

Carl Schmitt y los desafíos al Estado constitucional

EDUARDO HERNANDO NIETO*

«*Law is not Counsell but Command*» Thomas Hobbes,
Leviathan, Capítulo 26

SUMARIO:

1. Introducción
2. El problema de la excepción
3. El problema del parlamentarismo
4. El problema de la antítesis entre el liberalismo y la democracia
5. Estado de derecho o Estado político: ¿son realmente incompatibles?

1. INTRODUCCION

Si existe un académico que haya expuesto los más sólidos argumentos para desestabilizar los fundamentos teóricos del Estado Constitucional o Estado Burgués de Derecho –como le gustaba también llamarlo– ese autor no puede ser otro que el controvertido profesor alemán Carl Schmitt (1888-1985).

Descrito como el Hobbes del Siglo XX¹, el Constitucionalista de Hitler² o uno de los más eminentes representantes

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ George Schwab, introducción a la traducción al inglés de *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, (Dunker und Humblot; München-Leipzig, 1922).

Political Theology (The MIT Press; Cambridge, Mass, 1988), p.xiv. Para este ensayo utilizaremos esta traducción. Existe además una nueva edición en español: *Teología Política*, (Struhart y Cía; Buenos Aires, 1985)

² Jeffrey Herf, *Reactionary Modernism, Technology, Culture and Politics in Weimar and the Third Reich*, (Cambridge University Press; Cambridge, 1984), p. 116.

Edición en español, *El Modernismo Reaccionario, tecnología, cultura y política en Weimar y el Tercer Reich* (Fondo de Cultura Económica; México, 1990)

de la «Revolución Conservadora»³ durante la República de Weimar, Carl Schmitt llevó adelante una de las más importantes contribuciones a la teoría política y constitucional de occidente concentrando sus críticas sobre todas las instituciones políticas que emergieron tras la decantación del racionalismo francés⁴ y del escepticismo anglosajón⁵, todo esto durante el trascendental siglo XVIII⁶.

En este sentido, los aportes schmittianos y sus implicancias en el actual contexto político podrían ser innumerables empero, teniendo en consideración las limitaciones materiales de este ensayo vamos a reducir nuestro tema de análisis discutiendo únicamente tres de las más sugerentes ideas que aparecen latentes directa o indirectamente en todos sus ensayos y libros y que pensamos debilitarían profundamente las bases mismas de la moderna teoría constitucional, a saber: su crítica al Estado de Derecho, su escepticismo frente al moderno Parlamentarismo y por último los manifiestos políticos que trae consigo el Liberalismo-Democrático.

Dichos temas puntuales van a ser desbrozados entonces a través de su célebre concepto de la Excepción, —para desvirtuar la validez del Estado de Derecho de raíz Kantiana—, y vía la exposición de las razones por las cuales los modernos Parlamentos han perdido su legitimidad señalando, para concluir, las contradicciones ontológicas que existirían entre la Democracia y el Liberalismo.

Como dijimos al inicio, no pretenderemos abarcar todas las significativas contribuciones schmittianas en el campo de la política ni tampoco deseamos que este trabajo se agote en la mera exposición de las *lignes de force* del pensamiento de Schmitt. En

³ Se conoce como «Revolución Conservadora» al movimiento intelectual y político que durante el periodo de entreguerras marcó el derrotero de la nación alemana. Entre sus integrantes podía hallarse nombres tan ilustres como el del escritor Ernst Jünger, el historiador Oswald Spengler o el sociólogo Othmar Spann por citar algunos quienes compartían una misma *weltanschauung* caracterizada por: «un desprecio particular hacia cualquier forma de abstracción y generalización, el énfasis en la Vida (Leben), la voluntad (Wille) de pelear contra la burguesía y la reacción, y finalmente una concepción irracional de la historia que le dió a ellos una seguridad espiritual solamente comparable a la hiperracionalista idea marxista del significado en la historia.»

Louis Dupeux, «Révolution Conservatrice et Modernité» en *Revue d'Allemagne*, T. XIV, 1982, N° 1, Enero-Febrero 1982.

Para tener un panorama profundo de las distintas corrientes al interior de la *Revolución Conservadora* vale la pena revisar del historiador Armin Mohler, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932* (Darmstadt, 1972)

Otros textos que también abordan esta problemática son: Joseph W. Bendersky, *Carl Schmitt Theorist for the Reich* (Princeton University Press; Princeton 1983); Christian Graf von Krockow, *Die Entscheidung: Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger* (Stuttgart; Ferdinand Enke Verlag, 1958) y Jurgen Fijalkowski, *Die Wendung zum Führerstaat: Ideologische Komponenten in der Politischen Philosophie Carl Schmitt*, (Westdeutscher Verlag; Köln, 1958)

Sin embargo, Joseph W Bendersky en su artículo «Carl Schmitt and the Conservative Revolution», publicado en *Telos* 72, (Summer 1987) rechaza con sólidos argumentos cualquier vinculación de Schmitt con la Revolución Conservadora.

⁴ Que permitiría entre otras cosas el desarrollo de las teorías de los derechos humanos y de la división de poderes.

⁵ Que tanto colaboraría en el tema de la neutralidad, imprescindible para la consolidación del Estado moderno.

⁶ Sobre esta afirmación se recomienda ver el especial de la Revista *Telos* dedicado exclusivamente al jurista alemán, *Telos* N° 72 (Summer 1987), además de la edición de la Revista *Nouvelle Ecole* N° 44 (Printemps 1987). En cuanto a libros que tratan sobre Schmitt desde esta perspectiva se sugiere el pequeño texto de Paul Gottfried dentro de la colección *Thinkers of our Time, Carl Schmitt* (The Claridge Press; London, 1990)

todo caso, nuestro objetivo primordial y nuestro pequeño aporte en el campo de la teoría constitucional y política será el puntualizar y destacar los aspectos que provenientes de la cantera schmittiana, podrían servir para construir –ojo que no mencionamos la palabra reconstruir– una teoría constitucional que no excluya lo político (como aconteció con todo el esquema constitucional que emanó de las revoluciones burguesas del Siglo XVIII) y que sirva a su vez para fortalecer a las instituciones políticas (esto es, a lo político) frente a los retos del nihilismo y del escepticismo que nos plantea el actual pensamiento postmoderno.

2. EL PROBLEMA DE LA EXCEPCION

Siguiendo la tónica académica de las facultades de derecho de la época, Carl Schmitt fue en sus inicios un seguidor de las corrientes neo-kantianas y por ello él creía que la función del Estado era la realización del Derecho (*Recht*). «El Derecho precedía al Estado. ¿Y quién determinaba el Derecho?. En tanto que la Iglesia Católica era la institución espiritual universal que no reconocía a un igual, Schmitt suponía que ella se encontraba en una mejor posición para determinar lo justo antes que los Estados quienes eran esencialmente *pares inter pares*, y además víctimas del tiempo y de la historia. Ahora bien, inmediatamente Schmitt se planteaba una nueva pregunta: ¿Cuál era el rol del individuo? Aquí, Schmitt pensaba que el individuo debía de integrarse dentro del ritmo del Estado quedando el orden de su precedencia como sigue: primero el Derecho, luego el Estado y finalmente el individuo.»⁷

El hecho de que Schmitt recurriese a la Iglesia Católica en busca de contenido para la justicia, no es sorprendente, habida cuenta de que Schmitt fue un pensador católico durante toda su vida aunque su ortodoxia hubiese sido puesta en duda en vista de sus innegables vinculaciones hacia distintos pensadores políticos que si bien eran cristianos –al menos en el papel– no eran católicos romanos *lato sensu*⁸. El talante católico del Profesor Schmitt afloraría en su especial predilección por uno de los más vitales pensadores del catolicismo europeo del Siglo XIX, el diplomático español Don Juan Donoso Cortés (1809-1854) y se expresaría en algunos de sus escritos más relevantes como *Politische Theologie, Römischer Katholizismus und Politische Form* y también *Politische Theologie II*⁹.

⁷ George Schwab, *The Challenge of the Exception, An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*, Segunda edición, (Greenwood Press; New York, Westport, Connecticut, London, 1989) p. 14.

⁸ Estamos pensando por ejemplo en Hobbes, Bodin o Grocio quienes articularían el pensamiento político moderno de los siglos XVI y XVII y de quienes Schmitt sería un deudor y heredero confeso.

