

Carl Schmitt. La Agonía del *Ius Publicum Europeum*

José Ignacio Vásquez Márquez

Magister en Ciencia Política

Profesor de Derecho Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El presente trabajo se inspira en el recuerdo de Carl Schmitt, considerado clásico moderno del pensamiento jurídico y político, cuyas influyentes ideas traspasaron las fronteras de su patria hace muchas décadas, para ser analizado con gran interés y también desconfianza por estudiosos de diversas latitudes y posiciones y cuya recepción en nuestro país se viene verificando lentamente, desde algunos años atrás, después de su muerte hace 20 años. Como contribución a esto último, el presente trabajo se propone difundir el pensamiento jurídico de Schmitt. Desde la perspectiva del jurista, en estas páginas se hará una breve semblanza personal, su trascendencia como pensador, su obra jurídica, describiendo sus principales trabajos en esta disciplina, para concluir explicando el doble alcance del término agonía, en relación a esa gran creación política moderna, el Estado, *Deus ex machina*, fundamento del *Ius Publicum Europeum*. El desarrollo del Estado de Derecho bajo el dominio del liberalismo y el positivismo jurídico será objeto de un análisis crítico a lo largo de toda su obra, pues, nunca dejó de comprender la realidad a la luz de la situación política, como condición de aquél.

1. Breve biografía y semblanza

Un 7 de abril de 1985, es decir, hace algo más de 20 años, Carl Schmitt fallecía en su ciudad natal de Plettenberg, Alemania, a la edad de 97 años.

Ha sido reconocido como *"el más joven de los clásicos del pensamiento político"*.¹ También se definió como *"el último defensor consciente del Ius Publicum Europeum, el último en enseñarlo y en hacer investigaciones sobre este tema en un sentido existencial..."*.²

El año 1910 obtiene el doctorado en derecho con *"summa cum laude"*. A través de un número importante de escritos y ensayos alcanzará rápidamente un reconocimiento en el mundo académico. Muchas de esas obras son hoy día referencia obligada para el estudio del derecho, en especial del derecho público y de lo político, a las cuales nos referiremos parcialmente más adelante.

Su labor como profesor universitario se inicia en 1921, entre 1922 a 1928 ejerce en la Universidad de Bonn y, desde este último año, en Berlín, en la Escuela Superior de Comercio. Esta actividad lo pondrá en el centro de la vida política y académica del momento en Alemania, transformándose en uno de los más brillantes catedráticos de la época. Nada le hará presagiar que las circunstancias políticas de Alemania en los años venideros, con la asunción de Hitler al poder en 1933, cambiarían ese camino de éxito y reconocimiento.

Schmitt llegará a ser un filósofo político y del derecho que resuena al mismo nivel que Rudolf Smend, Herman Heller y Hans Kelsen. Con éste tendría una intensa polémica cuyos ecos tienen vigencia hasta hoy. Ambos rivalizaron en torno al positivismo o normativismo y el decisionismo, así como también sobre la existencia de la institución de los tribunales constitucionales. Lo cierto es que más allá de estos temas puntuales, se revela en esta rivalidad una profunda diferencia entre una visión purista y neutra y una existencial y realista del Derecho y del Estado.

Junto a lo académico, destacará como jurista, especialmente como asesor jurídico del régimen presidencialista de Hindenburg, en la última época de la República de Weimar. Su influyente participación en lo jurídico-político, durante la vigencia de la Constitución de 1919, concita la discusión sobre su real influencia en la crisis del sistema y en el advenimiento del nazismo. Por ello, algunos lo han calificado como el jurista oficial del régimen de Hitler e incluso como *"el profeta intelectual del nazismo"*. Esta posición de Schmitt lo pondrá

¹ Bernard Wilms, *"Carl Schmitt- jüngster Klassiker des Politischen Denkens?"*, en *Complexio Oppositorum über Carl Schmitt*, Helmut Quaritsch (editor), Dunker und Humblot, 1988, págs. 577 y sgtes.

² Carl Schmitt, *Ex captivitate Salus*, Struhart & Cía. pág. 71.

frente a sus críticos en situación de ser calificado como el *fossoyeur* (enterrador) del régimen de Weimar, aunque se desconozca muchas veces su postura ante la eventual asunción de Hitler en enero de 1933.³

Sin embargo, la mayoría de los estudiosos estiman que esto se sobredimensiona en comparación al rol de los ideólogos del mismo, como Rosenberg, Benn o Goebels y otros, y, además, se ignora que su paso por el NSDAP fue fugaz, entre 1933 y 1936, así como las verdaderas causas de su alejamiento.⁴

A pesar de lo anterior, luego de la guerra será alejado definitivamente y hasta el final de sus días de toda actividad docente universitaria. Entonces, se recluirá en su pueblo natal, dedicándose a ejercer como un *privatgelehrter* (estudioso privado), hasta donde concurrirán frecuentemente a visitarlo y a intercambiar ideas, intelectuales de los más variados sectores.

Continuará la producción de una sugerente obra centrada en el derecho y las relaciones internacionales, la anticipación del actual proceso de globalización, imponiendo conceptos y visiones que en la actualidad están presentes en la mayoría de los más destacados internacionalistas.

³ Gonzalo Fernández de la Mora cita una declaración de Schmitt al periódico *Täglicher Rundschau*, de 19 de julio de 1932, seis meses antes de la llegada al poder de Hitler, en el cual señalaba: "quienes faciliten la victoria a los nacionalsocialistas actúan demencialmente" ("*Schmitt y la democracia*", en Estudios sobre Carl Schmitt, Dalmacio Negro Pavón (editor), Fundación Canovas del Castillo, 1996, pág. 122).

⁴ Schmitt demuestra una contradictoria posición ante el nazismo, calificada de oportunista u *occasionalismo*, como denominaba él al romanticismo político. Por un lado, están sus advertencias sobre una victoria nazi, democráticamente, el análisis sobre la responsabilidad de la burocracia germana, en especial la de los ministerios, que no solo no se vio amenazada en ese régimen, sino, además, simpatizó con él, sintiéndose protegida tanto en sus privilegios y poder, como de una eventual guerra civil. Schmitt recuerda que "lo decisivo fueron las solemnes declaraciones de legalidad... El problema de la legalidad aparecía ya entonces como la clave del problema del poder estatal en Alemania. De ahí que en el problema de la legalidad se encontrara la respuesta adecuada a nuestra pregunta de por qué la burocracia alemana siguió a Hitler... Porque la subida al poder no fue ilegal a los ojos de la burocracia... Tampoco lo fue para la gran mayoría del pueblo alemán, y menos aún para los gobiernos extranjeros, que continuaron sus relaciones diplomáticas, sin considerar necesario un nuevo reconocimiento jurídico internacional, como habría sido preciso en caso de ilegalidad. Tampoco había ningún contragobierno frente a Hitler. Tal contragobierno no se instauró ni en suelo alemán ni en el exilio... La sentencia del tribunal militar internacional de Nüremberg de 1 de octubre de 1947 declara que "en 1934 todo el poder estaba en manos de Hitler". Para nuestro problema, este párrafo tiene el mayor alcance. Pues con ello el poder de Hitler para toda representación positiva de la legalidad era mucho más que legal, era también la fuente de toda legalidad jurídica positiva" ("*El problema de la legalidad*", anexo a *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Aguilar, 1970, págs. 160 a 162). Este texto da cuenta del ambiente de aceptación de los alemanes a un régimen de evidente carácter totalitario, pero que reconocía legitimidad a lo que apareciera como orden legal. La contradicción de Schmitt no fue una excepción en el pueblo alemán, sino la regla general. Incluso puede señalarse que se enfrentó a esa realidad más temprano que la mayoría.

