamente al enmascaramiento de la realidad política practicada por el pensamiento liberal, criticado como la «última y degenerada expresión de aquella ambición moderna de que la *ratio* y la lógica dominara sobre toda decisión y mandato» (14), los conceptos schmittianos abordarían la verdadera raíz política del Estado.

La distinción amigo/enemigo, a juicio de los autores franquistas, enseña que la constitución política de la sociedad está *detrás* de la legalidad defendida por el positivismo jurídico-logicista. Pero esta crítica es acertada para un sistema político empeñado en ocultar la distinción amigo/enemigo o en pacificarla como lucha democrática entre partidos. Por contra, el Estado franquista asume en toda su radicalidad el pesimismo de la distinción amigo/enemigo: «Hay que reconocer que una concepción como la de Schmitt —aguda y certera, por lo demás— no puede sino dejar en nuestra sensibilidad domesticada una impresión francamente congojosa y desagradable» (15).

Esta postura «realista» de los teóricos franquistas ante la lucha política del amigo/enemigo, les permite enfrentarse a este aspecto fundamental de la constitución política moderna con la intención de cambiarlo «envolviendo, no en odio, sino en misericordia y caridad, al enemigo político cuando deja de serlo, cuando la paz suprime la distancia inmensa que había abierto la guerra» (16). El realismo político de Schmitt servía como *instrumento de reconocimiento* de la realidad española bajo el «Estado de Partidos» de la II República: «La nación había dejado de constituir un

(12) EUSTAQUIO GALÁN: «El criterio de lo político», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, abril 1941; ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA: «Cuatro monografías de Carlos Schmitt», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 5, enero 1942; LUIS SÁNCHEZ AGESTA: «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carlos Schmitt», *RGLJ*, núm. 5, noviembre 1942; FRANCISCO JAVIER CONDE: *Introducción al Derecho Político actual*, Escorial, Madrid, 1942, págs. 190-210; *Teoría y Sistema de las Formas Políticas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, págs. 69-78.

(13) F. J. CONDE: *Introducción al Derecho Político actual*, pág. 193. Subrayado y paréntesis mío.

(14) ENRIQUE GÓMEZ ARBOLEYA: «Cuatro monografías sobre Carlos Schmitt», pág. 143.

(15) EUSTAQUIO GALÁN: «El criterio de lo político», págs. 302-303.

(16) EUSTAQUIO GALÁN: *ibidem*, pág. 303.

Estado hallándose en realidad desgarrada en *dos Estados distintos*» (17). A partir de aquí, el Nuevo Estado se propondrá como meta que tal *enemistad interior* no volviera a suceder. Y no encontró otro medio que: «Crear de nuevo el Estado Unitario de la nación española, eliminando al enemigo» (18).

A) *La imposibilidad ontológica del «enemigo político interior»*

La afirmación schmittiana de la existencia de un «enemigo interior» significaba que dentro de un Estado podían darse, al menos, *dos concepciones distintas de la política*. Además, siendo fiel a la concepción schmittiana del amigo/enemigo, resultaba imposible eliminar la presencia constante del enemigo. En su obra *El concepto de lo político*, Schmitt había observado que las diferencias privadas que se dan en la economía, la moral o la religión, podían intensificarse hasta el extremo de constituirse en *diferencias políticas*:

«Todo antagonismo confesional, moral, económico, étnico, etc., se torna en antagonismo político apenas se ahonda lo suficiente para agrupar efectivamente a los hombres en amigos y enemigos» (19).

La influencia de Schmitt en el pensamiento de F. J. Conde, según habíamos considerado anteriormente, llegaba hasta el extremo de que éste advirtiera que dicho párrafo ponía en peligro la unidad política del Nuevo Estado surgido de la guerra civil. Según Conde se contenía en el párrafo de Schmitt: «La verdadera y más profunda raíz del error schmittiano de lo político» (20). Se trataba de un error ontológico en los planteamientos de Schmitt:

«El supuesto tácito del que Schmitt parte no resulta difícil de averiguar. Es la distinción ontológica entre dos regiones de la existencia humana: una puramente natural, lo que él mismo llama *Dasein*, y otra espiritual, a la que denomina *Existenz*» (21).

En la región «puramente natural» (*Dasein*) se desarrollaría la actividad económica y la vida moral, es decir, aquel grupo de acciones netamente *privadas*. La región espiritual (*Existenz*) queda reservada para el *actuar político*. Pero el error de Schmitt no está tan sólo en haber dividido el obrar humano en dos regiones, porque

(17) LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Introducción a la Teoría del Estado Nacional Sindicalista*, Bosch, Barcelona, 1940, pág. 170.

(18) LEGAZ: *ibidem*, pág. 170. Es necesario precisar que Legaz se refiere a la *eliminación política* del enemigo, a la eliminación de sus «figuras representativas... ideologías y símbolos» (pág. 171).

(19) SCHMITT: «El concepto de lo político», *Estudios Políticos*, Cultura Española, Madrid, 1942, pág. 129.

(20) CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, pág. 72.

(21) CONDE: *ibidem*, pág. 74-75.

«tratándose del hombre, no es lícito hablar de actos puramente naturales o puramente espirituales» (22). El problema está en que para Schmitt ambas regiones, la natural-privada y la espiritual-política, se diferencian entre sí solamente por razón de intensidad. De ahí que: «Basta que la naturaleza entre en tensión para que se convierta en espíritu» (23). Esto es lo inaceptable para Conde de la posición schmittiana: *que hace posible la conexión* de la región de lo natural-privada con la política, admitiendo, al menos tácitamente, que entre el obrar privado y el político existe continuidad. Y es precisamente esta *continuidad* entre «lo privado» y «lo político» lo que es un error:

«El error es patente. Entre lo que el hombre hay de “naturaleza” y lo que en él hay de “espíritu”, no cabe, desde el punto de vista ontológico, continuidad alguna. Ambas dimensiones son irreductibles» (24).

Lo que Conde trata de evitar es que los *actos privados* pudieran tener un *estatuto político*. Dicho de otra manera, lo que queda imposibilitado es el *pluralismo político*. La visión que tenía Conde del pluralismo político era que conducía inevitablemente a la *guerra civil*, circunstancia que debía impedir el Nuevo Estado. Aquí Conde lleva hasta el límite otra tesis de Schmitt según la cual el Estado moderno apareció con el fin de evitar la *guerra civil permanente*. En el trabajo de Schmitt preferido por Conde, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, la pacificación interior es la razón principal del Leviathan: «El Estado —dice Schmitt— es para Hobbes evitación permanente de la guerra civil gracias a un poder gigantesco. De ahí que uno de los dos monstruos, el Leviathan, “el Estado”, sojuzgue siempre al otro, el “Behemoth”, la Revolución» (25).

El pluralismo puede ser adecuado para la economía o la moral, la región de lo privado, pero no lo tolera Conde para la actuación política:

«El sentido objetivo de los actos políticos consiste precisamente en reducir la pluralidad de actos sociales antagónicos a unidad, mediante la organización y activación de la realidad social histórica dentro de un espacio determinado. He ahí lo específico de los actos políticos y lo que deslinda la realidad resultante de todas las demás regiones que integran la realidad social histórica» (26).

(22) CONDE: *ibidem*, pág. 76.

(23) CONDE: *ibidem*, pág. 75.

(24) CONDE: *ibidem*, pág. 75.

(25) SCHMITT: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, Ediciones Haz, Madrid, 1941, pág. 34. Coincide con Conde un comentarista más actual «partidario» de las ideas de Schmitt, Julien Freund, quien observa que para Schmitt: «l'État ne recherche pas l'inimitié intérieure; son rôle est précisément de l'étouffer, de la supprimer» (J. FREUND: *L'essence du politique*, Sirey, París, 1965, pág. 449).

(26) CONDE: *Teoría y Sistema de las Formas Políticas*, pág. 81.

Analizando el mismo texto de Schmitt, Carlos Ollero llegaba a la misma conclusión que su maestro Conde. En su exposición, el pluralismo político no era posible porque es «la política» lo que cierra y consolida la *unidad sustancial de la persona*: «Lo político se da en la actividad humana no como ejercicio o despliegue unilateral de un estrato o cualidad humana, *sino como acto de la persona entera, unidad sustancial*» (27). En el interior del Nuevo Estado franquista, por tanto, no cabe la figura del *enemigo político*, porque *lo político* es un «obrar común» y nunca una actividad plural: «Por eso, en el orden de la política interna es algo equivocado, e incluso patológico, una doctrina pluralista del Estado, pues una teoría de esta índole sólo puede ser... un instrumento de negación o disolución consciente del Estado» (28).

El efecto más importante del no reconocimiento del enemigo público interior es que toda actividad política diferente a la franquista sólo puede quedar en la *esfera privada* «en la cual no hay “enemigo” propiamente dicho, no hay *hostis*, sino *inimicus*» (29). Llegamos así a otra categoría schmittiana, la del *enemigo privado*, singularmente el tipo del *delincuente*. Reducido todo a la esfera privada, la *oposición política* al franquismo solamente podía desarrollarse como actividad privada: como *oposición ético-privada* o como *delito* (30).