⁹ Los textos originales además del ya citado *Politische Theologie* son: *Römischer Katholizismus und politische Form* (Jakob Hegner; Hellerau, 1923). *Catolicismo Romano y Forma Política*, sin traducción al español. *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie* (Dunker und Humblot; Berlin, 1970). También sin traducir. Sobre Donoso Cortés, Schmitt escribió: *Donoso Cortés in gesamt-europäischer Interpretation. Vier Aufsätze*. (Greven; Köln, 1950). Traducción al español: *Interpretación Europea de Donoso Cortés* (Rialp; Madrid, 1952)

Ciertamente el *pathos* Católico acompañó a Schmitt en toda su obra pues «una orgánica visión católica jugó un rol vital en la interpretación de su propio tiempo y de otros periodos de la historia. En un disputa después de la Segunda Guerra Mundial con el historiador alemán Hans Blumenberg, Schmitt criticaba la atribución del término «Legitimidad» adjudicado a las Instituciones políticas y culturales de la secularizada Europa. Schmitt trazaba el vocablo «Legitimidad» atrás en la historia, al mundo de la autoridad carismática y del

Dado esta influencia tan marcada del catolicismo no es de extrañar que sus vínculos con el Neo-Kantismo de evidente raigambre protestante se terminara muy pronto. Así, a inicios de los años veinte Schmitt rechazaría abiertamente el Normativismo Kantiano para dar paso al Decisionismo que desde el punto de vista jurídico indicaba que la interpretación y la aplicación de una ley específica dependía de la decisión del juez y no de otra ley ¹⁰

A través entonces de su libro *Politische Theologie* Schmitt se va a ver enfrascado en una polémica que tendrá por objeto refutar las bases teóricas del Estado de Derecho elaborado por los juristas Kantianos y muy especialmente por el Profesor Hans Kelsen (1881-1973).

El Profesor Kelsen estuvo abocado desde un inicio a dilucidar el modo en que se podía dar un conocimiento científico (wissenschaftlich) y objetivo del derecho normativo. De la misma manera que en el Reino de la naturaleza existían principios de causalidad que regulaba este ámbito del *ser*, en el caso de las ciencias normativas, es decir, del *deber ser*, tenía que existir un principio que ordenase los vínculos normativos. Para Kelsen tal principio se denominaba Imputación (*Zurechnung*): «En el conocimiento de cualquier orden legal dado, el supuesto requerido es aquel que da por válido el «primer» acto en la historia del establecimiento de una constitución: aquel que regula cómo debe de emplearse la fuerza en una comunidad constituida por un orden constitucional dado, siendo creadas de forma válida las normas legales subordinadas en el ejercicio de los poderes constitucionales. Esto supone –pero no postula– que la norma, o *Grundnorm* (norma básica) es lo que transforma nuestra visión de los actos humanos, que pasan de ser elementos que tienen una influencia causal real o posible para establecer pautas de conducta obligatorias para otras personas que, a su vez, pueden ser conscientes de ellos como tales» ¹¹. Esta es a *grosso modo*, la definición clásica del positivismo normativo y que establecerá ciertamente el orden Constitucional moderno pues la *Grundnorm* Kelseniana no será otra cosa que la Constitución del Estado de Derecho.

En el esquema de Kelsen teníamos entonces que el orden legal positivo regulaba su propia creación y así siempre que los actos emanaran de legisladores cualificados estarían dotados de validez. Este era el aspecto diacrónico o dinámico del positivismo pero que sin embargo estaba acompañado además por un aspecto sincrónico o estático

derecho de herencia. Para el la edad moderna descansaba en la simple «Legalidad», esto es, en el procedimiento operativo de la burocracia calculadora que emergió de los conflictos sociales originados durante el renacimiento...»

Paul Gottfried., *Carl Schmitt*, p. 22.

Asimismo será evidente que fue de Donoso de donde Schmitt extrajo un concepto fundamental para el estudio de la teoría política –y que dicho sea de paso también fue utilizado por el filósofo de la historia Karl Löwith– el mismo que señalaba que «todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado eran conceptos teológicos secularizados y esto no solamente por sus desarrollos históricos sino también por su estructura sistemática»

Carl Schmitt, *Political Theology*, p. 36.

¹⁰ George Schwab, p. 14.

¹¹ Neil MacCormick, en: *The Blackwell Encyclopedia of Political Thought* editada por David Miller. Edición en Español (Alianza; Madrid, 1989), p. 325.

que estaba representado por su disposición coercitiva, es decir que dadas las pruebas de incumplimiento y el daño, quien cometía la falta se hacía acreedor a una sanción. El garante y ejecutor de dicha pena no era otro que el Estado, el que a su vez era en palabras de Kelsen, la personificación de la unidad legal.¹² (Esto significaba que hablar de Estado o de Derecho era técnicamente lo mismo y por ende para Kelsen era un absurdo el pensar que el Derecho era creación del Estado o que el Derecho presuponía la existencia del Estado).

Siguiendo los postulados de la ciencia moderna, Kelsen intentaba crear una ciencia jurídica aséptica y neutral que no tuviese que comprometerse con ninguna ciencia paralela, es decir que se trataba de dejar de lado los elementos sociológicos, económicos, políticos e históricos para poder así marcar la diferencia entre las ciencias naturales (que se movían en el terreno del *ser* verbigracia la sociología) y las ciencias normativas (las del reino del *deber ser*, siendo la ciencia por antonomasia el Derecho). Partiendo de esta dicotomía es que empezaban a plantearse los problemas para la teoría Kelseniana en tanto que como indicábamos el Estado para Kelsen era únicamente un orden legal en sí mismo no siendo ni el creador ni la fuente misma de la ley. Ahora bien, este orden jurídico fluía de manera jerárquica, esto es desde la *Grundnorm* hasta los puntos normativos más elementales, dicho de otro modo, la cadena normativa se legitimaba en base a que provenían de esta norma fundante que era equivalente a la moderna Constitución y al Estado, y que a diferencia de las otras normas era una Norma **Supuesta** y no **Puesta**¹³.

No pretenderemos entrar en el análisis de los fundamentos teóricos de la hipotética *Grundnorm* –que dicho sea de paso nos recuerda mucho a ciertas formas secularizadas de ley natural– pero si es preciso hacer hincapié en los vicios que inmediatamente asomarán dentro de la propuesta Kelseniana.

La ciencia jurídica al intentar eliminar cualquier aspecto extra-legal dejaba de lado la auténtica realidad jurídica, esto es, la necesidad de la creación, de la legitimidad del derecho y sobre todo la de su vocación de servicio y utilidad dentro de la sociedad¹⁴. El Positivismo puro soslayaba cualquier fin o propósito (Telos) al entender que estos correspondían a un orden primitivo en el que no existía la libertad humana, para los

¹² Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, (J.C.B Mohr; Tübingen, 1920), *Allgemeine Staatslehre*, (Berlin, 1925). Edición en español: *Teoría General del Estado* (Labor; Barcelona, 1925) y *Reine Lehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* (Leipzig, 1934). Edición en español: *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática del Derecho* (Losada; Buenos Aires, 1941)

¹³ «La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es «puesta» sino «supuesta». Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.»

Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, p. 104

¹⁴ Julien Freund, «Les Lignes de Force de la Pensée Politique de Carl Schmitt», revista *Nouvelle Ecole*, N° 44 (Printemps 1987), p. 17.

positivistas como Kelsen o Krabbe, inclusive las leyes de las ciencias naturales (cadenas causales) eran únicamente principios de conocimiento. Aún más, el derecho y la moral eran todavía menos que principios de conocimiento pues estaban abstraídos de las propias reglas de la naturaleza, lo cual implicaba afirmar que el derecho y la moral quedaban fuera de la naturaleza y tenían que ser estudiadas también fuera de esos dominios.

El absurdo de los planteamientos Kelsenianos saltaba a la vista una vez que se cotejaba su Ciencia Jurídica con la realidad contingente y se apreciaba que los representantes políticos no legislaban en virtud de los resultados y consideraciones científicas sino que lo hacían teniendo en cuenta los efectos sociales de tales medidas ¹⁵. En ese sentido, poco a poco se empezaba a percibir que la famosa dicotomía entre el ser y el deber ser no llegaba a cuajar y que al contrario el Derecho exigía no desprenderse del dominio del ser, de la realidad social. Como bien acertaba el politólogo y schmittiano francés, el Profesor Julien Freund «un Estado de Derecho no funciona jamás según las prescripciones del derecho puro, por la simple razón de que él está obligado a satisfacer sus cargas políticas de Estado. Estas necesidades se le imponen cualquiera sea su etiqueta: liberal, socialista, conservador o progresista a menos que él no acepte de antemano la posibilidad de ser derrocado. La noción de soberanía lo pone en evidencia de manera chocante, porque él interroga a la política según su manera de actuar en casos de situaciones extremas, cuando el derecho se muestra incapacitado de dar una directiva cualquiera» ¹⁶.