Por otro lado, cuatro meses después de la asunción de Hitler al poder, Schmitt se inscribe en el Partido Nacional Socialista, siendo designado en destacados cargos como jurista y académico. A pesar de estos iniciales halagos, las buenas relaciones no durarían mucho tiempo y pronto sería criticado desde sectores más ortodoxos del Partido acusándolo por causas doctrinarias y por mantener amigos judíos y atacado en la publicación de las SS. Ante la presión y amenaza de esos sectores, a fines de 1936 Schmitt renuncia a todos los cargos políticos, manteniendo sólo su cátedra en la Universidad de Berlín hasta fines de la guerra.

2. Influencia de Schmitt

2.1. La influencia del autor en el ámbito intelectual y universitario traspasa las fronteras de su patria a pesar del ostracismo al que se le sometió luego de la 2ª Guerra Mundial hasta su muerte.

Destacando la similitud con la existencia de un hegelianismo⁵ de izquierda y otro de derecha, la realización de un seminario sobre la obra de Schmitt en 1986 en Alemania, un año después de su muerte, motivaría al politólogo alemán Armin Mohler⁶ a escribir un artículo con el título de "*Schmittianos de izquierda, schmittianos de derecha y schmittianos del establishment*". Las diversas tendencias de los participantes en el seminario daban cuenta de la influencia transversal que provocaba el pensamiento de Schmitt.

En todo caso, el anterior evento no sería el primero que tendría lugar para analizar el pensamiento y obra de Carl Schmitt, pues el año 1980 en Washington, todavía en vida de éste, ya se había realizado un seminario con estudiosos de su obra, esta vez, bajo los auspicios de la American Political Science Association y con el significativo título de "*Carl Schmitt, el equivalente moderno de Hobbes*".

En 1981, en Venecia, se reunirían algunos de los más importantes intelectuales de la izquierda italiana –Massimo Cacciari, Giacomo Marramao y Pier Paolo Portinaro– en un coloquio denominado "*La Política oltre lo Stato*"⁷ (La política más allá del Estado), centrado en el pensamiento de Schmitt y su análisis del sistema democrático liberal para buscar argumentos contra el Estado "*burgués*", que aquélla tanto criticaba en esa época.⁸

2.2. Mencionar a Schmitt actualmente, en nuestro medio jurídico nacional, puede evocar poco, algo o mucho, para muchos, algunos o pocos. Para muchos, será simplemente un jurista alemán más, mientras que para otros, será un jurista del que habrán leído con seguridad poco, o tendrán alguna referencia de aquél vinculado al nacionalsocialismo.

Para otro sector, ciertamente bastante más escaso, en el que existen seguidores, detractores y críticos, Schmitt es un destacado pensador del derecho y de lo político, polémico por sus posturas y actuaciones.

⁵ Con este término se designan a las diversas escuelas filosóficas o corrientes contrapuestas que aparecen bajo la influencia de la filosofía de G.F. Hegel.

⁶ Armin Mohler, *Links-Schmittisten, Rechts-Schmittisten und Establishment-Schmittisten*, artículo aparecido en *Criticón* N° 98 de noviembre-diciembre de 1986, págs. 265 a 267. También traducido como *Schmittistes de Droite, Schmittistes de Gauche et Schmittistes Etablis*, en *Nouvelle Ecole*, N° 44, Primavera de 1987, París, págs. 63 a 66.

⁷ Publicado como "*La Política oltre lo Stato*", Arsenale, Venecia, 1981.

⁸ Ver José Ignacio Vásquez Márquez, "*La izquierda mira hacia Carl Schmitt*", en revista *Ciudad de los Césares* N° 68, 2004.

La escasa recepción de la obra de Carl Schmitt en Chile –a diferencia de lo que ha ocurrido en Argentina–, hasta los últimos años, se comprueba en su poca influencia y conocimiento, tanto en el desarrollo de la ciencia política como en el de la ciencia jurídica del país. Ello puede explicarse por la adhesión mayoritaria al constitucionalismo clásico, así como por el fuerte predominio del positivismo jurídico desde fines del siglo XIX. Sin embargo, la mayoría de los textos constitucionales chilenos no encuentran sus orígenes en un normativismo puro, sino, por el contrario, en un evidente decisionismo producto de crisis y estados de excepción.

Sin perjuicio de lo anterior, en el siglo recién pasado ha existido alguna influencia o mayor atención de su obra, especialmente en pensadores conservadores chilenos. También, en el ámbito de la ciencia política y jurídica nacional y, en especial, en el derecho constitucional, la obra de Schmitt ha sido recepcionada, aunque de manera más restringida. El constitucionalista Guillermo Izquierdo Araya conoce tempranamente algunas de sus obras, como *Teoría de la Constitución* o *Defensa de la Constitución*.

Sin embargo, desde hace algo más de una década, la obra y las tesis de Schmitt se divulgan y discuten crecientemente en Chile, sirviendo de base para la producción de algunos interesantes estudios y referencias de notas. Es el caso del historiador del derecho Bernardino Bravo Lira, que en algunas de sus obras incorpora categorías schmittianas, como también la obra de Renato Cristi sobre el pensamiento conservador y la supuesta influencia en Jaime Guzmán; también pueden señalarse los más recientes trabajos del filósofo Luis Oro Tapia y del constitucionalista Francisco Zúñiga Urbina.⁹

3. Recordar a Schmitt ¿es pensar en un clásico?

La influencia de la obra schmittiana en los medios académicos occidentales, el creciente interés en su estudio, la vigencia de las interrogantes que formulara Schmitt en materia política y jurídica, tales como: qué es lo político, quién es soberano, qué es el Estado; qué es la democracia, qué es una Constitución, cómo pensar el derecho, qué es la legitimidad y la legalidad, quien defiende la Constitución, todas ellas autorizan a afirmar que se trata de la obra de un clásico. Así lo han calificado, por lo demás, diversos pensadores.

Para identificar a un autor como un *clásico*, y en especial calificar a Schmitt como tal, Willms explica que es necesario entender la relación entre la historia

⁹ José Ignacio Vásquez Márquez, *La influencia de Carl Schmitt en Chile*, en revista *Empresas Políticas*, N° 4, Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, 2004, págs. 167 y sgtes. En este artículo se desvirtúa la forzada tesis de Cristi, en el ensayo "El pensamiento político de Jaime Guzmán", sobre la supuesta influencia ideológica de Schmitt en aquél.

de las ideas y sus autores; cuando se analiza la historia surgen nombres, autores, que sirven para comprenderla, algo así como un *"hilo de Ariadna para su época"*, según aquél. Los textos y los conceptos de un clásico motivan acciones y producen efectos, es decir, generan una influencia, de modo que sus huellas pueden ser reconocidas en el obrar práctico de la historia misma. Un clásico de las ideas políticas es un autor sin el cual es imposible pensar la historia, no se le puede omitir, pues ello impide explicarla o interpretarla.¹⁰

Cuando un autor o un intelectual se transforma en referencia obligada, ya sea respecto de su obra o su persona o, bien sea por la utilización de sus conceptos o categorías en el análisis de las ciencias jurídica o política, cabe afirmar con certeza que nos encontramos ante un clásico del derecho o la politología.