Por tanto, la idea schmittiana del «enemigo interior», así como el reconocimiento de su *estatuto político*, se desplaza como realidad política de las democracias liberales, singularmente la democracia de la II República española. Pero dentro del Nuevo Estado se predica la «eliminación política» del enemigo (Legaz), dado que es ontológicamente imposible su estatuto político para la configuración de la realidad política del franquismo (Conde).

B) *El «enemigo exterior» schmittiano y la defensa de la España franquista en el contexto internacional*

El concepto de «enemigo exterior», que aparece solamente esbozado en *El concepto de lo político*, va a ser objeto de un especial tratamiento por Schmitt a partir de 1939. En 1941 empiezan las traducciones en España de distintos trabajos de Schmitt sobre temas de política internacional y Derecho internacional. Como síntesis de todos estos trabajos aparecerá en 1950 la gran obra de Schmitt posterior a la

(27) CARLOS OLLERO: «Introducción a una Teoría de la Política», *REP*, Madrid, 1945, pág. 33. Su-
brayado mío.

(28) EUSTAQUIO GALÁN: «El criterio de lo político», págs. 300-301.

(29) CONDE: *Introducción al Derecho político actual*, pág. 200.

(30) Por lo que se refiere a la criminalización de la oposición política, un penalista del régimen como Juan del Rosal lo justificaba así: «La necesidad que el Estado tiene de defenderse de aquellas personas que son sus enemigos... No cabe duda que el Estado lleva su poderío hasta donde necesite» (JUAN DEL ROSAL: «Política y criminalidad», *REP*, núm. 4, 1941, pág. 759).

II Guerra Mundial, *El nomos de la Tierra*. En cierta medida, Schmitt siempre vio la España franquista como una «realización» de las mismas ideas que quedaron trunca- das en Alemania por la suerte de la Segunda Guerra Mundial. En una de sus con- ferencias en España de los años cuarenta en la que, entre otras cosas, protestaba por la inminente intervención militar en Europa de los Estados Unidos, hacía expresa esta vinculación política e intelectual con España:

«Sé muy bien que me dirijo —decía Schmitt— a miembros de una nación que desde hace siete años, desde 1936, *ha mantenido su posición en la gran lucha del mundo* y cuya gran historia está doblemente vinculada al tema de esta conferencia: por la hazaña militar, marítima, administrativa y cultural del descubrimiento y *europaización de un Nuevo Mundo* y por la hazaña simultánea en el terreno de la ciencia y del espíritu *de la fundación de un nuevo derecho de gentes europeo*» (31).

Siempre tuvo presente Schmitt que la mayoría de los conceptos que manejaba en su teoría del *orden internacional* guardaban una relación especial con España. Pues, España está tanto en el origen moderno de estos conceptos del Derecho de gentes europeo, como en su defensa política en pleno siglo xx. Para el pensamiento de Schmitt, las relaciones internacionales debían regirse por el principio del «enemigo de derecho» (*Iustus hostis*). Según este principio, cada Estado vivía en un *estado de naturaleza* respecto de los demás Estados. Ninguna norma internacional podía modificar la política estatal. El mundo, a los ojos de Schmitt, aparece como un «campo de lucha» en donde la única organización competente era el Estado:

«La unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y, por consiguiente, otra unidad política coexistente. De ahí que *mientras haya Estado habrá siempre en la tierra varios Estados y jamás podrá darse un “Estado” mundial que abarque la Humanidad entera*» (32).

Estos argumentos schmittianos, que tan apropiados parecían para justificar la política internacional franquista durante los años cuarenta, traerán su inspiración teórica de un autor español: el dominico Francisco de Vitoria. Así fue como Schmitt daba un buen argumento para aquellos que quisieron ver en la tradición española una explicación del aislamiento internacional del Estado franquista.

En efecto, durante el franquismo la disputa sobre la que debía ser la «verdadera» interpretación del pensamiento de Vitoria, fundador del moderno Derecho internacional, tenía detrás una clara referencia a la situación político-internacional de España. Se trataba, eso sí, de un auténtico cruce de argumentos del mejor estilo escolástico. Pero, conociendo cuáles eran las coordenadas del pensamiento jurídico franquista restaurador del tradicionalismo español, no era un asunto menor decidirse

(31) SCHMITT: *Cambio de estructura del Derecho internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943, págs. 3-4. Subrayados míos.

(32) SCHMITT: *El concepto de lo político*, pág. 153. Subrayado mío.

por una u otra interpretación de Vitoria: la racional-humanista o la escolástico-medieval.

Por lo que se refiere a Legaz, éste consideraba a Vitoria como precursor del Derecho internacional que englobaba a *toda la Humanidad*: «A la comunidad internacional la llama Vitoria *totus orbis*, es decir, la unidad total del mundo» (33). El desacuerdo de Schmitt con esta interpretación de Vitoria era frontal. Según Schmitt, la idea de la Humanidad como *sujeto* del Derecho internacional no apareció en el siglo XVI, sino años más tarde durante la Ilustración: «Vitoria es quizá erasmista, pero *no es defensor de la humanidad absoluta al estilo de los siglos XVIII y XIX*» (34). Las razones de Schmitt para oponerse a una interpretación humanista de Vitoria provenían de la defensa de sus propios planteamientos sobre el Derecho internacional. Si Vitoria era visto como un defensor de la Humanidad como sujeto del Derecho internacional, toda su argumentación sobre el *iustus hostis* (enemigo de Derecho) y sus distinciones *européo-céntrica* contra un Derecho internacional de ámbito mundial no se sostenían. De ahí que realizara una *interpretación medieval* de Vitoria. Para Schmitt «la argumentación de Vitoria aún se apoyaba totalmente en la ordenación del espacio del Derecho de gentes de la República Cristiana, que se basaba en la distinción entre el suelo de los soberanos y pueblos cristianos... y el de los no-cristianos» (35).

El otro autor franquista interesado en Vitoria, Alvaro d'Ors, hacía una interpretación similar a la de Legaz. Para d'Ors, la concepción vitoriana se encuadraba dentro del proceso de secularización que caracteriza al pensamiento de la Europa moderna: «Al plantear Vitoria —dice d'Ors— el orden universal sobre la base de criterios racionales, de Derecho natural... el nuevo Derecho internacional perdió todo tronco con la idea de la Cristiandad y *se asentó sobre el principio racional y neutro de la necesaria sociabilidad humana*» (36). Sin embargo, las consecuencias que extrae d'Ors de la posición de Vitoria se asemejan más a la interpretación de Schmitt, partidaria de ver en Vitoria un defensor del amigo/enemigo internacional:

«El hallazgo —dice d'Ors— del terreno neutral sobre el que poderse entender con los herejes: ese fue el gran descubrimiento de Vitoria. Ahora bien, yo creo que ese fue también su pecado. *Vitoria hizo traición a la Edad Media: fue moderno*. La cuestión está en saber si el planteamiento medieval de las cuestiones internacionales era mejor o peor que el inventado por Vitoria. *Yo creo que era mejor. Es más, creo que hay que volver a él*: que hay que volver a la construcción de un Derecho de gentes partiendo de la base de que sólo puede darse un régimen jurídico entre pueblos que integren la comunidad cristiana» (37).

(33) LEGAZ: «Völkerrechtsgemeinschaft, Ideologie, Utopie und Wirklichkeit», publicado en *Festschrift für Carl Schmitt*, Verlag Duncker und Humblot, Berlín, 1959, pág. 127.

(34) SCHMITT: *El nomos de la Tierra*, pág. 115-116. Subrayado mío.

(35) SCHMITT: *El nomos de la Tierra*, pág. 112.

(36) ALVARO D'ORS: «Ordo orbis», *REP*, vol. XIX, 1947, pág. 48. Subrayado mío.

(37) ALVARO D'ORS: «Vitoria y la crisis del Imperio», contenido en: *Francisco de Vitoria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1947, pág. 64 (subrayados míos). Legaz tachó de «interpretación su-

Estas distintas interpretaciones de Vitoria, a pesar de su sentido escolástico, determinaron las dos posiciones fundamentales para entender las relaciones internacionales del Estado franquista hasta, al menos, mediados los años cincuenta:

Por un lado, la posición que mantuvo Legaz, abierta poco a poco a la integración internacional del Estado franquista:

«Desde que nos hemos planteado —dice Legaz— el problema de la pertenencia a las comunidades europeas... *se es perfectamente consciente de las implicaciones jurídico-políticas de orden interno que ello comporta...* Hoy mucho de lo que se hace en nuestro país se hace con la mira puesta en la integración en esas comunidades y con el convencimiento de que, primariamente, *esa es la obligación política o una de las fundamentales obligaciones políticas que gravitan sobre España en estos momentos*» (38).