Justamente va a ser a través del llamado estado de emergencia o situación de excepción que el andamiaje del Positivismo como Ciencia pura y absoluta –ergo universal– comenzará a resquebrajarse pues como acabamos de advertir va a ser absolutamente imposible separar al Derecho del reino de la naturaleza y por consiguiente, el Estado de Derecho no podrá sustraerse a los efectos externos que irreversiblemente golpearán inopinadamente el dominio de la naturaleza. Estos hechos por su propio origen serán imprevistos e ineludibles y no existirá norma positiva que los pueda anticipar como sagazmente lo visualizó Schmitt. Así, frente a ese desamparo normativo solamente perviviría la decisión del soberano que como lo anotaba en *Politische Theologie* sería el único en capacidad de lidiar con dicha situación:

«La decisión sobre la excepción es una decisión en el verdadero sentido de la palabra. Porque una norma general, como se representa en un ordenamiento legal prescriptivo, no puede abarcar una excepción total, por consiguiente la decisión de que existe realmente una excepción no puede ser derivada enteramente de esta norma... La excepción, que no está codificada en el ordenamiento legal existente, puede en el mejor de los casos ser caracterizada como un caso de extremo peligro, un peligro para la existencia del Estado o algo parecido.

Pero ésta no puede ser circunscrita materialmente y ser hecha para que se adecúe a una ley preestablecida.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

Es precisamente la excepción la que hace relevante al sujeto de soberanía, esto es, a toda la cuestión de la soberanía. Los detalles precisos de una emergencia no pueden ser anticipados, ni siquiera se puede descifrar qué es lo que podrá acontecer en tales casos, especialmente cuando se trata de una emergencia extrema y como debe de ser ésta eliminada. La condición previa, así como el contenido de la competencia jurisdiccional en tal situación debe de ser necesariamente ilimitada.»¹⁷

Como mencionaba también Schmitt la excepción era quien finalmente determinaba la regla y ésta descansaba en la decisión del soberano¹⁸: «*Auctoritas, non veritas facit legem*» (la autoridad y no la verdad hacen la ley). Esta sentencia Hobbesiana (Leviathan, Cap XXVI) que repetiría incansablemente Schmitt¹⁹ no hacía sino graficar la necesidad de la intervención de los hombres cuando las leyes jurídicas se mostraban impotentes frente a los *extremus necessitatis casus*. El planteamiento del positivismo jurídico intentaba regular la actividad humana en base a leyes preestablecidas, racionales y generales pero que soslayaban el aspecto contingente de la realidad, inclusive el mismo Kelsen escamoteaba directamente este punto al considerar que «el tema de la soberanía debería ser radicalmente abandonado»²⁰. Sin embargo, aunque Kelsen no lo quisiera ver así estábamos frente a un conflicto de soberanías pues el Normativismo también llevaba una carga de poder político que se enfrentaba abiertamente al poder político de la decisión del soberano. El Normativismo alegaba contra el Decisionismo que éste era impredecible y arbitrario, esto último Schmitt no lo podía negar pues era obvio que una Decisión podía ser buena o mala, adecuada o inadecuada, empero, el punto substancial era que dadas las circunstancias de emergencia y siendo factible que tal situación ocasionase daños irreversibles (por ejemplo un golpe de Estado o una guerra civil) lo vital era tomar la decisión—aunque aparentemente naciese en el vacío— evitando de esta guisa que este espacio fuese justamente copado por aquellas fuerzas que estaban quebrando el orden político²¹.

Como legítimo heredero del pensamiento Hobbesiano, Schmitt valoraba por sobre todas las cosas la necesidad del mantenimiento de la paz social y éste era el fin supremo de cualquier decisión política.

¹⁷ Carl Schmitt, *Political Theology*: pp. 6-7.

¹⁸ Carl Schmitt abre su libro *Teología Política* con la siguiente frase: «Soberano es quien decide la excepción», lo cual representa la esencia del desafío schmittiano al positivismo jurídico. Carl Schmitt, *Political Theology*, *Ibid.*, p. 5.

¹⁹ Alain de Benoist, Introducción a la obra de Carl Schmitt *Du Politique: Légalité et légitimité et autres essais* (Pardes, Puisseaux 1990) p.xvii. La misma idea se repite en George Schwab, *The Challenge of the Exception*, *Ibid.*, p. 45 y en Julien Freund, «Las Lignes de Force...» *Ibid.*, p.17.

²⁰ Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, (J.C.B Mohr; Tübingen, 1920), p. 330. Citado por Julien Freund, *Ibid.*, p. 18.

²¹ A esta situación Schmitt la denominará *Dictadura Comisarial* en oposición a la típica *Dictadura* (llamada también *Dictadura Soberana*) que buscaba alterar el sistema político con el fin de retener el poder. Caso contrario era el objetivo de la *Dictadura Comisarial* que regía durante el estado de emergencia y debía de devolver las cosas a su estado anterior. Ver *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedanken bis zum proletarischen Klassenkampf*, (Dunker und Humblot; München, Leipzig, 1921). Traducción al español: *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. (Alianza Editorial; Madrid, 1985)

Así pues, la noción de excepción era la que nos informaba –a despecho de lo que pensaban los legalistas– que dentro de la política del Estado existía siempre una suerte de brecha de indeterminación que tenía que ser cubierta por la voluntad del soberano a falta de una normatividad adecuada. Creer que la norma positiva podía regularlo todo²² no era sino otra de las quimeras nacidas con la ilustración francesa y reformulada por parte de la ilustración alemana específicamente por Kant y sus herederos como Kelsen o más contemporáneamente Hayek²³ a través de su *Rechtsstaat* o *Rule of Law* (Estado de Derecho).

El Decisionismo que había sido muy importante durante los siglos XVI y XVII (es decir, cuando aparece el Estado Moderno como el Estado Absolutista) fue dramáticamente opacado por el racionalismo del Siglo XVIII que minimizó el rol personalista de la autoridad soberana a través de pensadores liberales como John Locke y su doctrina del gobierno constitucional, Montesquieu y su doctrina de la separación de poderes y por supuesto Kant y su imperativo categórico ajeno a cualquier concepto valorativo.

La Emergencia como Ley era algo impensable para todos estos autores²⁴ por la simple razón de que dentro de ese orden perfecto que acompañaba la visión del mundo de todos estos pensadores agnósticos y deistas, el mundo era un reloj perfecto que no podía tener fallas de ninguna índole. El Estado de excepción sencillamente no existía.

En contraste a esta perspectiva limitada del positivismo, Schmitt oponía la superioridad del Estado sobre la validez de la norma legal. De hecho, como él mismo lo decía: «la decisión se libera ella misma de todo lazo normativo y deviene en un sentido verdadero absoluto. El Estado suspende a ley en la excepción sobre las bases de su derecho a la autopreservación. Los dos elementos del concepto de *orden legal* (la norma y la excepción) son entonces disueltos en nociones independientes y por ende testifican su independencia conceptual. A diferencia de la situación normal, cuando el momento autónomo de la decisión reside en un mínimo, la norma es destruida en la excepción. La excepción permanece, no obstante, accesible a la jurisprudencia porque ambos elementos, la norma como la decisión permanecen dentro de la estructura jurídica»²⁵. (El subrayado es mío)

Con estas líneas extraídas también de *Politische Theologie* es posible elaborar ahora sí una respuesta contundente para quienes describieron al Profesor Schmitt como un constitucionalista de la Dictadura o del Absolutismo por su énfasis en el Decisionismo o Voluntarismo en desmedro de la legalidad sustentada por la Constitución Formal y su Estado de Derecho.

²² Ciertamente, el mismo Kelsen tuvo que recurrir a la alegoría de las «lagunas del derecho» para explicar las falencias naturales de la ley positiva. En este sentido, era factible recurrir a distintas ayudas como normas alternas aplicadas analógicamente, doctrina, etc., para poder cumplir con el «llenado» de esas «lagunas». Lamentablemente para Kelsen el «Estado de Emergencia» no podía ser resuelto sin contar con la participación de la decisión política ya que ni ley ni la doctrina podían prohibir un terremoto o acabar con una guerra.

²³ Particularmente en su *The Constitution of Liberty* (Routledge & Kegan Paul; London y Chicago, 1960). Traducción al español, *Los Fundamentos de la Libertad* (Unión Editorial; Madrid, 1978) y sus tres volúmenes *Law, Legislation and Liberty* (Routledge & Kegan Paul, London y Chicago, 1982). Traducción, *Derecho, Legislación y Libertad* (Unión Editorial; Madrid, 1983).