Como se ha señalado anteriormente, diversos autores ven en Schmitt a un clásico. Beneyto, por ejemplo, da dos razones: en primer lugar, porque recoge, asimila e integra los conceptos y las cuestiones esenciales planteadas por gran parte del pensamiento político de la modernidad, lo que hace que la interpretación de su análisis y de su pensamiento sea siempre plural; y en segundo lugar, porque refleja tanto en su pensamiento como en su persona las contradicciones más íntimas de este siglo y lo que este siglo ha significado en la historia de las ideas políticas.¹¹

El politólogo italiano Gianfranco Miglio, poco después de la muerte de Schmitt, lo calificaba como *L'ultimo dei classici*, "pues prácticamente cada uno de sus conceptos es una mina para nuevas investigaciones, nuevas hipótesis y nuevas aventuras intelectuales".

Pablo Lucas Verdú concluye que Schmitt *"es un clásico: maduro y sugeridor. Fascinante... La consulta de gran parte de sus escritos parece obligada, porque los clásicos están presentes"*.¹² Al referirse a la supuesta peligrosidad de su pensamiento, que se le ha imputado por lo categórico de sus ideas o por el protagonismo intelectual en períodos históricos conflictivos y de radical antagonismo, explica que *"ella está presente en sus trabajos, quiero decir que pocas veces se encuentra un pensador que suscite oposición entre sus coetáneos y los posteriores... Mientras Kelsen alardeó de neutralidad científica frente a los liberales, católicos y comunistas, prueba según él de la teoría pura del derecho era la objetividad e imparcialidad supremas, Schmitt, en cambio, se despreocupó de los ataques a su doctrina... Si la izquierda italiana se ha interesado por sus teorías*

¹⁰ Bernard Wilms, op. cit., pág. 582.

¹¹ José María Beneyto, *"Carl Schmitt como paradigma de la crisis de la modernidad"*, en Carl Schmitt Studien (Coloquio de Pamplona en 1996), Edizioni Settimo Sigilo, Roma, 2000, pág. 153.

¹² Pablo Lucas Verdú, *Otra vez Carl Schmitt*, en Carl Schmitt Studien (Coloquio de Pamplona en 1996), Edizioni Settimo Sigilo, Roma, 2000, pág. 125.

e interpretaciones pro domo sua; si los anglosajones reproducen y aumentan sus trabajos..., la sedicente "peligrosidad" schmittiana parece desaparecer".¹³

Solo para ilustrar algo más, acerca del reconocimiento de intelectuales alejados ideológicamente de Schmitt, es interesante citar lo que han manifestado, por ejemplo, un Raymond Aron, de fe liberal: pertenece a *"la gran escuela de los sabios alemanes que van más allá de su especialidad, que abarcan todos los problemas de la sociedad política y a los que se puede llamar filósofos"*, o Norberto Bobbio, de centro izquierda, que conoció a Schmitt en los años 30, expresó, posteriormente, *"Schmitt es uno de los grandes pensadores de este siglo"*,¹⁴ sin desdeñarse jamás.

Se ha dicho que la prueba más fuerte del clasicismo de Schmitt está en la metamorfosis que sufre su obra al contacto con estudiosos católicos, conservadores, marxistas, liberales, demócratas, autoritarios, neoderechistas o neoizquierdistas, pues aparece ya como *"campeón de una democracia capaz de defenderse"*, como *"campeón de la reacción ultramontana"* o aun, como *"campeón de la revolución de derecha o de izquierda"*.¹⁵

No cabe duda que los problemas que se plantean en la obra de Schmitt son muchos y no todos quedan absolutamente resueltos. Pero en general, tras de ella se revela una enorme capacidad de interrogar la realidad a la que se enfrenta, iluminando e interpretando las realidades del derecho y lo político en términos tan sorprendentemente actuales que sus respuestas no pierden vigencia.

4. Visión general del pensamiento y la obra schmittiana

El pensamiento de Schmitt se presenta asociado a los problemas y desafíos de su época, especialmente centrado en el desarrollo de la modernidad, el liberalismo y el Estado de Derecho liberal, resaltando sus contradicciones internas. Realiza de esta forma una verdadera crítica inmanente a aquélla.

El método por el cual Schmitt analiza esa realidad política, jurídica, económica, social y cultural en general, y a la totalidad del sistema imperante, se funda en categorías contrapuestas –principios, valores, instituciones–, utilizadas como verdaderos instrumentos dialécticos para desentrañar las contradicciones del mismo, las reales intenciones de ideologías en apariencia antipolíticas, como el

¹³ Op. cit., pág. 123.

¹⁴ Alain de Benoist, en *Carl Schmitt et les sagouins. L'ahurissante campagne de diffamation*, publicado en la revista *Elements* N° 110 de octubre de 2003.

¹⁵ Günther Mascke, *Carl Schmitt: Fossoyeur, Kronjurist ou Dernier Clasique?*, en *Nouvelle Ecole* N° 44, 1987, pág. 57.

liberalismo, y el verdadero sentido de esos conceptos. Es preciso advertir que su pensamiento no se agota sólo en la crítica destructora del liberalismo y la modernidad, sino, como han hecho notar muchos, entre los que se cuentan los calificados de *schmittianos del stablishment*, sirve para prevenir los riesgos o contradicciones que el propio sistema, por su idealismo, no advierte.

En relación con el derecho, efectuará un análisis dirigido a superar el positivismo dominante, permitiendo a su vez comprender, por ejemplo, el fenómeno constitucional o el estatal a partir de sus aspectos políticos, sociológicos o históricos.

Sobre el particular, ha resaltado el constitucionalista Manuel García Pelayo lo siguiente: *"Dentro del marco de la ciencia jurídica alemana al que acabamos de aludir, cabe percibir en el pensamiento de Carl Schmitt una sólida formación sociológica subyacente a su pensamiento, en la que son perceptibles, a mi juicio, las huellas de Marx y de Max Weber, lo que quizás sea uno de los motivos que dan a sus escritos un sentido de la realidad efectiva de las cosas no siempre presente en sus contemporáneos. Por otra parte, su extensa y profunda cultura histórica le permite percibir esos momentos epocales donde comienza algo nuevo, sea un orden, una institución o una perspectiva. Sus conocimientos de la historia de las ideas jurídicas y políticas, interpretadas desde y para el presente, le permiten encontrar puntos claves para la interpretación de los grandes conceptos políticos o, a veces, para mostrar el décalage entre el sentido originario de un concepto y su sentido en el presente o, eventualmente, su cambio de funcionalidad"*.¹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, más allá de los límites de una vocación esencialmente jurídica, Schmitt se esforzará por comprender en su integridad la situación de su tiempo y someterla a un análisis crítico, a una verdadera *deconstrucción*.¹⁷ Con tal fin, realizará una exhaustiva labor investigadora, de carácter interdisciplinaria (derecho, política, historia, teología), cuya reconocida profundidad y lucidez, no exenta de contradicciones, lo llevará a ponerse en un lugar destacado de la ciencia política y jurídica.