Por otro lado, la posición del «schmittiano» Alvaro d'Ors (39), partidario de la defensa española de una comunidad (cristiana) fuera del moderno orden mundial, posición que llevó a cabo a través de una interpretación «cristiana» de la distinción internacionalista schmittiana entre amigo/enemigo, es decir, en términos cristiano/no-cristiano; fiel/infiel:

«Pensar —dice d'Ors— que una asamblea de naciones que no se reconocen miembros de una comunidad moral superior, de una comunidad que consista en algo más que una serie de tópicos filantrópicos y cosmopolitas sin arraigo religioso; pensar, digo, que una tal asamblea puede llegar a concretar un sistema de principios que racionalmente se deriven del Derecho natural y le sirvan de complemento, es insistir en una vía ciega» (40).

Las barreras con que d'Ors entendía las relaciones internacionales no podían sino llevar, cada vez más, hacia la consolidación del aislamiento político de España. La contra-secularización en que se basaba la teoría del amigo/enemigo podía servir, eso sí, para poner al descubierto el carácter abstracto y homogeneizador del moderno Derecho internacional, pero, la *Teología política* (41) en la que d'Ors embarcaba a España era absolutamente ignorante de los efectos reales de la secularización moderna.

perficial» la tesis de d'Ors (LEGAZ: «La fundamentación del Derecho de gentes en Suárez», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. I, núm. 1, 1948, pág. 14).

(38) LEGAZ: «La primacía del Derecho de gentes sobre el Derecho interno como problema jurídico y político», *Revista de Política Internacional*, núm. 152, 1967, pág. 25. Subrayados míos.

(39) Recuérdese la dedicatoria de d'Ors a Schmitt en su obra, *De la guerra y de la paz*: «Carolo Schmitt —Clasissimo Viro— Gratius solvit amicus».

(40) ALVARO D'ORS: *Papeles del oficio universitario*, Ediciones Rialp, Madrid, 1961, págs. 307-308.

(41) Todavía en 1975 d'Ors continúa manteniendo su esperanza en una Teología jurídica y política para España. Sobre esto, véase A. D'ORS: «Teología política: una revisión del problema», *REP*, núm. 205, 1975.

2. *Decisión política, Teología política y Derecho natural*

El segundo concepto fundamental que estructura toda la obra de Schmitt es, sin duda alguna, la *decisión*. A partir de la decisión plantea Schmitt la crítica del Estado de Derecho y del positivismo jurídico. Además, referida a los *estados de excepción*, en los que la *norma jurídica* queda desbordada, la decisión se constituye en el *último argumento* de la Soberanía:

«En el caso excepcional es donde se ponen de manifiesto los dos elementos que se encuentran en todo orden jurídico: la norma y la decisión. *En el estado de excepción desaparece el Derecho, pero continúa el Estado; desaparece la norma, pero continúa la decisión*» (42).

En el anterior texto de Caamaño se contienen los dos aspectos de la decisión que serán tratados en el franquismo. *Primero*, la crítica del normativismo jurídico contenido en la noción de decisión que, en una situación política como la española después de 1939, pasa a ser una referencia inestimable para la evaluación de la crisis del Estado de Derecho y la democracia parlamentaria. *En segundo lugar*, el examen de la decisión en sí misma, es decir, caracterizada la decisión como lo que «continúa» una vez «desaparece el Derecho», se discutirá entre el sentido *existencial* o, por el contrario, *transcendental* con que había que dotar a la decisión política.

Ambos aspectos de la decisión eran fundamentales para la legitimación del Estado franquista. La crítica del Estado de Derecho, porque justificaba la «ruptura» de la legalidad republicana que se había dado por el Alzamiento nacional y la guerra civil. En cuanto al sentido de la decisión, porque sobre dicho sentido habría de fundarse la *legitimidad social* de todo el régimen franquista.

A) *La decisión y la crítica del normativismo jurídico*

El *primer aspecto* determinante de la decisión lo constituye la crítica del Estado de Derecho y del positivismo jurídico: «El concepto de decisión —señala Caamaño— es la antítesis del concepto de norma y el enemigo con quien se enfrenta, es el positivismo jurídico y el normativismo formalista de Kelsen y la Escuela de Viena» (43). La oposición de Schmitt al normativismo kelseniano cubre todos los frentes posibles de la teoría del Derecho y del Estado: «A la soberanía normativista

(42) JOSÉ CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, Porto y Cía. Editores, Santiago de Compostela, 1950, pág. 87 (subrayado mío). La obra de Caamaño, prologada por su maestro Legaz, es la más completa monografía sobre Schmitt durante el franquismo.

(43) CAAMAÑO: *ibidem*, pág. 85.

de Kelsen se opone la soberanía decisionista de Schmitt; al Estado de Derecho, estudios sobre la dictadura; a la “teoría general pura”, la teoría constitucional concreta. En cada problema se cruzan los aceros» (44).

En el marco de este enfrentamiento, la aportación de Schmitt a la *teoría general del Derecho* es valorada positivamente. La decisión está por encima de la norma tanto en el «momento legislativo» como en el de la «aplicación del Derecho». En el momento legislativo, porque la sociedad moderna ha dado paso al fenómeno de la «legislación motorizada». Esta forma de legislar actúa a través de decisiones concretas que son las *medidas* dejando de lado la creación de *leyes generales*: «El fenómeno de la “legislación motorizada”, estudiado por Schmitt —escribe Legaz—, complica aún más las cosas, porque *materias que tradicionalmente eran objeto de legislación formal* —y en el Estado de Derecho tenían que serlo— *son hoy objeto de “medidas” de organismos burocráticos dotados de poder irresistible*» (45). Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho, la necesidad de la decisión viene impuesta por la siempre insalvable distancia entre el carácter general de la norma y el caso concreto:

«No sólo al crear la norma —señala Caamaño—, también al aplicarla, surge la necesidad de la decisión. Una norma nunca se aplica por sí misma. La norma es una regla abstracta, general, que engloba y se refiere, de un modo indeterminado, a una serie de casos posibles. Pero es preciso una decisión que, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, lo declara comprendido bajo aquella regla general» (46).

Esta Teoría general del Derecho basada en la decisión deja también un espacio para la norma, pero se trata de un espacio determinado jerárquicamente por la decisión: «El Derecho —dice Caamaño— no puede reducirse a puras normas; hay en él otro elemento irreductible: la decisión» (47). La decisión, por tanto, y no la norma, está a la proa del *orden jurídico schmittiano*: «La cúspide del orden jurídico no es una norma hipotética, sino una “instancia decisoria suprema”» (48).

El otro motivo por el que la teoría schmittiana de la decisión tiene una buena acogida en el franquismo es porque establece un criterio de legitimación para el Derecho distinto del mero respeto de la *legalidad constitucional*. El mismo Legaz reconoce, en su *prólogo* a la obra de Caamaño, que él había utilizado a Schmitt para realizar la crítica a la Constitución de 1936: «No puedo desconocer lo que le debo (a Schmitt) en mis análisis de la situación constitucional española anterior a 1936, ni quiero tampoco olvidar que mi libro sobre Kelsen termina con una afirmación deci-

(44) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt», pág. 458.

(45) LEGAZ: «Legalidad y legitimidad», *REP*, núm. 101, 1958, pág. 13. Subrayados míos.

(46) CAAMAÑO: *EL pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, pág. 86.

(47) CAAMAÑO: *Ibidem*, pág. 88.

(48) CONDE: *Introducción al Derecho político actual*, págs. 196-197.

sionista» (49). Sin embargo, será en la *valoración* de la naturaleza de la decisión cuando aparezcan las discrepancias con Schmitt. Pues, la decisión schmittiana, eficaz para realizar la crítica del Estado de Derecho, necesitaba «ciertas correcciones» para ser admitida en el campo conceptual del Estado franquista, que acogió las ideas del iusnaturalismo católico para legitimarse políticamente.

B) *El decisionismo schmittiano ante el Derecho natural católico*

En el pensamiento schmittiano la *decisión* tiene el valor de *lo absoluto*. Al menos expresamente, la decisión schmittiana no remite a ningún *valor superior* y tampoco se constituye en instrumento de realización de un Derecho natural: «En la práctica —señala Schmitt—, lo mismo da no estar sujeto a error que no poder ser acusado de error; *lo esencial es que ninguna instancia superior pueda revisar la decisión*» (50). Para Schmitt, la decisión tiene un marcado sentido *existencial* con ausencia de una referencia expresa a criterios de valor: «Hay que confesar —dice Caamaño—, que al carecer de raigambre metafísica, al no obedecer a normas superiores que la orienten y le den sentido, al no dirigirse a la realización de valores éticos —cosas todas que sólo el Derecho natural podría darle—, *la decisión se mueve en el vacío y no puede brindarnos ningún criterio absoluto de verdad o de justicia*» (51). El sentido existencial que da Schmitt a la decisión hace que ésta se aleje de la órbita del Derecho natural, afirmándose con características tan positivistas como la *Grundnorm* kelseniana. A pesar de lo justo de la crítica de Schmitt al normativismo kelseniano (52), éste terminaría por sustituir el positivismo de la norma por el de la decisión, oponiendo a «la pura norma lógica a la decisión también pura y simple» (53). La crítica del concepto de *decisión existencial* es compartida por los autores españoles. El carácter absoluto con que se presenta la decisión en Schmitt se considera una trasgresión de las *verdades trascendentales* a cuyo servicio debe ponerse la decisión: «La mera existencia —dice Sánchez Agesta— carece de un valor en sí, si no está al servicio de verdades que la trascienden» (54). Desde esta misma perspectiva *iusnaturalista* interrogará Conde a la decisión schmittiana:

«¿En qué consiste esa voluntad, ese poder? ¿Es acaso un elemento inmanente a la

(49) CAAMAÑO: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, prólogo de Legaz, pág. 12. Paréntesis mío.