²⁴ Carl Schmitt, *Political Theology*, Ibid., pp. 13-14.

²⁵ Ibid., pp. 12-13.

El Decisionismo schmittiano no implicaba una eliminación de la legalidad positiva sino que para él, el orden era el resultado de la mediación entre la norma y la decisión²⁶, esto es, que la excepción y la emergencia pertenecían también al mismo campo de lo jurídico y por esa razón prontamente el estado de emergencia empezó a contemplarse dentro de todos los textos constitucionales. Empero, el aceptar al estado de emergencia dentro del propio ordenamiento positivo sólo hacía confirmar las limitaciones del Normativismo y el fracaso del dualismo que planteaba el derecho constitucional moderno. Dicho de otro modo, la norma no podía independizarse de la excepción y además era la propia excepción la que definía a la norma como bien afirmaba Schmitt: «la norma no provee nada, la excepción todo»²⁷.

3. EL PROBLEMA DEL PARLAMENTARISMO

Conexo al desarrollo del Normativismo la institución del Parlamento aparecía de manera evidente como la realización práctica del esquema legalista. Una vez resquebrajado el marco político del Estado Decisionista las asambleas parlamentarias tenían como misión la elaboración racional de las leyes que procedían lógicamente de la norma fundante o Constitución (Grundnorm).

Los Parlamentos en un primer lugar nacían entonces como respuesta a la imprevisible conducta del soberano (voluntarismo) y a su actividad política que no contaba con ningún soporte fundacional²⁸ (léase normativo). Esta situación, desde el punto de vista del individualismo moderno implicaba un peligro para la libertad de los sujetos y fue entonces que una de las fórmulas halladas para acabar con este problema fue la construcción del Estado de Derecho y del Parlamentarismo. «Atendiendo al cumplimiento de este ideal, se debía substituir a la autoridad del poder con la libre discusión de los legisladores quienes, dentro de sus debates en el Parlamento, no tenían otra preocupación que la de extraer a la luz de la razón, las vías más propicias para el advenimiento del sistema general de normas, gracias a la suma de actos legislativos así acumulados»²⁹.

Ciertamente, como lo indicaba el Profesor Schmitt una de las razones por las cuales se crearon los Parlamentos modernos fue para terminar con las políticas secretas del *Ancien Régime* es decir, la famosa *Arcana rei publicae* que dominó la maquinaria política de los siglos XVI y XVII³⁰ y que originalmente había sido desarrollada por Maquiavelo. Esta teoría que comenzó con la literatura referente a la *Staatsraison* o *Raison d'État* trataba al Estado y a la política solamente como técnicas para fortalecer y expandir el poder³¹.

²⁶ Carl Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hanseatische Verlagsanstalt, 1934)

²⁷ Carl Schmitt, *Political Theology*, *Ibid.*, p. 15.

²⁸ A despecho de que los soberanos Decisionistas se autoproclamaban como leyes vivientes originadas en Dios y no entre los hombres.

²⁹ Julien Freud, *Ibid.*, p. 19.

³⁰ Carl Schmitt, *Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (Duncker und Humblot; Berlin, 1923). Para este ensayo estamos utilizando la traducción al inglés: *The Crisis of Parliamentary Democracy* (The MIT Press; Cambridge, Mass, 1985) p. 37.

³¹ *Ibid.*

Así pues, las demandas durante el agitado Siglo XVIII de hacer público lo que era hasta ese entonces privado junto con la idea de contar con un freno pertinente para el soberano Decisionista a quien se le achacaba por ejemplo el origen de las guerras religiosas y muy especialmente de la denominada masacre de San Bartolomé (1572), sumada a la difundida idea de la soberanía popular que fue uno de los conceptos claves para socavar la estructura política regalista convirtió al moderno Parlamento en el instrumento perfecto para engarzarse con el naciente Estado de Derecho que colocaba al monarca por debajo de la ley dejando de ser éste su representación material³².

Como Schmitt lo daba por descontado, los modernos parlamentos en realidad no tenían mayor relación con las asambleas de gobierno de la antigüedad o de la edad media. Estas asambleas de gobierno premodernas militares o civiles existían desde tiempos inmemoriales, teniendo antecedentes históricos dentro del mundo Homérico, como entre la India Vedantica o con los Hititas, y más precisamente en Occidente se las mencionaba ya desde los tiempos de Tácito quien relataba que a los jefes militares germanos se los elegía por su virtud y a los reyes por su nobleza (*Reges ex nobilitate duxes ex virtutes summunt*)³³.

Este sistema de elección fue muy bien preservado por el propio Sacro Imperio Romano que designaba al titular de la corona Imperial de una manera que hoy en día podríamos llamar democrática. En cuanto a la representación, esta era una representación estamental o corporativa y de esta manera se constituía el ordenamiento político medieval como lo retrataba von Gierke: «Las doctrinas medievales poseen la idea de un Estado con instituciones representativas. Se admitía por todos que el principal objeto de la ley estatal debía de ser decidida bajo la invocación del Poder, y, siendo esto así, cada poder de una cualquier clase política poseía una competencia de alguna parte del Cuerpo Político para representar al Todo.»³⁴.

El Rey gobernando con la asamblea, esto es, la cabeza del cuerpo político y sus brazos (asamblea) encarnaban el ideal del Estado Medieval³⁵.

Estas asambleas estamentales sin embargo no tenían por función gobernar autónomamente sino que se trataban básicamente de órganos de consulta que se reunían de manera esporádica para tratar problemas relevantes. Vale la pena tener muy presente que todas estas comunidades aún no experimentaban la existencia de los individuos

³² Sin embargo, más adelante veremos como los postulados del legalismo y del de la soberanía popular se enfrentarán y esto configurará la esencia de la oposición entre el liberalismo y la democracia.

³³ Alain de Benoist, «Democracy Revisited», *Telos* 94, 1993. p. 66. Al respecto ver Tácito, «Costumbres de los Germanos» en *Obras Completas* (El Ateneo; Buenos Aires, 1956). El medievalista Walter Ullmann, mencionaba además a Tácito como la fuente principal de las llamadas teorías ascendentes o democráticas del poder que se oponían a las tesis descendentes y que indicaban que el origen del poder provenían de Dios y no de los hombres. Walter Ullmann, *Medieval Political Thought* (Penguin; London, 1975), pp. 11-18.

³⁴ Otto von Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, (Beacon Press; Boston, 1958), p. 61. Edición en español *Teorías Políticas de la Edad Media* (Editorial Huemul, Buenos Aires, 1963)

³⁵ «El pensamiento medieval procede de la idea de unidad. Por consiguiente una construcción orgánica de la sociedad humana era para ellos tan familiar como les era extraño una visión mecánica o atomista. Bajo la influencia de las alegorías bíblicas y los modelos establecidos por los escritores griegos y romanos, la comparación de la humanidad como un sólo cuerpo integrado por otros pequeños fue adoptado universalmente....» Otto von Gierke, *Ibid.*, p. 22.

autónomos (punto de partida de la política, el derecho y el Estado moderno) y por ende carecían de las diferencias y el pluralismo que caracterizan a los Parlamentos contemporáneos.

Los modernos Parlamentos nacen entonces de la mano del sujeto moderno (individualismo) y de la revuelta del estamento burgués³⁶ quienes autónomamente se denominarán a partir de ese entonces como «la nación», pasando a configurar así las asambleas constitucionales (*pouvoir constituant*) y las asambleas parlamentarias (*pouvoir constitué*) descritas por uno de los iniciadores del Parlamentarismo, Emmanuel Sieyès (1748-1836) en su celebrado *Qu'est ce que le Tiers Etat*³⁷. El Parlamentarismo como forma de gobierno nació pues en la lucha entre la Monarquía y el Parlamento, terminando finalmente con la sujeción del Ejecutivo al Parlamento³⁸.