La formación de conceptos o categorías contrapuestas o dicotómicas en esa actividad de investigación es característica en Schmitt y se manifiesta siempre

¹⁶ Manuel García Pelayo, en Prólogo a *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt, pág. 374.

¹⁷ Carlo Galli, *Genealogía della política. Carl Schmitt e la crisis del pensiero politico moderno*, Il Mulino, 1996. Por *deconstrucción* se entiende un método de cierto modo dialéctico, usado normalmente en el leguaje escrito, como es el caso de Jacques Derridá, que se propone la disolución de realidades y el discurso racional. Respecto de Schmitt, tal concepto pretende hacer referencia a su pensamiento disolvente del sistema liberal a través de la contraposición dialéctica de categorías políticas o jurídicas. Sin embargo, cabe señalar que en el método dialéctico, como en la deconstrucción, a ésta le sigue una construcción, como en la primera debe suponerse una tesis, una antítesis y una síntesis, procesos que en Schmitt no se perfilan claramente, pues no hay un discurso propositivo de alguna nueva realidad.

en sentido polémico, pues aparecen condicionados por la situación cultural o espiritual, su significado histórico y por las ideologías dominantes. Las categorías schmittianas surgen de un contraste con la realidad política interna o externa.

En una visión crítica de Schmitt, Gómez Orfanel ha señalado que los trabajos de Schmitt *“estaban determinados por la voluntad de decisión científica y caracterizados por su tendencia a las fórmulas alternativas (Entweder-oder sea...o sea) y por su intención de formar un sistema por medio de contraposiciones, aunque tal objetivo parecería difícil en un espíritu tan asistemático como Schmitt, aplicado a descubrir cada vez nuevas antinomias, lo cual dificulta los intentos de obtener una visión global de su obra”*.¹⁸

El mismo autor anterior recurre a la cita de Jürgen Fijalkowski para resumir la obra de Schmitt: *“La profunda antítesis que se muestra en la crítica y en la teoría de Carl Schmitt, y desde la que éste crea aquellos contrastes con los que elabora su singular interpretación de la situación política de la época, es la antítesis entre Ilustración y Contrarrevolución. Esta antítesis se repite una y otra vez en las contraposiciones de Estado de Derecho y consecuente forma política..., anarquía y autoridad, moral humanitaria y política que distingue entre amigo y enemigo, legalidad sin sustancia y legitimidad existencial, positivismo vacío y orden concreto...”*.¹⁹

Basándonos en parte en la clasificación de las categorías jurídicas y políticas schmittianas que Gómez Orfanel²⁰ ha elaborado en su tesis, hemos tratado por nuestra parte de completarlas, a partir de la revisión de la obra de Schmitt. Ellas son las siguientes:

Amigo	Enemigo
Decisionismo	Normativismo
Ordinalismo	Normativismo
Tierra	Mar
Grandes espacios	Universalismo
Estado político	Estado de Derecho
Normalidad	Excepción
Legitimidad	Legalidad
Política	Hegemonía y neutralización.
Conflicto	Consenso
Estado Administrativo	Estado Legislativo
Democracia	Liberalismo

¹⁸ German Gómez Orfanel, *Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, págs. 30 y 31.

¹⁹ Op. cit., pág. 31, se refiere al libro de Fijalkowski, *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la filosofía política de Carl Schmitt*, Editorial Tecnos 1996, pág. 342.

²⁰ Op. cit., pág. 32.

Identidad política del pueblo	Representación
Orden concreto	Caos, desorden
Cultura y espíritu	Economicismo y tecnicismo
Diversidad	Uniformidad
Potestas directas	Potestas indirectas
Paz	Guerra
Constitución absoluta	Constitución relativa
Constitución real y positiva	Constitución ideal
Dictadura soberana	Dictadura comisaria
Público	Privado
Mando	Obediencia

La obra de Schmitt, en general, revela su gran capacidad de interrogar o interpelar en términos categóricos la realidad a la que se enfrenta, iluminando e interpretando el derecho y la política, de manera siempre vigente.

Su obra es numerosa y polémica. Algunos autores la dividen desde un punto de vista cronológico, como es el caso de Fernández de la Mora, quien expresa que *"cada una de las cuales tiene unidad conceptual propia sin que exista contradicción entre ellas: a) crítica del Estado demoliberal parlamentario y partitocrático, de 1920 a 1932; b) construcción de un modelo político sobre el "principio del liderazgo", desde 1933 hasta 1942; y c) análisis del ordenamiento jurídico internacional, de 1942 en adelante"*²¹. Para otros, la obra de aquél se distingue por analizar el derecho, lo político y el orden político internacional.

5. Schmitt y su obra jurídica

Desde sus primeros escritos, la obra de Schmitt se encuentra inspirada por una visión de análisis fenomenológico de la modernidad y de sus criaturas, no en un sentido coyuntural, sino a través de una filosofía del derecho y lo político y de la ciencia jurídica y política.

Aunque se le reconoce como un agudo y sedicente filósofo político, como ya hemos visto, el clásico moderno de este fenómeno, esta actividad la ha ejercido siempre a partir de reflexiones jurídicas, sobre el derecho mismo o sus instituciones y principios, por ejemplo, la comprensión del acto de la toma de la tierra –*Nomos*– como hecho jurídico originario y luego extraer sus consecuencias políticas. Esta disposición principal de estudio y comprensión del fenómeno del derecho lo lleva a afirmar respecto de sí mismo, que *"Me siento ciento por ciento jurista y nada más. Y no quiero ser otro"*.²²

²¹ Gonzalo Fernández de la Mora, op. cit., pág. 112.

²² Entrevista *Un jurista ante sí mismo*, en *Quaderni costituzionali* N° III (1983), pág. 34.



Comprende que el mundo que le ha tocado vivir se encuentra en crisis. Entre otras de sus manifestaciones, percibe el fin de la estatalidad, comenzado a producirse un cambio en las relaciones internacionales, que afectan al derecho público y lo político en general.

En relación a la ciencia jurídica, Schmitt aparece fuertemente crítico del normativismo o positivismo jurídico que se manifiesta políticamente como Estado de Derecho, sin entrar a confrontarlo en el contexto de la querrela del iusnaturalismo racionalista y el derecho natural de raíz aristotélico-tomista.

Schmitt es un pensador realista y, por tanto, comprende perfectamente que el derecho es una manifestación de la estructura del poder que se encuentra en íntima asociación con el fenómeno de lo político y en el contexto de la modernidad y del Estado moderno, "la máxima creación del racionalismo europeo", como lo llegara a calificar.

Cabe recordar que Schmitt es autor de un libro clásico en el estudio de lo político, titulado *El Concepto de lo Político*. En éste logra penetrar en la esencia de ese fenómeno, estableciendo los principios que le otorgan su propia autonomía, desligándola de la moral, la religión o la economía. Lo político se concibe en la relación existencial del amigo y el enemigo (*amicus* y *hostis*). Sigue de esta forma el sendero del realismo político a través de dos de sus más admirados pensadores de lo político: Maquiavelo y Hobbes.