(50) SCHMITT: «Teología política», *Estudios Políticos*, Cultura Española, Madrid, 1941, pág. 95. Subrayado mío.

(51) CAAMAÑO: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, pág. 108. Subrayado mío.

(52) «Con ayuda del concepto de decisión pone Schmitt de manifiesto, con notable evidencia, la profunda contradicción que se encierra en el positivismo kelseniano» (CAAMAÑO, *op. cit.*, pág. 106).

(53) CAAMAÑO: *ibidem*, pág. 108.

(54) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt», págs. 464-465.

norma o trascendente a ella? Si viene de fuera, si “se añade” a la norma, ¿de dónde viene?... ¿De dónde viene la decisión? ¿De la nada? La decisión “pura” es una construcción fantástica equiparable a la norma “pura”» (55).

Admitiendo los fundamentos iusnaturalistas de la teoría del Derecho reivindicada durante el franquismo (56), resultan lógicas las críticas a la decisión schmittiana. Pues, si para la crítica del positivismo normativo Schmitt es imprescindible, para la afirmación del Derecho natural los conceptos schmittianos parecen ser demasiado polémicos. Ahora bien, existe una razón específicamente española que acabaría por explicar el interés prestado durante el franquismo a la decisión schmittiana. Se trata del tradicionalista Donoso Cortés, el autor que, según Schmitt, planteó por primera vez la importancia de la *decisión política*.

C) Donoso Cortés: teórico de la «decisión soberana»

El pensamiento de Juan Donoso Cortés había pasado casi inadvertido desde el éxito de su *Discurso sobre la dictadura* pronunciado en las Cortes Españolas el 4 de enero de 1849. En este discurso Donoso defendía la dictadura política del general Narváez, quien había levantado las garantías constitucionales ante la posibilidad de que se extendieran hacia España los acontecimientos revolucionarios que conmocionaron Europa en 1848. Con la política de la Restauración y la temprana muerte de Donoso en 1853, el olvido de su pensamiento sólo será redimido por la erudición de Orti y Lara, editor en 1904 de sus obras completas, su dudosa influencia en el carlista Juan Vázquez de Mella o por el enciclopedismo de Marcelino Menéndez y Pelayo y Eugenio d'Ors.

Este olvido de Donoso contrasta con la importancia que, sobre todo desde 1927, va a dar Schmitt a la teoría política del marqués de Valdegamas, «figura importante del pensamiento europeo»; comparable a Kierkegaard; más agudo que De Maistre (57). En fin, no cabe hoy pensar en Donoso sin su reivindicación schmittiana como el gran teórico de la *dictadura*. Asimismo, no podía quedar en el olvido para el Estado franquista un autor, religioso, español y tradicionalista, en cuyo pensamiento se afirmaba que «cuando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura» (58). Esta coincidencia de Donoso con la práctica del Estado franquista llevó a Legaz, en 1939, a pedir su rehabilitación: «La fe donosiana

(55) CONDE: *Introducción al Derecho político actual*, pág. 202.

(56) A nivel legal-constitucional, el artículo sexto del *Fuero de los españoles* (1945), establecía la oficialidad estatal de: «la profesión y la práctica de la religión católica». El *Fuero del Trabajo* (1938), declaraba que: «El derecho de trabajar es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios» (*Declaración*, I.3).

(57) Cfr. SCHMITT: *La interpretación europea de Donoso Cortés*, Rialp, Madrid, 1952, págs. 62-63.

(58) DONOSO CORTÉS: «Discurso sobre la dictadura», contenido en *Obras Completas de Donoso Cortés*, tomo II, Editorial Católica, Madrid, 1946, pág. 188.

en la verdad sólo puede ser fuente de salvación para los pueblos. ¡Genial pensador, por eso, Donoso Cortés, cuya figura urge revalorizar en estos momentos decisivos de España!» (59). Nació así la instrumentación «fascista» de Donoso Cortés, un pensador contrarrevolucionario que planteaba como salida al liberalismo y al socialismo decimonónico, *no* la vuelta a la Monarquía hereditaria de «derecho divino», *sino* la dictadura política. Al menos esta fue la interpretación de Schmitt.

En efecto, considerar a Donoso un pensador *decisionista* significa hacerlo partidario de una teoría política que tiene en la decisión su *última explicación*. Esta fue, según Schmitt, la tarea que correspondió a los teóricos de la contrarrevolución: De Maistre, De Bonald, Donoso. Pusieron tanto énfasis en defender que se estaba en una época que exigía una decisión política inapelable, que revistieron a «la decisión» con los antiguos atributos de origen divino de la «legitimidad dinástica» de la que partían:

«La significación actual —dice Schmitt— de los filósofos contrarrevolucionarios del Estado radica en la lógica consecuente con que se deciden. *De tal modo subrayan el factor decisión que éste termina por anular la idea de legitimidad*» (60).

De entre todos los filósofos de la contrarrevolución, Donoso llevará hasta el extremo este «entronamiento» de la *decisión* en detrimento de cualquier otro criterio de legitimidad política. Para Schmitt, ni el liberalismo ni la monarquía constituían ya a los ojos de Donoso formas de gobiernos a la altura de la época:

«Tan pronto como Donoso Cortés —dice Schmitt— advierte que la época de la monarquía ha terminado, porque ya no hay reyes y ninguno de ellos tendría valor de serlo sino por la voluntad popular, *lleva su decisionismo a una conclusión; es decir, pide una dictadura política*» (61).

D) *La recuperación franquista de Donoso Cortés: entre la dictadura schmittiana y el legitimismo monárquico*

Al igual que ocurría con la idea existencial de la decisión, la interpretación *decisionista* de Donoso (62) dejaba de lado el fondo religioso e iusnaturalista que para la teoría política franquista era importante resaltar: «La decisión en Donoso —dice Sánchez Agesta— no surge de la nada, sino de la verdad» (63). La decisión, por otro

(59) LEGAZ: *Introducción a la Teoría del Estado Nacional Sindicalista*, págs. 112-113.

(60) SCHMITT: *La interpretación europea de Donoso Cortés*, pág. 93. Subrayado mío.

(61) SCHMITT: *ibidem*, pág. 93. Subrayado mío.

(62) «El decisionismo de Donoso es la interpretación que a su pensamiento político da Schmitt» (LEGAZ: «La idea del Estado en Donoso y Vázquez de Mella» [1944], contenido en *Horizontes del pensamiento jurídico*, Bosch, Barcelona, 1946, pág. 322. Subrayado mío).

(63) SÁNCHEZ AGESTA: «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt», pág. 464.

lado, era la instancia principal de legitimación del Movimiento Nacional y del franquismo en general (64), pero su descripción existencial schmittiana era insuficiente, excesivamente pragmática y falta de espiritualidad. En Donoso, en cambio, se podía encontrar esa *mezcla* de espiritualidad y pragmatismo que necesitaba el tipo de decisión del Estado franquista. La tarea no era difícil, pues la ambigüedad del pensamiento donosiano permitía concebir la «decisión política» a través de su paralelismo con la *voluntad soberana de Dios*:

«Toda afirmación relativa a la sociedad o al gobierno —señala Donoso— supone una afirmación relativa a Dios, o lo que es lo mismo, que toda verdad política o social se convierte forzosamente en una verdad teológica» (65).

Esta afirmación de Donoso se interpretó como la superación del decisionismo, ya que la «decisión política» no se justificaba *por sí misma*, sino por ser trasunto directo de la voluntad de Dios: «La decisión última de Donoso —dice Legaz— es, más que política, religiosa, y esa decisión paraliza su decisionismo» (66). En el mismo sentido, Corts Grau considera que en Donoso: «En toda cuestión política va implicada una cuestión teológica» (67). Para Caamaño, se encuentra en Donoso una relación constante entre decisión y juicio divino: «El decisionismo de Donoso le lleva constantemente a invocar el argumento soberano de la suprema e inapelable decisión: el Juicio Universal» (68).

Como resulta evidente, esta *teologización* de la decisión donosiana tenía como objetivo inmediato contribuir a legitimar la política franquista, imposibilitada como estaba para acudir a expedientes de legitimación *legal-constitucionales* o *monárquico-hereditarios*. Solamente la *sublimación* de la «decisión política» justificaba la calificación de la guerra civil como «Guerra Santa» y el *caudillaje político* como mejor forma de gobierno. Pero, por esto mismo, el Estado franquista no debía alejarse demasiado del decisionismo y, por tanto, de Schmitt. Porque una interpretación excesivamente tradicional y religiosa de Donoso, opuesta frontalmente a la idea decisionista, podía dar alas a considerar la *Monarquía hereditaria* como la única forma de gobierno restauradora de la tradición política católica.