Como su nombre lo indicaba el Parlamento era el recinto para hablar o hablar, y adecuándose al esquema mental del racionalismo ilustrado, era creencia general que mediante el diálogo y el intercambio de opiniones se podía llegar a consensos. Dichos consensos al ser un producto legítimo de la política democrática y liberal elaborada en este período configuraban la auténtica Verdad, es decir, la ley positiva que emanaba de esa *Grundnorm* llamada Constitución y que superaba con amplitud las veleidades y arbitrariedades del Decisionismo. De hecho, «la *ratio* del Parlamentarismo, de acuerdo a la caracterización de Rudolf Smend descansaba en una dinámica-dialéctica, esto es, en un proceso de confrontación de diferencias y opiniones de la cual debía resultar la política real. La esencia del Parlamentarismo era la deliberación pública de argumentos y contraargumentos, debate público, y discusión pública.»³⁹

Es posible afirmar entonces que la **apertura** fue la primera característica del Parlamentarismo. Esta necesidad de contar con las opiniones de todas las personas se había originado según Schmitt con el pensamiento romántico del Siglo XIX, en tanto que el romanticismo como filosofía moderna sugería la poetización de los conflictos políticos, esto es, la despolitización del orden social⁴⁰ convirtiendo el debate político en una conversación sin fin en la que las posibilidades del consenso y de alcanzar decisiones se tornaba imposible *malgré* de las ilusiones y buenos deseos de los par-

³⁶ «El Parlamento fue, ante todo, el arma defensiva de la burguesía en cuanto tuvo la virtuosidad de ser doblemente eficaz frente al doble enemigo: nobleza, absolutismo monárquico y en definitiva ancien régime de una parte, y masas populares trabajadoras de otra. Y de tal forma que toda la construcción teórica del Parlamento aparece montada desde el servicio a esta doble finalidad». Citado por César Landa Arroyo, *Derecho Político, Del Gobierno y la Oposición Democrática* (Pontificia Universidad Católica; Lima, 1990) p. 96.

³⁷ «La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural.» Emmanuel Sieyès, *¿Qué cosa es el tercer estado?* (Orbis, Barcelona, 1985), pp. 85-86.

³⁸ En esto Schmitt sigue las opiniones de Donoso Cortés que identificaba el origen del Parlamentarismo en las luchas burguesas contra la Monarquía absolutista. «El Parlamentarismo tiene su origen en una reacción contra la Monarquía absoluta». Juan Donoso Cortés, «Carta al Director de la *Revue des deux Mondes*» en *Obras escogidas*, (Editorial Difusión; Buenos Aires, 1945), p. 207.

³⁹ Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, *Ibid.*, pp. 34-35.

⁴⁰ Guy Oakes, introducción a la traducción al inglés de *Politische Romantik*, (Duncker und Humblot; Berlin 1919), *Political Romanticism* (The MIT Press; Cambridge, Mass, 1986), p. xiii.

lamentarios. Así refiriéndose a un representante típico del romanticismo político alemán como Adam Müller, Schmitt sentenciaba:

«La palabra conversación –el nombre de una especial clase de productividad romántica que toma cualquier objeto como la ocasión para un sociable «juego de palabras»– reaparece incesantemente en su trabajo. Tan prematuramente como en el prefacio a la *Lehre vom Gegensatz*, (la teoría de la polaridad) él lamenta que ninguna conversación coherente es consumada en Europa como un todo. Esto se repite en todas las ediciones, aun en la memoria sobre un periódico del gobierno prusiano: el gobierno mantiene una «conversación» con la oposición. Esto manifiesta la romantización de la «discusión» y del «equilibrio» liberal y, al mismo tiempo muestra los orígenes liberales del romanticismo.»⁴¹.

La apertura se oponía directamente a la política de gabinetes ocultos que era considerada *per se* como mala mientras que el diálogo abierto y público era lo bueno.

«La eliminación de las políticas secretas y de la diplomacia secreta devenía en una cura maravillosa para toda clase de enfermedad política y corrupción, y la opinión pública se convertía en una fuerza efectiva de control.»⁴².

Como también anotaba Schmitt «la luz del Iluminismo no era otra que la luz de la opinión pública, una liberación de la superstición, fanatismo y la intriga ambiciosa.»⁴³. En este sentido, el Parlamento era el lugar donde se recogían las creencias y necesidades de todos los miembros de la sociedad y así se convertía en el mejor freno para obliterar la voluntad ciega y arbitraria del soberano⁴⁴.

Pero junto con la apertura, el Parlamentarismo ofrecía adicionalmente otra característica: **la división o balance de las actividades del Estado** (División de Poderes). Ciertamente, en la noción de balance también afloraba la idea de la competencia de la cual la Verdad tarde o temprano se impondría. Como advertía Schmitt, la idea del balance o de la balanza dentro del pensamiento ilustrado era una alegoría usada de manera continua:

«Desde el siglo XVI la imagen de la balanza puede ser hallado en distintos aspectos de la vida intelectual (Woodrow Wilson fue ciertamente el primero en reconocer esto en sus discursos sobre la libertad): un balance comercial en la economía internacional, el balance de poder en la política internacional, el equilibrio cósmico de la atracción y la repulsión, el balance de las pasiones en Malebranche y Shaftesbury, aun el término dieta balanceada es recomen-

⁴¹ Carl Schmitt, *Political Romanticism*, Ibid., p. 139.

⁴² Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Ibid, p. 38.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Como también lo mencionaba Schmitt, esta necesidad de contar con la «opinión pública» era compartida por todos los autores liberales de la época, Condorcet por ejemplo decía que «donde hay libertad de prensa, el mal uso del poder es impensable; un simple periódico destruiría a la más poderosa tiranía; la prensa escrita es la base de la libertad, el arte que crea la libertad» Carl Schmitt, Ibid.

También podía decirse lo mismo en los casos de Kant, Bentham y de J. S Mill.

dado por J. J Moser. La importancia para la teoría del Estado de este concepto universalmente empleado es demostrada por unos cuantos nombres: Harrington, Locke, Bolinbroke, Montesquieu, Mably, de Lolme, El Federalista, y la Asamblea Nacional Francesa de 1789.»⁴⁵.

Aún más, la propia idea de balance se daba dentro del propio Parlamento que tendía mayoritariamente a la bicameralidad en tanto se entendía que para conseguir el equilibrio en el Parlamento se necesitaba contar con frenos y con contrapesos. En esta perspectiva, el sistema político federal también se manifestaba como otra de las vías requeridas para conseguir el anhelado balance.

Ahora bien, entre los argumentos que se señalaban para legitimar a esta nueva Institución se indicaba, como lo hacía Locke que, quien ejecutaba las leyes no debía de ser quien las elaborase ya que esto podría configurar una concentración de poder inaceptable y peligrosa. Por consiguiente, Locke pensaba que ni el Príncipe ni el Parlamento debían de tener el control sobre todo. El Parlamentarismo nació pues –en palabras de Locke– como respuesta a la mala experiencia del Parlamento largo de 1640 que había reunido todo el poder para sí⁴⁶.

Así, desde mediados del Siglo XVIII, el Parlamento era reconocido en todo Occidente como el órgano legislativo por antonomasia. «En el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se podía encontrar su más famosa proclama: Cualquier sociedad en la que la separación de poderes y los derechos no esté garantizada no tiene constitución.»⁴⁷. (El subrayado es mío)

Esto –decía Schmitt– finalmente equiparaba a la división de poderes con la Constitución, entendiéndose a la Dictadura como la fórmula política que liquidaba la división de poderes, es decir a la Constitución⁴⁸.

Como última característica del Parlamento aparecía finalmente su carácter de **órgano legislador o productor de leyes**. Este talante ya se manifestaba inclusive en los escritos de los juristas de la Reforma como Beza que en su *Droit de Magistrats* decía que uno no debía de juzgar por casos sino por leyes, o en la propia *Vindiciae contra Tyrannos* de Junius Brutus que deseaba reemplazar a la persona concreta del rey con una autoridad impersonal y una razón universal y así el rey debía de obedecer a las leyes como el cuerpo obedecía el alma⁴⁹.

El monarca normalmente actuaba en base a pasiones y por eso, como Kelsen lo pensaría algunos años después, la ley positiva justamente al carecer de sentimientos y pasiones era por lo tanto superior a las debilidades de la naturaleza humana. La norma elaborada dentro del Parlamento por ser general (esto es, sin excepciones) y abstracta se imponía substancialmente a la decisión del monarca que era particular (aceptaba

⁴⁵ Ibid., p. 40.

⁴⁶ Ibid., pp. 40-41.

⁴⁷ Ibid., p. 41.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 42.

excepciones) y concreta. Adicionalmente teníamos que esta norma parlamentaria era la expresión de la voluntad general (*volonté générale*) que había sido propuesta por Jean Jacques Rousseau en su recordado *Du Contrat Social*.