Por lo anterior, la obra y el pensamiento jurídico de Schmitt se desenvuelven en los ámbitos del derecho público, con especial énfasis en el derecho constitucional y el derecho internacional.

5.1. Ley y Sentencia. Una investigación sobre la praxis del derecho (1912).²³

Esta es su primera obra jurídica, luego de su tesis de doctorado, en la cual ya es posible descubrir las inquietudes sobre la aplicación por el juez de un derecho en sentido estrictamente positivista. En ella se anticipa su posterior distinción entre las formas de pensamiento jurídico, el normativismo, el decisionismo y el ordinalismo, donde también se encuentra envuelta una cuestión política, acerca de quién decide soberanamente.

De esta forma, Schmitt ha comenzado a desarrollar su propósito de demostrar las debilidades del propio Estado de Derecho liberal decimonónico, fundado según aquél en un legalismo muchas veces vacío y ajeno a la realidad. También aquí comienzan a manifestarse las ideas con las que se confrontará al normativismo.

²³ Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Ley y Sentencia), 2ª edición, Beck, 1969.

Probablemente influido por la clasificación de las formas de legitimación de la obediencia establecidas por su antiguo maestro, el sociólogo Max Weber, insatisfecho por ese positivismo en boga, busca *“un criterio que permita reflejar adecuadamente las verdaderas razones por las cuales una decisión judicial es tenida por válida o correcta”*.²⁴ Así Schmitt se hace en la obra la pregunta *“¿Cuándo es correcta o justa una decisión de justicia?”*²⁵ e inicia una investigación para dar una respuesta.

En esta investigación comienza rechazando el criterio legalista, en virtud del cual debe asumirse sin más que *“una decisión judicial cualquiera es considerada correcta por los operadores jurídicos porque su contenido efectivamente ha sido inferido de una ley o conjunto de leyes (u otras normas jurídico-positivas de carácter general)”*.²⁶ Es decir, para nuestro autor no puede pensarse tan simplemente que el juez es la *“boca que pronuncia las palabras de la ley”* o que a éste no le corresponde interpretar la norma al resolver el caso particular. Tampoco considera aceptable la teoría que considere como justo lo resuelto de acuerdo a las circunstancias o a la época.

Concluye, en fin, que *“una decisión judicial es hoy, por lo tanto, correcta si se admite que otro juez habría decidido del mismo modo. “Otro juez” significa aquí el tipo empírico del jurista moderno experto en derecho...” el otro juez es en todo caso el juez normal formado jurídicamente... no como la indicación de un tipo ideal”*.²⁷ Es decir, es justa una resolución si otro juez de la misma naturaleza hubiese decidido de igual forma y ello ocurre en el proceso mismo, no por aplicación de una norma abstracta.

Para Campderrich, lo anterior significa que *“la comunidad de juristas reconoce como válidas aquellas decisiones judiciales que han sido adoptadas y justificadas conforme a los principios, representaciones simbólicas, modus operandi y tradiciones que informan la práctica judicial”*.²⁸ Agrega más adelante el mismo autor que *“la relación que Schmitt establece en Ley y Sentencia entre normas jurídico-positivas aplicables a casos concretos y decisión judicial es indicativa de un modo de pensar la relación entre normalidad, entendida como el conjunto de las reglas del juego, hábitos o regularidades en que se estructuran todas y cada una de las esferas de la vida social, y la normatividad —el ordenamiento jurídico en sentido positivista—...”*.²⁹

²⁴ Ramón Campderrich, *La palabra de Behemoth, Derecho, Política y Orden Internacional en la obra de Carl Schmitt*, Editorial Trotta, 2005, pág. 26.

²⁵ Carl Schmitt, op. cit., pág. 1.

²⁶ Campderrich, op. cit., pág. 27.

²⁷ Carl Schmitt, op. cit., pág. 100.

²⁸ Campderrich, op. cit., pág. 27.

²⁹ Campderrich, op. cit., pág. 28.

En fin, se estima que es necesario buscar una explicación interna en la práctica jurídica, por ser una actividad autónoma, lo que implica que el derecho y su contenido de justicia se determinan jurisprudencialmente. Se señala que *“la práctica jurídica debe decidir por sí misma lo que es justo, lo que equivale a decir que ella es su propia medida. Por consiguiente, la práctica es el criterio de su rectitud. La praxis se justifica a sí misma—escribe Schmitt—. La justicia determinada de esta forma no es absoluta, tampoco es lo que los juristas consideran como tal en promedio, pero es la que hay que contemplar como justa a la luz de las consideraciones metódicas”*.³⁰

La práctica jurídica es la jurisprudencia y el hecho que se resuelva un caso concreto dentro del procedimiento no implica que ocurra por simple operación de interpretación de la ley y que un juez decida de manera absolutamente aislada, el juez solo frente a la norma. La resolución obedece a la *praxis*, es decir, al criterio jurisprudencial, lo que implica una decisión en el contexto de un orden concreto, que, como veremos más adelante, constituirá la forma de pensar jurídico que adoptará Schmitt luego de madurar la sistematización de los modos del pensar el derecho.

Hay en esta formulación un criterio similar al que años después utilizaría para definir la categoría de lo político, otorgándole su propia autonomía como manifestación existencial y cultural. Así el derecho se define por la categoría de lo justo y la justicia por la prudencia.

5.2. Teoría de la Constitución (1928). Entre el anterior trabajo y esta obra se sucedieron varias otras, sin embargo en el ámbito del derecho constitucional ha pasado a ser referencia destacada. Ella no es el típico tratado de derecho constitucional donde se comparan y comentan las características de los diversos textos constitucionales de distintas naciones o los regímenes políticos o las formas de Estado o de gobierno. En realidad no es la obra de derecho político que trae al conocimiento de los estudiosos del derecho conceptos e instituciones, de manera funcional a un determinado sistema político. El propio autor advierte en su prólogo que *“no es ni un comentario, ni una serie de disertaciones monográficas, sino el intento de un sistema”*.³¹ En el ámbito del derecho constitucional, sin duda es un referente o un hito en el desarrollo de su pensamiento.

Teoría de la Constitución es un texto de análisis del constitucionalismo, por el cual demuestra las contradicciones del Estado de Derecho liberal y del propio

³⁰ Carl Schmitt, op. cit., pág. 100.

³¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1992, pág. 21.

liberalismo político. A través de él, continúa con su estudio acerca del concepto jurídico-político de la decisión soberana, que se enmarca en la precisión de las formas del pensamiento jurídico.

La obra comienza con una discusión acerca del concepto mismo de Constitución, estableciendo cuatro sentidos diversos. El mismo Schmitt aclara al principio que hay una acepción general que se refiere a que *"cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier asociación, se encuentra de alguna manera en una "constitución"*³² y todo lo imaginable puede tener una *"constitución"*. Esta afirmación presupone la intuición que más tarde la sistematizará en el trabajo sobre las formas del pensar jurídico del orden concreto.