(64) «El Fuero del Trabajo —afirma Legaz— es el primer documento en el que se expone la *decisión —adoptada por el titular del Poder constituyente—* de que España sea un Estado “nacional”, en cuanto es instrumento totalitario al servicio de la integridad patria, y sindicalista, en cuanto representa una reacción contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista» (LEGAZ: «El Fuero del Trabajo como fuente del Derecho», *Revista de Trabajo*, núm. 5, marzo 1940, pág. 194).

(65) DONOSO CORTÉS: *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, tomo II, pág. 349. Subrayado mío.

(66) LEGAZ: «La idea del Estado en Donoso Cortés y Vázquez de Mella», pág. 322.

(67) JOSÉ CORTS GRAU: «Perfil actual de Donoso Cortés», *REP*, enero-abril 1945, pág. 98.

(68) CAAMAÑO: *El pensamiento jurídico-político de Carl Schmitt*, pág. 114. «La decisión tiene tras de sí —dice Caamaño—, un mundo de valores absolutos en el cual descansa y a cuyo servicio se pone» (pág. 115).

En efecto, el «Régimen de Franco», desde el punto de vista de la tradición política católica, suponía una *ruptura* con la línea católica tradicional ligada secularmente a la institución monárquica. Como es sabido, esta contradicción del franquismo estuvo presente antes de plantearse en los años sesenta como problema sucesorio a Franco. El grupo monárquico que apoyó el Movimiento Nacional había perdido en los años cuarenta la oportunidad de restaurar la monarquía en la persona de don Juan y, con el referéndum de 1947, Franco «legitimó» plebiscitariamente su poder. Así pues, los monárquicos que sobrevivían gracias a las contradicciones de las distintas «familias» franquistas, Rafael Calvo Serer, Angel López-Amo, Fernández de la Mora, Sevilla Andrés, se encargaron de la interpretación más tradicional y nada decisionista de Donoso. Para este grupo monárquico, que trabajará alrededor de la revista *Arbor* y la editorial *Rialp*, Donoso jamás separó el ejercicio de la dictadura de la legitimidad monárquica, considerada como la verdadera legitimidad tradicional: «No estaba en él —dice López-Amo— separada la dictadura de la legitimidad» (69). Esta continuidad entre dictadura y legitimidad en Donoso tenía dos efectos principales:

Uno. Que frente al requerimiento schmittiano de que lo importante es la decisión *en sí misma*, una decisión que no razona, ni discute, ni se justifica, para López-Amo: «Importa sobre todo *quién decide*. Y esto es esencialmente legitimidad, no dictadura» (70).

Dos. Que siendo lo más importante determinar la *persona* que debe decidir, no existencialmente, sino justificadamente, de acuerdo con los planes de Dios: «A nuestro criterio —señala Sevilla Andrés—, para Donoso es legítima *la dictadura de la monarquía*» (71). Y, al menos para Calvo Serer, quedaba claro que se trataba de «la Monarquía tradicional, la verdadera monarquía» (72).

La lectura monárquica de Donoso no se centraba en la decisión política sino en la *Monarquía hereditaria*. La «decisión» quedaba supeditada a la legitimidad dinástica y anulada como criterio principal de legitimación. Sin duda era la interpretación más contraria a la idea decisionista schmittiana, pero también a la posición política del franquismo que no podía admitir la legitimidad monárquica tradicional. De ahí nuestra anterior afirmación: «La teoría política del franquismo no debía alejarse demasiado del decisionismo schmittiano, manteniéndose, en todo caso, como una crítica del sentido existencial de la decisión.» Esta parecía ser la posición que adoptó Díez del Corral.

En su estudio sobre *El liberalismo doctrinario*, cuya primera edición es de 1945, Díez del Corral considera que, desde el punto de vista religioso, es imposible ver a Donoso como un autor decisionista: «Tomar a Donoso como modelo de decisio-

(69) ANGEL LÓPEZ-AMO: «Prólogo» (*Interpretación europea de Donoso Cortés*, de CARL SCHMITT), pág. 18.

(70) LÓPEZ-AMO: *ibidem*, pág. 19.

(71) DIEGO SEVILLA ANDRÉS: «Donoso Cortés y la dictadura», *ARBOR*, núm. 85, 1953, pág. 72.

(72) RAFAEL CALVO SERER: *España, sin problema*, Rialp, Madrid, 1949, pág. 70.

nismo es jugar con una equívoca significación del término a todas luces impropio. Si se parte del orden católico, es de todo punto impropio hablar de verdadera decisión; no puede “decidirse” el orden que por principio es superior a toda determinación humana y tan sólo exige “adhesión”» (73). Pero concuerda con Schmitt en que para Donoso la época de las monarquías había pasado: «La consideración de Donoso como antilegitimista y antimonárquico, según ocurre en un determinado sector del pensamiento político reciente, tiene ciertos aunque parciales fundamentos» (74). Esta desvinculación entre religión y monarquía, obliga a Díez del Corral a admitir la existencia de un «cierto decisionismo donosiano»: «Pero si no es posible considerar a Donoso como verdadero decisionista, tal pretensión, sin embargo, se encuentra fundada en un *cierto decisionismo de Donoso*» (75).

Por último, como colofón a las distintas interpretaciones de Donoso, Fernández-Carvajal quiso ver en Donoso una «superposición de tradicionalismo y de actitud existencial», lo cual es síntoma definitivo de cómo la *ambigüedad* del propio Donoso se recubrió, a su vez, con la ambigüedad del propio franquismo en la valoración de la *decisión política*. En este sentido, el siguiente texto de Fernández-Carvajal es paradigmático:

«Esta superposición de tradicionalismo y de actitud existencial *avant la lettre* es típica de Donoso y lo ilumina con una luz doble. En riguroso paralelismo con ella debe verse la *superposición de su fe monárquica y de su admiración por los dictadores y por las individualidades excelsas*. En cuanto tradicionalista, Donoso cree que la verdad es algo que la sociedad actual debe recibir del depósito de la historia; en cuanto “pensador existencial” (tómese esta calificación, no hay que decirlo, *cum grano salis*), Donoso cree que la verdad es algo que el “hombre fuerte” debe descubrir y asumir» (76).

III. DE LA INTERPRETACION FRANQUISTA A LA LECTURA DE CARL SCHMITT DURANTE LA TRANSICION POLITICA ESPAÑOLA

Los autores vinculados al Estado franquista habían dado por buena la crítica schmittiana al Estado de Derecho, centrando sus esfuerzos en una rectificación iusnaturalista del «existencialismo» de Schmitt. La nueva lectura que se inicia ya en los años sesenta, por el contrario, tendrá como objetivo fundamental la *revisión de la crítica de Schmitt al Estado de Derecho y a la democracia*. Como apuntaría Jesús Fueyo, un autor a mitad de camino entre la interpretación franquista y la nueva lectura de Schmitt, el pensamiento schmittiano habría de sobrevivir a su vinculación totalitaria:

(73) LUIS DíEZ DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*, CEC, Madrid, 1984, pág. 583.

(74) LUIS DíEZ DEL CORRAL: *ibidem*, pág. 588.

(75) LUIS DíEZ DEL CORRAL: *ibidem*, pág. 584.

(76) RODRIGO FERNÁNDEZ-CARVAJAL: «Las constantes de Donoso Cortés», *REP*, núm. 95, 1957, pág. 106. Subrayado mío.

«Para mi entender —dice Fueyo—, la mejor explicación de la mala fama —el prestigio crítico de Schmitt como doctrinario del Estado Total— radica en que este hombre, como todos los pensadores de genio, han obligado a discurrir mucho más a sus enemigos que a sus discípulos. No creo que, con rigor, se pueda llamar nadie schmittiano» (77).

En un trabajo de 1962, Alfredo Gallego Anabitarte, consideraba que la crítica de Schmitt a la Constitución de Weimar no estaba fundada en criterios científico-jurídicos, sino en un posicionamiento político de Schmitt contrario al Estado de Derecho que le llevó a «violar» la Constitución: «El primero en “violiar” la Constitución —dice Gallego Anabitarte— fue Schmitt con su interpretación del famoso artículo 48-II de la Constitución de Weimar, aquella disposición que otorgaba al presidente de la República para dictar “medidas” oportunas en caso de estado de excepción» (78). Para la doctrina franquista no había planteado problema alguno la crítica de Schmitt al Régimen de Weimar. Si se discrepaba con Schmitt era, según hemos expuesto, por otras razones, nunca por sus críticas al normativismo y al parlamentarismo de Weimar. Luego, la apertura del debate sobre los aciertos y los errores de Schmitt en la crítica del Estado de Derecho de Weimar no pertenece a la *problemática* que se defendía durante el franquismo, sino que era el comienzo de una lectura de Schmitt hecha por la oposición al régimen de Franco.