Así pues, «la ley, *Veritas* en contraste con la mera *Auctoritas*, la norma general correcta en contraste con la orden meramente real y concreta como Zitelmann argüía en una formulación brillante, como un imperativo, siempre contenía un momento individual intransferible; esta idea de la ley había sido siempre concebida como algo intelectual, a diferencia del ejecutivo que era esencialmente activo. Legislar es *deliberare*, ejecutivo *agere*. Este contraste tenía también su historia que empezaba con Aristóteles. El racionalismo de la ilustración francesa ponía énfasis en el aspecto legislativo a expensas del ejecutivo y halló una fórmula poderosa para el Ejecutivo en la constitución del 5 Fructidor III (Título IX, 275) «Ninguna fuerza armada puede deliberar»....»⁵⁰.

La deliberación quedaba entonces para el Parlamento exclusivamente y de aquí se podía asociar el término discusión con las palabras verdad, ley, Constitución y Estado.

Sin embargo, las cosas no eran tan simples como lo creían los pensadores de la ilustración y de hecho cada uno de los principios que sustentaban al Parlamentarismo, vale decir, la apertura, la división de poderes y la capacidad legislativa comenzaron a ser desvirtuados por los hechos sociales y políticos que empezaban a decantarse ya desde el Siglo XIX y que hoy en día son inocultables como proféticamente lo anunciaba el Profesor Schmitt:

«La realidad del Parlamento y de la vida de los partidos políticos y de las convicciones públicas están hoy en día muy alejadas de tales creencias –se refiere a los principios antes citados–. Las grandes decisiones políticas y económicas sobre las cuales descansa el destino de la humanidad no están más (si es que alguna vez lo estuvieron) en el balance de opiniones dentro del debate público y el contradebate. Tales decisiones no son más el resultado del debate parlamentario. La participación de los congresistas en el gobierno –gobierno parlamentario– ha probado ser el más efectivo medio para abolir la división de poderes, y con esto el viejo concepto del parlamentarismo. Como se encuentran hoy las cosas, es prácticamente imposible no trabajar con comisiones, y comisiones cada vez más pequeñas; de este modo el pleno del Congreso gradualmente se desvía de su propósito (esto es, de su carácter público), y como resultado de esto deviene en una mera fachada»⁵¹. (El subrayado es mío)

Aparentemente, Schmitt podría estar siendo excesivamente duro y crudo con la institución parlamentaria, aunque, nadie podría negar que esto, que era atisbado por él con respecto a la República de Weimar y su Parlamento, podría también ser reflejado substantivamente por la realidad de los Parlamentos contemporáneos y muy especialmente por el peruano.

⁵⁰ Ibid., pp. 44-45.

⁵¹ Ibid., p. 49.

En contraposición a los argumentos schmittianos, se podría responder que él aquí hacía alusión a un sistema político que ya no existe —el gobierno parlamentario—. Empero, es innegable que la forma del gobierno parlamentario de la época de Weimar ha sido tomada por el Ejecutivo que hoy gobierna y legisla a la vez con lo cual se le daría plenamente la razón a Schmitt cuando adelantara la imposibilidad material de la llamada división de poderes y las graves consecuencias políticas que traería el rechazar tal realidad.

Finalmente, a la saga de todo esto y como una nueva verdad política aparecía renovada y mucho más nefanda la política secreta, que tras bambalinas comenzaba a decidir los destinos de la humanidad:

«Pequeños comités dentro de los partidos o coaliciones de partidos toman sus decisiones tras puertas cerradas, y, tal vez, lo que los representantes de los intereses de los grandes capitales acuerdan en los pequeños comités sea más importante para el destino de millones de personas que cualquier decisión política. La idea del moderno parlamentarismo, la demanda por controles, y la creencia en la apertura y la publicidad nacieron en la lucha contra las políticas secretas de los príncipes absolutistas. El sentido popular de la libertad y de la justicia fue ultrajado por prácticas arcanas que decidían el destino de las naciones a través de resoluciones secretas. Pero que tan inofensivas e idílicas son los objetos de las políticas de gabinete de los siglos diecisiete y dieciocho comparados con el destino que está en juego hoy y que es capaz de usar cualquier clase de secretos... Si en las actuales circunstancias el negocio parlamentario, la apertura y la discusión han devenido en una trivialidad vacía y formal, entonces, el parlamento, como fue desarrollado en el siglo XIX, ha perdido también sus fundamentos y significado.»⁵²

4. EL PROBLEMA DE LA ANTITESIS ENTRE EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA

Estudiando las raíces del constitucionalismo alemán, Schmitt se preguntaba si es que la Constitución era realmente un documento consistente. Hurgando por la respuesta encontró que la Constitución contenía dos ideas distintas, una que traía una concepción democrática y la otra una concepción liberal⁵³.

Como bien afirmaba el Profesor Schmitt el auge de la democracia se inicia con las luchas entre la burguesía y el monarca o príncipe absolutista. Así, los burgueses opondrán las teorías basadas en la *volonté générale* para minar la legitimidad del príncipe. Pero, una vez que el monarca desapareció, el propósito político de la democracia también se desvaneció⁵⁴.

Quizá, uno de los puntos más polémicos en él haya sido su definición de democracia, que como la repetía en distintos textos, no era otra que la democracia afirmada

⁵² Ibid., p. 50.

⁵³ George Schwab, Ibid., p. 61.

⁵⁴ Ibid., p. 62.

por los griegos y en cierto modo también por Rousseau y que se definía como la identidad entre gobernante y gobernado ⁵⁵.

Para Schmitt entonces la democracia implicaba fundamentalmente homogeneidad, es decir, que él tomaba la definición sustantiva de democracia, esto es, la igualdad entre los iguales ⁵⁶.

Desde esta perspectiva y siguiendo su famosa definición del concepto de lo político como la distinción entre los amigos y los enemigos ⁵⁷, la democracia era descrita básicamente como un concepto político, en tanto que, solamente una unidad política (léase comunidad) podía cumplir con el precepto de la identidad. Fuera de esta definición cualquier concepción de democracia carecía de contenido político y se diluía en una ideología que heredera del pensamiento Cartesiano y del Romanticismo político, Schmitt identificará como Liberalismo. Ahora bien, dicha ideología tenía además como característica esencial su manifiesta oposición a la democracia sustantiva ⁵⁸.

En uno de sus libros más conocidos *Verfassungslehre* (Teoría de la Constitución), Schmitt, puntualizaba enfáticamente que el liberalismo no podía ser un concepto político ni que tampoco era una forma de gobierno, pues sería imposible establecer una Constitución basada únicamente con principios liberales. Parafraseando a Mazzini señalaba que la libertad no establecía nada ⁵⁹.

Precisamente el liberalismo al proclamar la autonomía individual desestabilizaba las bases políticas de cualquier comunidad (la homogeneidad). Por esta razón el liberalismo requería hacer una mixtura entre el individualismo que preconizaba y algunos de los principios políticos formales que se adecuasen al tipo de organización política que deseaba.

Ciertamente, las posibilidades existentes eran las clásicas formas de gobierno resaltadas por Aristóteles, a saber: Monarquía, Aristocracia y Democracia. Sin embargo,

⁵⁵ Carl Schmitt, *Political Theology*; *Ibid.*, p. 49; Carl Schmitt *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Preface to the Second Edition, *Ibid.*, pp. 1-17. *Verfassungslehre*, (Duncker und Humblot, München, Leipzig, 1928). Edición en español, *Teoría de la Constitución* (Alianza Editorial, Madrid, 1982), p. 201 ss.

En su artículo «Der Bürgerliche Rechtsstaat» —«El Estado Burgués de Derecho»— aparecido en la revista *Abenland* Nº 3, 1928, pp. 201-203, Schmitt señalaba que «toda democracia supone una homogeneidad total de la gente. Solamente tal unidad puede ser portadora de una responsabilidad política, más como en el caso del Estado actual en donde la gente tiene una composición heterogénea, la integración de las masas en una unidad deviene en una necesidad...»

⁵⁶ Richard Bellamy & Peter Baehr, «Carl Schmitt and the Contradictions of Liberal-Democracy» en, *European Journal of Political Research*, 23, 1993, p. 169.

⁵⁷ «La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo. Ella da a los actos y a los motivos humanos sentido político; a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos, y ella, en fin, hace posible una definición conceptual, una diferencia específica, un criterio».

Der Begriff des Politischen, (Walther Rotschild, Berlin-Grunewald, 1928). Edición en español: *El Concepto de la Política en Estudios Políticos* traduc. de Javier Conde (Editorial Doncel; Madrid, 1975). Más recientemente ha habido una nueva traducción a cargo de Rafael Agapito en donde se corrige el error del título de la primera versión al español, es decir que ahora lleva por título *El Concepto de lo Político*, (Alianza; Madrid, 1991).