La acepción que discute Schmitt es aquella más restringida, jurídico-política, que puede ser real o ideal. La primera, referida a la constitución del Estado, *"la unidad política del pueblo"* y a la que dedica más explicación. La concepción ideal es la que corresponde a los diversos postulados políticos, entre los cuales resalta la del Estado de Derecho liberal. En la obra, se concentra principalmente en esta concepción de Constitución y lo hace a lo largo de la misma. Su finalidad, como se ha señalado anteriormente, es desentrañar las contradicciones del liberalismo político. Así caracteriza a la Constitución liberal por ser solo un sistema de garantías de la libertad burguesa.

El concepto absoluto de Constitución lo comprende como un todo unitario, como *la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente*³³ puede tener tres sentidos:

A) Como la situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado. Es el concepto griego de *politeia*, utilizado por ejemplo por Aristóteles. Para él, la Constitución significa su *"vida concreta y su existencia individual"*,³⁴ la situación presente, no el simple conjunto de normas según las que se ordena y funciona una unidad política.

B) Como *"una manera especial de ordenación política y social... la forma especial de dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él..."*.³⁵ Este significado se relaciona con el término *status*, que puede ser monarquía, aristocracia o democracia, formas de gobierno o de dominación. Se explica aquí que el *"Estado es una Constitución"*.

C) La tercera acepción no es un significado estático, sino un devenir, un con-

³² Op. cit., pág. 29.

³³ Op. cit., pág. 30.

³⁴ Op. cit., pág. 30.

³⁵ Op. cit., pág. 30.

cepto dinámico de la unidad política, entendida como un ser y existir, una concepción orgánica, un concepto más sociológico. Se podría decir, recurriendo a Renan, que es un *plebiscito cotidiano*. Schmitt dice al respecto: "*de los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política –integrarse–, según la expresión de Rodolfo Smend*".³⁶

También entiende Constitución en sentido absoluto, pero ahora como *un sistema de normas supremas y últimas*.³⁷ Es un concepto normativo, como ordenación jurídica que tiene por base la norma fundamental, un conjunto cerrado de normas. Hay también, en este caso, identificación entre Estado y Constitución, pero no en sentido existencial de un ser, sino como norma de normas. Se puede decir que se trata de la existencia de un deber ser concreto. Afirma que una Constitución es válida cuando emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad.

El concepto relativo de Constitución consiste en la designación de la norma fundamental de un país en particular, escrita y elaborada de acuerdo a procedimientos especiales de reforma.³⁸

Luego se describe el concepto positivo de Constitución, entendiéndola como *decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política*.³⁹ Emana del poder constituyente que asume en un momento determinado la totalidad de la representación de la unidad política de un pueblo o una nación. Es el momento de la decisión soberana. De esta forma, la Constitución "*contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por el cual se pronuncia o decide la unidad política... Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Pero siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, con la voluntad de dar una Constitución*".⁴⁰

Este hecho permite probar a Schmitt que el derecho o la norma jurídica nace de una decisión y no de otra norma jurídica, desvirtuando el positivismo o normativismo puro. Así, afirma que en "*toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica*".⁴¹

El ordenamiento jurídico en general deriva de la decisión soberana que da forma

³⁶ Op. cit., pág. 31. Sobre Rudolf Smend y la época, ver Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Editorial Tecnos, 1987.

³⁷ Op. cit., pág. 33.

³⁸ Op. cit., págs. 37 y sgtes.

³⁹ Op. cit., pág. 45.

⁴⁰ Op. cit., pág. 46.

⁴¹ Op. cit., pág. 47.

y existencia a la unidad política, como un todo. Conviene recordar la famosa definición de soberano que consagra en *Teología Política* como “quien decide en el estado de excepción”. La norma no decide, sino que es producto de una decisión. Más adelante agrega Schmitt que “de las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”.⁴²

De este modo, Schmitt verifica, al igual que en *Ley y Sentencia*, que el derecho no nace por mera aplicación de normas de manera mecánica, sino por una decisión de autoridad. Como en el caso judicial, por la praxis de los jueces, la norma constitucional por decisión política. Señala aquél que “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser”.⁴³

En la obra se concentra, también, en analizar diversas nociones jurídico-políticas, como los derechos fundamentales, haciendo una distinción con las garantías institucionales. Luego acomete el trabajo de estudiar el principio de la división de poderes en la moderna Constitución, uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, advirtiendo que la mayoría de las Constituciones en ese sentido son de carácter mixto.

En su cometido de establecer no sólo la naturaleza decisionista del acto constituyente, con el fin de demostrar el carácter político del denominado *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, también desentraña el elemento político de la Constitución moderna y desvirtúa su pretendido sentido jurídico puro con el que se ha intentado neutralizarla de todo carácter político o de otra naturaleza.

De este modo, aclara, que si el pueblo en su existencia concreta como unidad política, es el portador del poder constituyente, entonces la Constitución democrática se basa en un principio esencialmente político que es el de la igualdad, de la homogeneidad de ese sujeto. Para Schmitt, el liberalismo en cambio no lograría esto último, pues ambas ideologías serían contradictorias, por basarse en principios distintos, la libertad y la igualdad.

5.3. La Defensa o el Guardián de la Constitución (1931). Este texto no sólo es el resultado de un debate o controversia jurídica entre Schmitt y Hans Kelsen en torno a la forma en que la Constitución de Weimar debía ser protegida, sino el reflejo de una controversia más amplia que se desarrolla en la época, sobre el régimen constitucional y la forma de pensar el derecho, ámbitos en los cuales los dos juristas mantendrían posiciones divergentes.

⁴² Op. cit., pág. 94.

⁴³ Op. cit., pág. 94

Kelsen ya había escrito su *Teoría Pura del Derecho* y participado en la elaboración de la Constitución austríaca de 1920, que establecía un Tribunal Constitucional encargado de velar por los excesos de los tradicionales poderes políticos. Schmitt, que venía desarrollando su pensamiento jurídico en evidente contraposición a la doctrina kelseniana del positivismo puro, y ante la discusión general de la época, acerca de la introducción del control difuso de constitucionalidad de las leyes, se manifestó contrario a que un órgano jurisdiccional se transformara en el "defensor de la Constitución". Propone entonces que esa atribución la ejerza el Presidente del Reich, evidentemente inspirado en el decisionismo y la idea de la decisión soberana. Frente a esta tesis expuesta en la obra que aquí se describe, Kelsen no esperará en darle respuesta a través de un breve trabajo.⁴⁴

Como se podrá apreciar, en esta disputa, los dos clásicos del derecho confrontarán dos visiones divergentes sobre el sentido y valor de la democracia y el Estado de Derecho liberales.

Schmitt advierte sobre el idealismo que sostiene la necesidad de una normalidad para la eficacia de la normatividad, ya sostenida en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen. Para éste, el ordenamiento jurídico sólo podía desenvolverse entre las normas y los procedimientos estrictamente jurídicos que cada poder del Estado asume de modo inalterable. Sin embargo, para Schmitt, el conflicto de constitucionalidad es una excepción a la normalidad del ordenamiento jurídico, donde lo que está en peligro es la Constitución, es decir, el *modo y forma de existencia de la unidad política*. Este último estima que la situación no puede resolverse por un órgano que politice la justicia, en el contexto de un Estado de partidos, sino por una autoridad superior que represente a esa unidad política. La defensa de la Constitución es para Schmitt una función política y no jurisdiccional.