En efecto, para esta «nueva» lectura no tiene ya importancia alguna los temas que preocuparon durante el franquismo: la naturaleza ontológica de la oposición amigo/enemigo o la «verdad» iusnaturalista de la decisión. En adelante, lo que interesa es determinar si los análisis de Schmitt tienen un fundamento *científico* o si, por el contrario, son una mera proyección *ideológica*. Así, de nuevo Gallego Anabitarte, observa que en la obra de Schmitt hay un error metodológico de base consistente en la utilización de *categorías investigadoras*, necesariamente abiertas y polémicas, como si fueran *categorías dogmáticas*:

«Toda la obra de Schmitt —señala Gallego Anabitarte— está caracterizada por una confusión constante entre pensar dogmático y pensar investigador, lo cual se basa en una incorrecta concepción de la relación norma-realidad, en la que el elemento normativo pierde toda su propiedad» (79).

Este desprecio por el elemento normativo es lo inaceptable de Schmitt desde esta perspectiva. Si bien, como ha visto Joaquim Bisbal, la dedicación de Schmitt al

(77) JESÚS FUEYO ALVAREZ: «Carl Schmitt y la dignidad del pensamiento político», contenido en *La época insegura*, Ediciones Europa, Madrid, 1962, pág. 176.

(78) ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: «Sobre el comentario constitucional», *REP*, núm. 121, 1962, pág. 151.

(79) ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: *Constitución y política* (4. KARL LOEWENSTEIN y CARL SCHMITT), publicado en 1965 como *Apéndice* a KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, citado por la edición de la Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pág. 589.

estudio de los estados de excepción normativa (*innormales*, los llama Bisbal) permite una «posibilidad metodológica» que enriquece la comprensión del Estado de Derecho. Pero Schmitt, por su parte, no lo vio así, utilizando los *estados innormales* para un ataque frontal al Estado de Derecho: «Schmitt —dice Bisbal— *no explica la realidad conflictual que descubre, sino que elimina el problema, voceándolo con toda su fuerza al hacer la apología de la decisión*» (80). Añadiendo Bisbal a continuación que: «En España, la apología de la *decisión* ha ocultado las posibilidades del método de Schmitt» (81). Este es el temor ante Schmitt y su recepción durante el franquismo: la falta de respeto por la realidad normativa del Estado de Derecho.

Similares argumentos se repetirán años más tarde (ya en el periodo de legalidad constitucional posterior a 1978, pero todavía dentro del ambiente de la transición política), cuando García de Enterría, en polémica con Lucas Verdú, acusó a los profesores españoles de Derecho político de «schmittianismo» (82), expresión con la que les hacía herederos de la concepción política anti-formalista de la Constitución que había justificado el «régimen franquista»:

«El influjo del primer Schmitt —dice Enterría—, declarado o latente, dejó en nuestros profesores de Derecho político... la idea larvada de que el Derecho constitucional tradicional había hecho crisis definitiva y de que sus juristas representativos, aquellos con los que Schmitt ejerció su crítica acerba..., carecían de toda entidad para ser siquiera estudiados con alguna atención» (83).

Esta acusación de García de Enterría ha de ser entendida como un rechazo a la influencia que la teoría de Schmitt tuvo bajo el franquismo. Para García de Enterría la crítica de Schmitt al Estado de Derecho no es la de un jurista que utiliza el método jurídico para sostener sus ideas, sino la de un politólogo conservador:

«Es la crítica conservadora al sistema de la justicia constitucional; no de un conservadurismo cualquiera, simplemente inercial o sostenedor de *statu quo* utilitario y sórdido, sino de “la revolución conservadora” y aristocrática, que con su desdén altivo

(80) JOAQUÍN BISBAL MÉNDEZ: «Ideología y científicidad en el decisionismo de Carl Schmitt», *Sistema*, núms. 17-18, 1977, pág. 158.

(81) JOAQUÍN BISBAL MÉNDEZ: *ibidem*, pág. 158. En los mismos términos que BISBAL, también, GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: «Crisis, decisión y excepción: Carl Schmitt como pretexto», *Negaciones*, núm. 2, 1976: «Schmitt sirvió de fuente de inspiración a los teóricos españoles del Nuevo Estado nacional-católico-conservador-autoritario.»

(82) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 15, otoño 1982, pág. 11.

(83) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 25. A esta crítica respondió Lucas Verdú acusando a su vez a García de Enterría de utilizar contra los profesores de Derecho político la idea schmittiana del amigo/enemigo [LUCAS VERDÚ: «El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La “ideología constitucional” del profesor García de Enterría)», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 13, primavera 1982, pág. 24. También recogido en *Curso de Derecho político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 97].

al orden burgués... y su caída final en el decisionismo dictatorial, falsamente heroico (simplemente violento), concluye abiertamente en el fascismo» (84).

Pero la valoración excesivamente negativa de todo lo «schmittiano» no va a ser la tendencia dominante, al menos en lo que se refiere a la teoría constitucional y la Filosofía del Derecho. Pasado el momento «problemático» de la transición política española, en la que resultaba adecuada la ecuación Schmitt = fascismo, va a fraguar cada vez más la tendencia que admite que también a la democracia le afectan los problemas de la decisión política y la conflictividad social. Como advierte Pedro de Vega, a Schmitt no se le puede acusar de haber puesto de manifiesto la existencia de «situaciones críticas para la Constitución» (85). Porque, con independencia de Schmitt, la crisis de *lo jurídico* nos aparece como: «Una contradicción interna, prácticamente insalvable, entre la esencia de lo político y la esencia de lo jurídico» (86).

IV. LA RELEVANCIA ACTUAL DEL PENSAMIENTO SCHMITTIANO

A partir de los años ochenta vuelve el interés por Schmitt. La consolidación de la democracia constitucional en España permite una doble atención al pensamiento schmittiano. Por una parte, se apela a Schmitt para la comprensión de aspectos parciales de la teoría y la crítica constitucional. Por otra, se podría estar produciendo una *recuperación política* de Schmitt, similar a la que se realiza en Italia desde finales de los años setenta.

1. *La utilización de Schmitt en aspectos parciales de la teoría y la crítica constitucional*

Son principalmente tres las llamadas «aportaciones técnicas concretas» (87) de la teoría jurídica schmittiana en las que se han centrado la doctrina española: 1. La crítica de Schmitt a la justicia constitucional; 2. Las relaciones entre Parlamento y Ejecutivo; 3. La teoría schmittiana de las «garantías institucionales».

A) *La crítica de Schmitt a la justicia constitucional*

En el debate doctrinal sobre el Tribunal Constitucional español se tuvo en cuenta

(84) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pág. 163.

(85) PEDRO DE VEGA GARCÍA: «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *REP*, núm. 7, 1979, pág. 98.

(86) PEDRO DE VEGA GARCÍA: *ibidem*, pág. 114.

(87) JOSÉ EUGENIO SORIANO: «Breve reflexión sobre Carl Schmitt», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, 1985, pág. 275.

la tesis de Schmitt sobre la custodia de la Constitución. Según Schmitt el Tribunal que tiene que decidir sobre la validez o invalidez de las leyes deja de ser un Tribunal de Justicia, cuya función es exclusivamente aplicar la ley, y se convierte en una instancia político-legislativa, en una «*Cámara Alta* o bien en una *segunda primera Cámara*» (88). Tener en cuenta esta crítica al Tribunal Constitucional kelseniano no llevaba aparejado aceptar la solución que dio Schmitt en la República de Weimar: dejar en manos del presidente del Reich elegido plebiscitariamente la decisión sobre las cuestiones constitucionales. Esta solución se basaba en la supuesta legitimidad *neutral* del presidente elegido directamente por el pueblo, mientras que dotar a un Tribunal de la capacidad de decidir en última instancia sobre la Constitución rompía con la estructura de la división de poderes en favor del Poder Judicial (89).

Así, para Pedro de Vega, la crítica de Schmitt respecto de la posible politización de la justicia constitucional debía servir únicamente para reflexionar sobre la legitimidad y coherencia democrática del Tribunal Constitucional, nunca para disolver el sistema de justicia constitucional: «Ahora bien —dice Pedro de Vega—, que la crítica a la obra de Kelsen termine convirtiéndose en crítica política y negación trascendente del sistema, al introducir la figura del presidente del Reich como defensor de la Constitución, *no significa en modo alguno que las afirmaciones y la crítica de Schmitt*, en cuanto crítica immanente del sistema, en la que se denuncian las posibles incoherencias y arbitrariedades de la justicia constitucional, sin que ello suponga la negación de los valores y estructuras que con la misma se pretenden amparar, *carezca en absoluto de validez*» (90).

B) *Las relaciones entre Parlamento y Ejecutivo: Ley, Medida y Decreto-ley*

Por lo que se refiere a la crítica del parlamentarismo utilizando argumentos schmittianos, la encontramos en Luis Sánchez Agesta. Este viejo conocedor de Schmitt acude a la descalificación de la *discusión parlamentaria*, tan propia de Schmitt, no para optar por el Ejecutivo, sino para abrir el Parlamento, en claro gesto organicista, a la sociedad y a los medios de comunicación: «El Parlamento —dice Sánchez Agesta— se convertirá así en un verdadero foro nacional, al margen de

(88) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pág. 161.

(89) Para un examen del debate en la República de Weimar entre Schmitt y Kelsen sobre quién debía ser el guardián de la Constitución, véase JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 229-234.