⁵⁸ Eduardo Hernando Nieto, *The Political Thought of Carl Schmitt*, Disertación de Maestría en Teoría Política. Impublicada. University of East Anglia (Norwich-Inglaterra, Junio 1995), pp. 15-30.

⁵⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *Ibid.*, p. 201.

cualquiera de estas fórmulas tenía que ser adaptada dentro del *pathos* liberal, y esto significaba que «sus principios debían de ser relativizados transformándose las formas políticas (Staatsformen) en simples formas del poder legislativo o del poder ejecutivo (Regierungsformen).»⁶⁰

El individualismo implicaba la colocación de límites y barreras a lo político para garantizar la libertad personal y así, a partir del nacimiento del Estado Constitucional teníamos ya no Monarquías pero si **Monarquías Constitucionales**, ni tampoco Democracias pero si **Democracias Constitucionales**⁶¹, es decir, que todo quedaba morigerado por la ley positiva, que a su vez, era supuestamente la salvaguarda de la libertad individual.

Asimismo, era evidente que cualquiera de las formas de gobierno requería de dos elementos estructurales que conjugados permitiesen su realización, uno de ellos era el de la **Identidad** que estaba asociado a la democracia. Este principio de la identidad descansaba sobre la base de que no existe Estado sin gente y por consiguiente el Estado debía de estar presente como una magnitud efectiva. El otro principio, el de la **Representación**, se lo vinculaba a la Monarquía y señalaba que la unidad política como tal no podía ser hallada en una identidad real y por ende tenía que ser representada por los hombres.

Decía Schmitt que el ideal de la identidad había sido recogido por Rousseau mientras que el de la representación por el absolutismo expresado por ejemplo en la famosa frase de Luis XIV, «*L'État c'est moi*», esto es, yo únicamente represento a la nación⁶².

Sobre este punto cabe hacer algunas precisiones importantes. El Profesor Schmitt era plenamente consciente de que la aplicación individual y aislada de cualquier elemento estructural podía tener graves implicancias políticas. Y, si bien es cierto que él definía a la democracia como la identidad entre gobernado y gobernante su definición no caía en el absurdo de asociar a ésta únicamente con el elemento estructural de la identidad. Al contrario, un concepto político necesitaba una forma política que conjugase la identidad con la representación y ésta por ejemplo era la fórmula desarrollada por las antiguas *Polis* en las que los ciudadanos tomaban la representación de todo el conjunto y al mismo tiempo no habían grandes diferencias entre cada uno de los distintos grupos sociales existentes al interior de la *Polis*⁶³ (Con lo cual era posible mantener la homogeneidad, elemento clave para la definición de lo político).

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., p. 201 ss.

⁶² Ibid., p. 205.

⁶³ Esta aplicación excluyente ha sido la tónica de todas las distintas teorías políticas de la modernidad como aquellas que estaban abocadas por ejemplo a la realización de la identidad plena y que desarrollaron corrientes Totalitarias (verbigracia el Marxismo) y por otro lado, quienes abogaban por una representación exclusiva expresada ora en el Gobierno Parlamentario ora en el Cesarismo, fenómenos políticos que podían culminar —como apuntaba Schmitt— en una suerte de «*Res populi*» sin «*populus*». Este último caso, estaría graficado contemporáneamente en la despolitización que se vive en los actuales Estados que se muestran en su gran mayoría alejados totalmente de la sociedad civil justamente a causa de que el Estado de Derecho, trató de soslayar el principio de Identidad para concentrarse exclusivamente en el de Representación.

Si bien es verdad, que el liberalismo también consideraba a la igualdad universal como un valor supremo, —de hecho, es precisamente a través de este valor que se gesta la derrota del Estado jerárquico y estamental de la edad media— no es menos cierto que se trataba la suya de una igualdad que no era política pues, la «igualdad entre todos los hombres» (base de las modernas teorías de los derechos humanos) no podía ser considerada como una democracia, sino como una especie de liberalismo, no una forma del Estado, sino una ética y *Weltanschauung* individualista y humanitaria»⁶⁴.

Así pues, Schmitt nos advertía que lo que significaba la democracia contemporáneamente no era democracia en sentido estricto sino liberalismo. Una igualdad entre todos los seres humanos no sería nunca un concepto político en tanto no podría ya distinguirse a los amigos de los enemigos a menos de que existiese una civilización extraterrestre que se opusiera políticamente a los seres humanos. La humanidad como tal, nunca podría establecerse como un concepto político. Inclusive, esta es una verdad tan evidente que los propios países impulsores de los derechos humanos y de la igualdad entre todas las personas son siempre los primeros en solicitar visados de ingresos a sus respectivos países a fin de que los «otros» no invadan literalmente sus dominios. Aquí por cierto, se evidencia a las claras un comportamiento político que trae por los suelos los fundamentos del liberalismo-democrático.

Para concluir, Schmitt hallaría un aspecto adicional que asentuaría las diferencias insalvables entre la democracia y el liberalismo. Las democracias de hoy consideran el principio del sufragio secreto como una de las salvaguardas de la libertad individual, vale decir, que no habría democracia sin cámaras de sufragio. Empero, Schmitt apuntaba que la «gente» solamente existía dentro del dominio público y por ende «la gente» era un concepto de derecho público. La opinión unánime de cientos de millones de votos secretos nunca podría expresar la voluntad general o la opinión pública⁶⁵. Así como el Parlamento había nacido para que la política se hiciera pública frente a las políticas secretas del Estado absolutista, en el caso del sufragio paradójicamente lo público aparecía como un estigma y lo privado como una virtud, esto para Schmitt era un síntoma palpable de que lo que se asumía por democracia y por democrático no eran sino manifestaciones del pensamiento liberal y del individualismo más puro. Desde esta perspectiva era también razonable sostener que si bien es verdad que nunca una Dictadura podría ser liberal sí podría haber en cambio una Dictadura democrática⁶⁶.

En resumen, el liberalismo al representar la idea de autonomía y pluralismo, finalmente minaba toda noción política, esto es, fraccionaba cualquier unidad. Ahora bien, asumiendo que la democracia era efectivamente un concepto político su relación con el liberalismo tenía que concluir en una relativización de la política, esto es, en una crisis del Estado y de todas las Instituciones Políticas vinculadas a él.

⁶⁴ Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, *Ibid.*, p. 13.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁶ *Ibid.*

5. ESTADO DE DERECHO O ESTADO POLITICO: ¿SON REALMENTE INCOMPATIBLES?

La crisis del Estado Constitucional que hoy en día nadie puede negar, no fue evidentemente producto de la obra schmittiana. Schmitt únicamente avizoró con algunos años de anticipación las fisuras latentes dentro de la estructura del Estado de Derecho y que tarde o temprano acabarían por manifestarse de manera desgarradora.

Estas fisuras se hallaban concretamente en el modo como el Estado de Derecho al tratar de salvaguardar cierto tipo de libertades⁶⁷, marginó abiertamente el componente político que todo ordenamiento legal debía de contar. Al separarse abiertamente lo jurídico de lo político (vía la filosofía Kantiana) se perdía enormes componentes sociales que convertían al ordenamiento jurídico en un reino ajeno e inútil para el quehacer humano.

Schmitt decía que «el concepto de Estado presupone el concepto de lo político» (*Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus*) lo cual significaba que así como las constituciones políticas constituían un fenómeno histórico, del mismo modo, el Estado también lo era⁶⁸. No siempre existió el Estado y no necesariamente tendrá que existir toda la vida. Empero, el criterio de lo político, esto es, la existencia de comunidades humanas que comparten una misma tradición y un linaje existieron siempre y lo seguirán haciendo. En esto, consistía entonces la superioridad de lo político frente a lo legal y esta distinción —que como veremos luego no implicará oposición— podía retratarse en la diferencia entre lo absoluto y lo eterno frente a lo relativo y lo contingente.

El Estado de Derecho estuvo siempre anclado a una cosmovisión inmóvil que, a semejanza de la filosofía Kantiana consideraba al tiempo y al espacio como categorías estáticas. La realidad de la naturaleza de la cual forman parte inseparable los seres humanos, en contraste se hallaba en perpetuo cambio y movimiento y en consecuencia el aparato legal de las estructuras políticas denominadas Estados de Derecho quedaban desbordados por la propia naturaleza de las cosas.

Schmitt barruntó acertadamente este fenómeno con el nacimiento de los grandes Estados Totales o Totalitarios que emergieron con la crisis de la primera guerra mundial y que en virtud de las demandas que planteaban las sociedades civiles —azuzadas por el liberalismo burgués dicho sea de paso— contribuyeron a ensanchar las dimensiones del Estado moderno.