El asunto no es tan simple como señalar que la discusión pueda estar actualmente superada por un órgano que subordina al resto de los poderes en el ejercicio de un control de supremacía constitucional de las normas legales. Todavía pueden surgir los riesgos que Schmitt advertía en su época, como la posibilidad que se trate de vigilar y controlar a los propios controladores, eventualmente disminuida por distintos medios y presiones o como consecuencia de una integración de miembros designados por cuoteo partidista. Ante este riesgo, Schmitt advertía que el Tribunal Constitucional podría perder legitimidad, especialmente en un régimen parlamentarista.

En fin, pasa revista inicial a las distintas formas de defensa de la Constitución,

⁴⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, 1995.

como el control difuso y general de los tribunales ordinarios de justicia. También analiza la jurisdicción política y constitucional como expresión de la tendencia a transformar la Constitución en un contrato, dejando de considerar al Estado como una unidad homogénea, resolviéndose los conflictos por compromisos entre parte interesadas, con el riesgo de que *"la Constitución cesaría de ser tratada como fallo político de la Nación entera y unificada; los llamados órganos del Estado, es decir, los titulares de las atribuciones del poder político, podrían considerar sus atribuciones y competencias como derechos subjetivos ejercitados en nombre de las organizaciones sociales, como mandatarios de las cuales se han convertido en Órganos del Estado, reclamando en caso necesario, incluso por vía procesal, contra las organizaciones que les son hostiles"*.⁴⁵

Concluye luego de ese análisis de las formas de justicia constitucional, con una reafirmación de su posición, ya expresada en *Teoría de la Constitución*, a favor del Estado Constitucional democrático, al señalar que si la Constitución de Weimar *"es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente"*,⁴⁶ la defensa de la Constitución no puede resolverse mediante una *"ficticia judicialidad"*.

Su propuesta evidentemente autoritaria y crítica del Estado de partidos era la de dotar al Presidente de la función de "guardián de la Constitución", pues éste ha sido elegido por el pueblo entero *"y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una "apelación al pueblo"*.⁴⁷ Así, entonces, Schmitt, recordando el concepto de *pouvoir neutre*⁴⁸ de Benjamín Constant, postula que sea el Presidente del Reich ese "Guardián de la Constitución", por ser una institución neutralizadora de los partidos y de los grupos sociales y económicos del poder, que garantizaría la unidad política del pueblo, es decir, del Estado democrático.

Si bien es cierto que en un primer momento propugnará la idea de este *tercero superior*, es decir, una instancia capaz de aunar las voluntades de los distintos grupos en pugna y de decidir y garantizar el orden constitucional, posteriormente, sin embargo, Schmitt elaborará una forma más autoritaria de intervención del Presidente, facultándolo para dictar normas con fuerza de ley de carácter económico-financiero cuando el Parlamento haya sido disuelto.

Con el fin de buscar una fórmula jurídico-política que permita superar la crisis económica y social de Alemania, se hará manifiesta su crítica al parlamentarismo.

⁴⁵ Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, pág. 124.

⁴⁶ Op. cit., pág. 124.

⁴⁷ Op. cit., pág. 250.

⁴⁸ Op. cit., pág. 213 y sgtes.

mo y al liberalismo y su adhesión o, más exactamente, su justificación teórica del sistema presidencialista. Su postura será favorable a otorgarle facultades extraordinarias al Presidente del Reich y no dejar sujeto al Ejecutivo a responsabilidad ante el Parlamento. De esta forma recibirá la confianza de los gobiernos conservadores que requerirán sus pronunciamientos jurídico-políticos. Esta postura lo hará acreedor del calificativo de "*Kronjurist*", jurista oficial del Reich. Su posterior adhesión pasajera al régimen de Hitler, como ya se ha señalado, también permitirá sindicarlo como teórico y jurista del nazismo.

5.4. Legalidad y legitimidad (1932). Este texto se ha considerado como una crítica y desvalorización desde una perspectiva eminentemente jurídica o de derecho –a partir de los conceptos de ley y legalidad–, al denominado Estado legislativo, propio del parlamentarismo y al liberalismo político. Es la ya conocida controversia schmittiana entre normativismo y decisionismo, formulada esta vez bajo los conceptos de legalidad y legitimidad.

Como se ha apuntado anteriormente, ante la crisis del parlamentarismo en la República de Weimar, hará un intento intelectual por encauzar el régimen constitucional hacia una forma presidencial autoritaria. Como una "*última chance de la Constitución de Weimar*",⁴⁹ recurre con tal fin en este trabajo a contrastar esa forma de Estado con la de los Estados administrativo, gubernativo y judicial. En algunas de estas formas, Schmitt ve todavía la posibilidad de una expresión real de decisión soberana, que logre dar forma a la unidad política en crisis, legitimándola nuevamente. Pretende así revitalizar el ser frente al deber ser, la unidad política actuante, la Constitución positiva frente a la Constitución ideal, la norma vacía sin voluntad frente a la decisión soberana restaurándose el orden concreto.

Schmitt hace presente que esta forma o expresión del Estado legislativo parlamentario se funda en el positivismo jurídico, por lo que resulta ser solo un conjunto de normas generales e impersonales, donde "*imperan las leyes, no los hombres ni las autoridades*".⁵⁰ Extraña en ella un poder soberano, capaz de dar legitimidad política al régimen, legitimidad a la relación de mando y obediencia.

En su evidente crítica al producto del Estado de Derecho liberal burgués, el parlamentarismo, donde se entroniza lo que caricaturizaba Donoso Cortés como "*la clase discutidora*", Schmitt manifiesta que en él "*las leyes las hace una instancia legislativa que no ejerce el poder soberano y que ni siquiera hace valer ni aplica por sí sus propias leyes, sino que tan solo elabora las normas vigentes en cuyo nombre y bajo cuyo sometimiento deben ejercer el poder estatal las autorida-*

⁴⁹ Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Editorial Aguilar, 1971, en Introducción, pág. ix

⁵⁰ Op. cit., pág. 4.

⁵¹ Op. cit., pág. 5.

des encargadas de la aplicación de la ley".⁵¹ Para Schmitt esa forma legalista de Estado, en el que se produce una identidad o una subordinación de lo político al ordenamiento jurídico, "*alienta una metafísica que identifica las leyes naturales con la legalidad normativa*".⁵²

Finalmente, en la última parte del trabajo, Schmitt se dedica a analizar las formas de legislación extraordinaria –*ratione materiae ratione suprematatis y ratione necessitatis*–⁵³, es decir, aquellas que no actúan de acuerdo a las reglas de mayoría parlamentaria, y que pueden poner en riesgo el mismo sistema de legalidad del Estado legislativo.

Poco se dice, en todo caso, que Schmitt quiso advertir en esta obra el riesgo de que por vía parlamentaria y a través de un Tribunal Constitucional controlado por el Legislativo, transformado éste a la vez en gobierno parlamentario e inspirados en un fuerte positivismo, se pudiese llegar a modificar la Constitución hasta su esencia, terminando por destruirla. Lo que precisamente ocurrió, a partir de enero de 1933.