(90) PEDRO DE VEGA GARCÍA: «Prólogo» a la obra de Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 20 (subrayado mío). Con el mismo enfoque, Pedro de Vega también ha utilizado la obra schmittiana en su libro, *La reforma constitucional y el problema del poder constituyente* (Tecnos, Madrid, 1985), especialmente en el análisis del «quebrantamiento y suspensión de la Constitución», págs. 166-175.

los caprichos o los acuerdos detrás de la cortina de los oligarcas de los partidos de gobierno y de la oposición» (91). Desde otra perspectiva, Manuel Aragón sugiere una lectura de los textos contra el Parlamento de Schmitt como exponentes de una época de la historia de Europa que hoy puede volver a interrogarnos: «Supone, por una parte, sumergirse en el pasado, en una época crispada y agónica como fue la de los años veinte en Alemania y, por otra parte, preguntarse, inevitablemente, si superada ya, por fortuna, aquella situación siguen, no obstante, perviviendo algunas de aquellas ideas» (92).

Señalando la preeminencia de *Ejecutivo* en Schmitt, Germán Gómez Orfanel avanza la hipótesis de la influencia del concepto schmittiano de *medida* (*Massnahme*) y *ley-medida* (*Massnahmegesetz*) en la práctica del Estado social (93). El concepto de *medida* fue concebido por Schmitt dentro de su crítica al Estado legislativo y en favor del Estado administrativo (94). Las medidas y las leyes-medidas, según el examen de Gómez Orfanel, no pretenden sustituir a las leyes generales de creación parlamentaria, pues su eficacia se limita a la consecución de un *fin concreto* no generalizable: «Por consiguiente —dice Gómez Orfanel citando a Menger—, la ley-medida será “un precepto jurídico en el que el legislador agrupa en un supuesto de hecho un conjunto de circunstancias limitado temporal y/o cuantitativamente, con la intención de someterlo a una consecuencia jurídica puramente finalista”» (95). Este tratamiento específico y desigual de los casos (*Einzelfall*) que se obtiene gracias al carácter material de las medidas y leyes-medidas, frente a la naturaleza abstracta y necesaria generalidad de la ley, llevan a Gómez Orfanel a plantear «la cuestión de la posible continuidad entre las aportaciones de Schmitt en una época de crisis y su influencia en los modernos Estados sociales» (96).

Por último, en la figura jurídica del Decreto-ley, Marc Carrillo encuentra en Schmitt a uno de los grandes defensores de esta fórmula legislativa que otorga a las decisiones del Jefe del Estado el rango de *ley formal*: «La decisión del Jefe del Estado traducida en una norma jurídica que podía tener el rango de ley, nacía —según Schmitt— de una concepción democrática del Estado entendido como unidad indi-

(91) LUIS SÁNCHEZ AGESTA: «Sobre la crisis del régimen parlamentario en Carl Schmitt», *REP*, núm. 64, 1989, pág. 15.

(92) MANUEL ARAGÓN: «Estudio preliminar» a los textos de Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 32.

(93) GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 238-248.

(94) «El Estado administrativo —señala Schmitt— puede apelar a la necesidad objetiva, a la situación real, a la fuerza coercitiva de las relaciones, a las necesidades de la época y a otras justificaciones no basadas en normas, sino en situaciones fácticas. En consecuencia, el Estado administrativo encuentra su principio existencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de *medidas*, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales, al contrario que el Estado legislativo, que busca su justificación en la elaboración de las normas» (*Legalidad y legitimidad* [1932], citado por la edición española, Aguilar, Madrid, 1971, pág. 13).

(95) GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: *ibidem*, pág. 240.

(96) GERMÁN GÓMEZ ORFANEL: *ibidem*, pág. 33.

visible» (97). El problema que plantea Schmitt, a juicio de Marc Carrillo, es que la atribución de crear leyes al Ejecutivo, en concreto al Jefe del Estado elegido plebiscitariamente, no tiene limitación jurídica alguna en la teoría schmittiana. De ahí que en el proceso de constitucionalización del Decreto-ley la posición de Schmitt constituye la variante extrema, pudiéndose llegar a sostener una idea sustancial de Constitución como la que llevó al nacionalsocialismo alemán.

Pero el criterio de la eficacia en la toma de decisiones políticas ha hecho que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial adopten la fórmula del Decreto-ley: «La racionalización —dice Marc Carrillo— se ha expresado en una dirección netamente favorable al Ejecutivo. Uno de los argumentos utilizados para justificar este resultado ha sido la necesaria e imprescindible eficacia en la toma de decisiones políticas que el Parlamento, por su propia naturaleza y funcionamiento, no puede asumir» (98). Ahora bien, en el proceso de constitucionalización del Decreto-ley, éste ha de quedar sometido al control parlamentario, presenta limitaciones de carácter material para legislar por Decreto-ley, así como la restricción para su utilización «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», lo que distingue al Decreto-ley constitucional del «Decreto-ley schmittiano» (99).

C) *La teoría schmittiana de las «garantías institucionales»*

Los recientes estudios sobre las garantías institucionales concuerdan en atribuir a Schmitt esta expresión (100). Para corroborar esta paternidad schmittiana, escogemos el último trabajo sobre el tema de Alfredo Gallego Anabitarte en el que también encontramos una primera definición de la garantía institucional:

«La doctrina de Schmitt ha tenido efecto en la Ley Fundamental de Bonn... y también en órdenes jurídico-constitucionales como el español. La teoría de las garantías institucionales... ha tenido como fin afirmar rotundamente que el legislador tiene libertad para regular derechos e instituciones consagrados en la Constitución, pero que

(97) MARC CARRILLO: «El Decreto-ley: ¿excepcionalidad o habitualidad?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 11, 1987, pág. 57.

(98) MARC CARRILLO: *ibidem*, pág. 62.

(99) MARC CARRILLO se refiere en concreto a los requisitos de la Constitución española de 1978 para legislar por Decreto-ley: 1) Control parlamentario (art. 86, párrafos 2 y 3 CE); 2) limitaciones materiales del Decreto-ley: «no podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las CCAA, ni al derecho electoral general» (art. 86.1 CE); 3) el hecho habilitante del Decreto-ley es siempre una situación de extraordinaria y urgente necesidad (art. 88.1 CE).

(100) «CARL SCHMITT en su *Verfassungslehre* (1928), emplea expresamente la categoría *garantía institucional*, cuyo contenido y significado se establecen en contraposición a los de *derecho de libertad*» (JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 86).

esa discrecionalidad legislativa tiene un límite: mantener la estructura fundamental de la institución correspondiente» (101).

Dentro de la obra schmittiana, las garantías institucionales pertenecen a la etapa en que Schmitt corrige su «decisionismo jurídico» a través de la teoría de raíz institucionalista de los *órdenes concretos*. De ahí que Schmitt utilizara las garantías institucionales para justificar la permanencia ante el legislador de Weimar de determinadas instituciones tradicionales germanas: mantenimiento de las Facultades de Teología; el estatuto de corporaciones de Derecho público de las comunidades religiosas, etc. (102).

Pero la relevancia actual de las garantías institucionales se debe a su utilización como *complemento de protección de los derechos fundamentales*. Este complemento de protección significa que, conjuntamente con la protección específica de los derechos públicos subjetivos (art. 53 de la CE), se defiende el mantenimiento y promoción por parte del legislador de las *instituciones o Institutos*, públicos o privados, en los que tales derechos fundamentales se desarrollan y adquieren contenido: la propiedad privada; el matrimonio y la familia; la libertad de ciencia; la libertad de expresión; la función pública, etc. Mientras que para Schmitt, en su etapa de la República de Weimar, era al contrario: las garantías institucionales constituían la base de la garantía de los derechos subjetivos de los miembros de la institución, ya que los derechos subjetivos no eran alegables «en sí mismos» ante cualquier actuación del Legislativo:

«La garantías institucionales pueden quedar como una categoría dogmática que explica que las Constituciones no sólo reconocen derechos públicos subjetivos, sino que también aseguran la pervivencia de ciertas instituciones. Pero la contraposición derecho fundamental-garantía institucional, coherente en la posición de Schmitt, carece de sentido cuando, de un lado, los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto, encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea: la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador» (103).

No podemos detenernos aquí en la controversia doctrinal sobre la pertinencia o no de conectar los derechos fundamentales con las garantías institucionales (104).

(101) ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 17.

(102) Véase PABLO LUCAS VERDÚ: «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal», *REP*, núm. 64, 1989, págs. 78-81.

(103) JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 170.

(104) Sobre esta polémica doctrinal en la que siempre aparece la referencia schmittiana, además de los textos ya citados en este apartado, véase PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los dere-

Aunque parece sería la advertencia de Gallego Anabitarte: «El aspecto negativo que esto puede tener, al hacer predominar los intereses de la comunidad sobre el carácter principalmente de libertad individual de los derechos fundamentales» (105). Pero, en todo caso, lo que resulta evidente es el sentido «organicista» que está presente en la utilización de las garantías institucionales como freno al poder del legislativo y consolidación del *statu quo*.