Esto era además muestra clara de que la alianza forjada entre la democracia y el liberalismo había llegado a su fin y que de ninguna manera el invocar una igualdad

⁶⁷ Nos referimos a las libertades negativas, esto es, a la ausencia de coerción externa. Ver de Isaiah Berlin, «Two Concepts of Liberty» en *Four Essays on Liberty*, (Oxford University Press; Oxford, 1969). Edición en español: «Dos Conceptos de Libertad» en *Libertad y Necesidad en la Historia* (Ediciones Revista de Occidente; Madrid, 1974)

⁶⁸ Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*. Citado por Germán Gómez Orfanel, «Carl Schmitt y el decisionismo político» en *Historia de la Teoría Política 5*, editado por Fernando Vallespín, (Alianza; Madrid, 1993), p. 263.

universal (como las tesis de los derechos humanos por ejemplo) podía remediar esta situación.

Por otro lado, era por todos conocido que los derechos y las libertades salvaguardadas por el texto constitucional no se concretaban en la realidad social, esto creaba a su vez falsas expectativas que propiciaban la deslegitimización del sistema constitucional, así como también el afloramiento de toda laya de movimientos políticos violentos que empezaban a poner en jaque a toda la institucionalidad política produciendo a su vez lo que Schmitt denominó un estado de emergencia o un estado de necesidad. Estos estados de excepción como lo vimos a lo largo de todo este ensayo nunca fueron contemplados por quienes elaboraron las bases del Positivismo y del Estado de Derecho ⁶⁹.

Ahora bien, si es verdad que el Constitucionalismo trastabillaba ante el desafío de la excepción, no era menos cierto que la división de poderes y la apertura vía el diálogo público eran también concepciones endebles.

El mito de la división de poderes se agotaba en la ilusión del equilibrio alimentado por la ideología de la ilustración del Siglo XVIII y las utopías que ya medraban desde el Renacimiento inclusive. La política y el poder no podían fragmentarse en pequeñas islas porque a la larga el monopolio emergería ⁷⁰ y tendríamos así indefectiblemente o bien un gobierno parlamentario –como el que quería surgir en Weimar– o un gobierno tipo Cesarista como el de Hitler que siguió necesariamente tras el fracaso estrepitoso de Weimar. Es una verdad de perogrullo que jamás ha funcionado en la historia del pensamiento jurídico-político de occidente un Parlamento únicamente legislador y un Ejecutivo puramente Ejecutor.

En cuanto a la razón de ser de los Parlamentos, vale decir, el intercambio de opiniones para llegar a acuerdos o consensos ⁷¹ es evidente que esto es hoy insostenible; no solamente porque los parlamentos contemporáneos están abocados a la creación de comisiones de trabajo cuyos frutos nadie percibe y a nadie tampoco le interesa en el mejor de los casos cuando no a las relaciones públicas y a un tímido control de la «moralidad» (que dicho sea de paso sin la ayuda de los medios de comunicación no serviría para nada) sino también porque como lo sostiene uno de los más importantes

⁶⁹ En este sentido no sería exagerado sostener que existe cierta relación entre los Estados constitucionales y las causas que dieron origen a los movimientos terroristas como el ETA en España o el IRA en el Reino Unido. Por otro lado, es también un hecho que el Estado constitucional además de estar comprometido de cierta manera con el nacimiento del Terrorismo moderno ha resultado ser ineficaz para su combate. Un caso evidente lo tenemos en el Perú que necesitó un régimen más decisionista que legalista para enfrentar con éxito el fenómeno subversivo.

⁷⁰ Un autor contemporáneo que da cuenta de la imposibilidad de soslayar los monopolios es Michael Walzer, quien en *Spheres of Justice. A defense of Pluralism and Equality*, Basic Books; New York, 1983, (edición en español, *Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad*, F.C.E; 1993, México) propone un modelo de Justicia que establezca claramente las esferas de cada uno de los monopolios sociales –por ejemplo el poder sería uno de ellos– de tal manera de que no se produzcan interferencias de una esfera con otra.

⁷¹ De hecho, esta es la definición de política que todavía utilizan diversos teóricos de la democracia-liberal como Habermas, Dahl, Mouffe, Bobbio, Sartori, Offe o Held por citar algunos.

filósofos contemporáneos de la actualidad ⁷² en las sociedades fragmentadas y multiculturales del presente es imposible llegar a ningún acuerdo a través del diálogo en tanto que el debate ético (del cual finalmente dependen las discusiones parlamentarias) se ha tornado inconmensurable a raíz de que actuamos en base a restos de distintos proyectos éticos que se originaron durante la ilustración y que carecen de bases teleológicas para poder determinar la verdad o falsedad de los argumentos que se esgrimen. En otras palabras, y como ya lo adelantara Donoso Cortés en el Siglo XIX, el parlamento moderno reúne a «una clase discutidora» que es incapaz de llegar a una decisión y que su función se consume exclusivamente en el diálogo ⁷³.

Los argumentos que utiliza el Profesor Schmitt para desvirtuar la validez del Estado de derecho parecen pues incuestionables y dudamos mucho de que los más avisados defensores del Estado constitucional clásico puedan hallar razones lógicas para contrarrestar los desafíos schmittianos. Sin embargo, no es nuestra intención que esta situación sirva como argumento para seguir alimentando las propuestas de la mayoría de los filósofos europeos y norteamericanos quienes protegidos por la muerte de los «grandes relatos» y las «metanarrativas» nos intentan colocar en una posición nihilista en la cual lo jurídico como lo político carecen de sentido y propósito y son presas fáciles de todo tipo de fuerzas anómicas. (Por ejemplo la globalización)

Si se trata de afrontar este dilema, no cabe duda que el Estado político schmittiano, aquél que combina de manera inteligente la norma y la excepción, es decir, lo jurídico y lo político dentro de una gran unidad que es la esfera de lo metapolítico (en donde la brecha entre lo público y lo privado se estrechen hasta que puedan llegar a borrarse) sí podría ser capaz de oponerse a estas corrientes antijurídicas y antipolíticas. Este Estado —que Schmitt llamó Estado Total cualitativo ⁷⁴— reconocería que lo político es anterior a lo jurídico sin que esto signifique que lo jurídico quede fuera. Justamente, sólo podrán existir instituciones políticas reales cuando las distancias entre lo político y lo jurídico aminoren hasta que consigan una unidad.

⁷² Nos referimos al Profesor Alasdair MacIntyre y su monumental *After Virtue* (University of Notre Dame Press; Indiana, 1984). Traducción al español, *Tras la Virtud* (Crítica; Barcelona, 1987).

«El rasgo más chocante del lenguaje moral contemporáneo es que gran parte de él se usa para expresar desacuerdos; y el rasgo más sorprendente de los debates en que esos desacuerdos se expresan es su carácter interminable. Con esto no me refiero a que dichos debates siguen y siguen —aunque también ocurren, sino a que por lo visto no pueden encontrar un término. Parece que no hay un modo racional de afianzar un acuerdo moral en nuestra cultura.»

Ibid., p. 19.

⁷³ Carl Schmitt, *Political Theology*, Ibid., p. 59.

Dice Donoso: «La discusión es espada espiritual que revuelve el espíritu con ojos vendados; contra ella, ni vale la industria ni la malla de acero: la discusión es el título con que viaja la muerte cuando no quiere ser conocida y anda de incógnito. Roma la sesuda la conoció, a pesar de sus disfraces, cuando entró por sus muros en traje de sofista; por eso, prudente y avisada, le refrendó su pasaporte. El hombre, al decir de los católicos, no se perdió sino porque entró en discusiones con la mujer, ni la mujer sino por haber discutido con el diablo...»

«Ensayo sobre el Catolicismo, el Liberalismo y el Socialismo, Libro II, Cap VIII en *Obras Escogidas*, Ibid., p. 416.

⁷⁴ «Die Wendung zum Totalen Staat», en *Europäische Revue*, VII, 4, 1931.

Es evidente entonces, que el Estado de Derecho por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, nunca podría constituir instituciones políticas sólidas que asegurasen la paz social y el bien común porque su fundamento descansa en esta famosa dicotomía que es además el elemento liberal (ideológico) que relativiza y socava lo político.

Decir finalmente que el Estado de Derecho es incompatible con el Estado Político no es otra cosa que afirmar que el liberalismo y la política no pueden ir juntos, a menos claro está, que el liberalismo se vuelva político –con lo cual dejaría de ser liberalismo– o que el Estado Constitucional se torne político con lo que también dejaría de ser Estado de Derecho en sentido estricto.