2. *El peligro de una recuperación política de Schmitt: ¿existe una «derecha» y una «izquierda» schmittiana?*

Una parte fundamental del presente trabajo ha tratado de reconstruir la relación entre el pensamiento schmittiano y la teoría jurídico-política española que sostuvo ideológicamente al «régimen de Franco». Aunque tal relación no fue simple, sino contradictoria y compleja, nos permite diagnosticar afirmativamente sobre la existencia de una «derecha schmittiana», dado que la defensa política de los valores católicos por parte del franquismo era compartida por Schmitt:

«Me parece —señala Constantino García— que una de las claves que nos permiten un acercamiento, sin excesivos rodeos, a la médula de sus posiciones políticas radica en su condición de católico. Con este norte entenderemos en seguida su animadversión hacia la República de Weimar, tan contraria a su sistema de valores» (106).

Pero lo que parece más difícil creer es la posibilidad de una lectura de «izquierdas» del decisionismo schmittiano. Aunque de ser así, habría que considerar cuáles serían las ventajas y cuáles los inconvenientes de una lectura de Schmitt que pretende ser en principio progresista. Si recurrimos a la historia, podemos encontrar en los años de la República de Weimar un primer intento de «izquierda schmittiana» que nos sirva de ejemplo para el posterior análisis del presente.

En efecto, tal y como lo ha visto Francisco Colom, en los años difíciles de la década de los veinte, dos destacados teóricos jurídicos del sindicalismo socialdemócrata, Otto Kirchheimer y Franz Leopold Neumann, también pasaron por ser los principales representantes de la izquierda schmittiana: «Efectivamente, ambos autores fueron aventajados discípulos de Carl Schmitt, cuyos presupuestos jurídico-políticos combinaron de forma un tanto peculiar con planteamientos generales de corte

chos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 35-62; ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», contenido en SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO (coord.): *Estudios sobre la Constitución española*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-650.

(105) ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: *op. cit.*, pág. 268.

(106) CONSTANTINO GARCÍA: «Carl Schmitt: in memoriam», *Revista de Derecho Público*, núms. 100-101, 1985, pág. 658.

marxista» (107). Lo que atrajo hacia Schmitt a Kirchheimer y a Neumann fue su *explicación material* de la Constitución de Weimar, nada despreciable desde la óptica de pensadores marxistas. Además de poder traducir la oposición schmittiana entre amigo y enemigo a la contraposición entre trabajo y capital, frente a una mera noción formal de la legitimidad constitucional rechazada por la izquierda: «Schmitt presentaba en su obra al menos otros tres modelos de legitimación alternativa: *ratione materiae* (en virtud de reivindicaciones materiales de justicia); *ratione supremae* (como la legitimidad plebiscitaria); *ratione necessitatis* (derivada de las medidas administrativas en un estado de excepción)» (108). Al parecer de nuestros autores, la idea schmittiana de Constitución era más permeable a las reivindicaciones sociales de los trabajadores y más realista en la constatación de las fuerzas operantes en toda Constitución.

Una vez se produjo la vinculación de Schmitt con el nacionalsocialismo alemán, Kirchheimer y Neumann volvieron a reivindicar la legalidad formal para el proceso democrático, apartándose definitivamente de Schmitt (109). El desconocimiento de las intenciones políticas de Schmitt puede salvar a esta «primera» izquierda schmittiana, pero hace más difícil la comprensión de una «nueva» izquierda schmittiana una vez que hoy es posible una visión global del pensamiento y la práctica política de Schmitt. Precisamente la visión completa del pensamiento schmittiano, como ha dicho Estévez Araujo, permite calificar a la actual lectura de Schmitt como «una utilización ingenua de las categorías de Schmitt» (110).

En España, los partidarios de seguir utilizando la fecundidad científica de los conceptos schmittianos en su concepción general del Derecho y la Constitución, principalmente Pablo Lucas Verdú y Germán Gómez Orfanel, optan por no ver en Schmitt únicamente a un autor fascista (lo cual no dejan, no obstante, de advertir y reconocer), confiando en recuperar gran parte de sus análisis para profundizar en los problemas de la legitimidad democrática:

«En definitiva —dice Lucas Verdú—, 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*» (111).

(107) FRANCISCO COLOM GONZÁLEZ: «La "izquierda schmittiana" en el debate constitucional de la República de Weimar», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 11, 1992, pág. 329.

(108) FRANCISCO COLOM GONZÁLEZ: *ibidem*, pág. 343.

(109) En el caso de FRANZ NEUMANN, su obra de 1942, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo* (FCE, Madrid, 1983), producida en su exilio norteamericano, ha quedado como todo un clásico político para la comprensión y crítica del fascismo alemán.

(110) JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAUJO: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, pág. 9.

(111) PABLO LUCAS VERDÚ: «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal», *REP*, núm. 64, 1989, págs. 68-69 (subrayados míos). La posición de

En contra de la tesis de que la utilización de Schmitt pueda tener algún resultado beneficioso para la cultura democrática progresista, Elías Díaz y José Antonio Estévez, han subrayado la inequívoca carga autoritaria del pensamiento schmittiano, imposibilitando cualquier estrategia que pretenda ver en Schmitt a un autor que puso el acento en señalar las debilidades de la democracia con la intención, un tanto maquiavélica, de afirmarla y mejorarla:

«En los últimos años —comenta Estévez— ha tenido lugar un renacimiento del interés por Carl Schmitt. Ese renacimiento tiene lugar en el contexto de una discusión acerca de la crisis de los Estados representativos parlamentarios. La lectura de Schmitt puede ser útil para poner de manifiesto las debilidades y defectos de los sistemas representativos erigidos sobre sociedades antagónicas. Sin embargo, es necesario darse cuenta también de las limitaciones de sus planteamientos. En Schmitt no se encontrará orientación alguna acerca de cómo superar las causas del antagonismo social. Por otro lado, su desatención a los mecanismos integradores da como resultado una exageración de la fragilidad de los sistemas representativos. Hay que aproximarse a Schmitt, pues, con precaución. Sólo se acercan sin reservas a este autor quienes propugnan una salida autoritaria a la actual crisis o quienes inocentemente confían en la “fecundidad” de Schmitt sin darse cuenta de la carga ideológica que su pensamiento contiene» (112).

Para el autor del presente trabajo, Schmitt está teórica e históricamente ligado a la reacción conservadora y totalitaria, siendo sus análisis políticos y jurídicos de los

Lucas Verdú es muy similar a la de muchos autores italianos, país en donde más se estudia últimamente a Schmitt. Como aludimos al inicio del presente trabajo, en Italia se empezó la actual recuperación *no-autoritaria* de Schmitt. Como muestra de esta actitud hacia Schmitt por parte de los autores italianos, valgan la siguiente cita de Pierangelo Schiera: «No me gusta reducirme a una lectura del Schmitt weimariano a la luz del nazista... y prefiero optar por el procedimiento de ver en el segundo la traición —al menos parcial, aunque incomprensible, pero verificable en el plano lógico— del primero» (SCHIERA: «Dalla costituzione alla politica: la decisione in Carl Schmitt», contenido en: *La politica oltre lo Stato*, Arsenale, Venecia, 1981, págs. 23-24). Dentro de esta lectura italiana se incluyen distintas sensibilidades intelectuales y políticas, pero el empeño por rehabilitar a Schmitt de su vinculación totalitaria es general, y no sólo Schiera (católico), también Giuseppe Duso (marxista): «En la democracia encontramos los elementos de contradicción y tensión que caracterizan al pensamiento schmittiano... Tampoco la tendencia schmittiana a acabar con la tensión —pensemos en la unidad del *volk* y el *Führer*— elimina esta problemática que apremia nuestra reflexión teórica» (DUSO: «Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt», contenido en *La politica oltre...*, pág. 60).

(112) JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO: *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*, pág. 261. Por su parte, Elías Díaz es totalmente contrario a la actual recuperación schmittiana: «Por eso creo y he creído siempre que en el fondo de las argumentaciones antiliberales y antidemocráticas de Carl Schmitt (que a veces hechiza también a una cierta izquierda dogmático-jurídica) hay —sin mermas de su alta cualificación como jurista e ideólogo— un gran sofisma y un gran engaño: el de simplificar, uniendo absoluta e inescindiblemente positivismo legalista y democracia política, y el de falsear y malentender las insuficiencias de la legalidad liberal y de la democracia representativa con el exclusivo propósito de destruir ambas aceptando y propiciando paradójicamente otra legalidad mil veces más incontrolable, inapetible y arbitraria como es la del Estado totalitario hitleriano» (ELÍAS DÍAZ: *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 55).

más brillantes y sólidos que este tipo de pensamiento ha dado en el presente siglo. Nada impide ver en Schmitt a un gran teórico de esa parte oculta de la moderna teoría del Derecho y del Estado: la decisión política; la legitimidad plebiscitaria; los estados de excepción, etc. Pero una teoría política progresista y emancipadora solamente podrá sacar de Schmitt una *enseñanza negativa*, es decir, una lección sobre el camino que no hay que seguir, nunca una enseñanza política positiva.