5.5. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica (1934). Este pequeño trabajo de Schmitt es la culminación de su larga reflexión, que iniciara con *Ley y Sentencia*, acerca del modo de entender la ciencia jurídica y el derecho mismo.

Lo interesante de su contenido, además de la sistematización en tres teorías explicativas del derecho, conocidas como normativismo, decisionismo y ordinalismo, es descubrir su adhesión a este último modo de pensar jurídico, que desarrollará en distintos textos desde aquel momento en adelante. Por aquella época, la distinción y contraposición entre normativismo y decisionismo era la única dicotomía que aparecía en los análisis schmittianos.

Su controversia con el positivismo kelseniano de la *Teoría Pura del Derecho*, se traducía regularmente, como hemos visto, en la posición a favor del decisionismo. Pero en esta sistematización definitiva del derecho aparece una nueva teoría que denominará ordinalismo (*konkretes Ordnungsdenken* o pensamiento de orden concreto). En realidad, esta nueva forma de pensamiento de la ciencia jurídica que introduce en este ensayo se encuentra vinculada a su posición decisionista como una moderación y a la vez maduración de la misma.

Para aquél, la pura decisión diluiría el derecho, si no se plasmara en un orden.

⁵² Carl Schmitt, *Teología Política*, Struhart & Cía., 1998, pág. 60.

⁵³ Op. cit., págs. 106 y sgtes.

Es éste lo que queda finalmente y a su vez inspira todo sistema jurídico. La decisión requiere o depende de un orden, bien sea como aspiración al establecimiento de uno nuevo, bien sea porque emana de un orden establecido. Así el ordinalismo es una especie de teoría de las instituciones, en que se concibe el derecho como realización concreta espacio-temporal.

Al inicio de este trabajo, Schmitt orienta al lector, señalando que *“todo jurista que adopta en su trabajo, consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos”*.⁵⁴ Esto significa que no pretende contraponer derecho y norma, decisión y orden, sino hacer una distinción entre los distintos tipos de pensamiento, cada uno de los cuales pretende haber desentrañado su esencia y tener carácter universal.

Se ha explicado que *“el orden concreto no equivale al sistema de reglas, sino que es más que él: constituye el presupuesto de las reglas, cuya vida depende de la evolución del orden global y sus instituciones. El conjunto de reglas no es pues aquí un sistema (concepto mecanicista), sino una forma (concepto organicista) del orden concreto, igual que cada regla es la forma de la institución correspondiente. Por eso el orden concreto es orden dinámico”*.⁵⁵

Por otro lado, Schmitt no se tiente a intervenir en la querrela del derecho natural o el iusnaturalismo racionalista, tomando partido de alguna de tales posturas, a lo sumo los reconduce a ambos a su renovado esquema de pensamiento, para caracterizarlos de acuerdo a sus teorías. Ello es demostración de una visión más realista del derecho, alejada de posiciones que ya a esas alturas son ideologías en crisis o en trance de perder vigencia.

Aquí en esta obra, Schmitt se confronta de paso con Kelsen, en el plano de la teoría del derecho, al analizar la forma de pensamiento normativista. Recordemos que ya en *El Guardián de la Constitución* lo había hecho respecto de la justicia constitucional. En esta oportunidad, Schmitt hace presente las contradicciones del normativismo, en especial su idealismo, en cuanto supone el cumplimiento de la norma de manera espontánea simplemente porque ella así lo ordena, sin considerar que para su eficacia requiere de un estado de normalidad permanente y que la realidad puede cambiar. La normatividad exige normalidad para su plena vigencia. El normativismo, como pensamiento jurídico, presenta la debilidad de no considerar la situación o el estado de excepción como contingencia.

⁵⁴ Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Editorial Tecnos, 1996, pág. 5.

⁵⁵ Dalmacio Negro Pavón, *Orden y Derecho en Carl Schmitt*, en Estudios sobre Carl Schmitt, Fundación Canovas del Castillo, 1996, pág. 361.

5.6. El Nomos de la Tierra (1950). Como se ha indicado antes, hacia los años 40, Schmitt cambiaría su interés por el análisis del Estado y el derecho constitucional, orientándose hacia el estudio del derecho y la política de las relaciones internacionales.

Luego de varios ensayos y trabajos sobre estos últimos temas, escribe una de las obras más originales y visionarias sobre la historia del derecho, la propiedad, el derecho de gentes e internacional, el proceso de apropiación del mundo o toma global de la Tierra y el destino del Estado moderno, titulado *"El Nuevo Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europeum"*.⁵⁶

Además de ser un estudio histórico, su lectura en la actualidad resulta imprescindible para comprender el proceso de globalización que viene experimentando el mundo. Así se demuestra en la obra de los más importantes especialistas mundiales en derecho y relaciones internacionales.

En su estudio etimológico, Schmitt explica que el término Nomos es el sustantivo griego que designa lo tomado y viene del infinitivo *nemein*, palabra que significa tomar o coger. Traducido al castellano, su sentido se refiere al primer acto de *"un drama primordial"* de la existencia humana, de una o varias tomas de la tierra, luego de lo cual se produce el acto segundo, de repartir y, finalmente, nos encontramos con el último acto, el tercero, consistente en la producción y el aprovechamiento de la tierra.

Para Schmitt, este concepto, que se vincula necesariamente a la noción de tierra, condiciona y da origen también a los conceptos de derecho y la justicia, por ello dice aquél que *"la tierra es denominada la madre del derecho"*.⁵⁷ La toma de la tierra es un hecho jurídico histórico, el acto constitutivo y originario de todo derecho. De esta forma, agrega que *"la tierra está unida al derecho de manera triple. Lo contiene en sí misma como premio del trabajo (el cultivo produce la cosecha); lo revela en sí misma como límite firme (el suelo labrado hace visible las divisiones y los surcos, las reglas del cultivo), y lo lleva en sí misma como signo público del orden. El derecho es terrenal y vinculado a la tierra. Esto es lo que quiere decir el poeta cuando habla de la tierra omnijusta y dice: iustissima tellus"*.⁵⁸

Para explicar y probar su tesis sobre el origen del derecho en el segundo acto, de la partición o distribución de la tierra, cuando la toma ya se oculta en el tiempo, recurre al Levatán de Thomas Hobbes –a quien admira como uno de los teóricos realistas de lo político–, citando lo siguiente: *"La alimentación de*

⁵⁶ Editado por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

⁵⁷ Op. cit., pág. 15.

⁵⁸ Op. cit., pág. 16.

*una comunidad consiste en el suministro y la repartición de todo lo necesario para la vida; el derecho y la propiedad son consecuencia de esta repartición; esto se sabía desde antiguo y se llamó Nomos, es decir, "distribución" (distribution), y nosotros lo llamamos derecho (law) y conceptuamos como justicia (justice) el que con ocasión de esta distribución reciba cada cual lo suyo" (Parte II, del Commonwealth, cap. 24. De la alimentación y procreación de una Commonwealth).*⁵⁹

Explica también que el Nomos o toma de la tierra, que da origen primitivamente al derecho, lo hace históricamente en dos sentidos: hacia adentro de la comunidad que ocupa la tierra, constituyendo un primer orden jurídico y político, una unidad de asentamiento con propiedad pública y privada y, hacia fuera, en la conformación de una unidad política que se diferencia de las otras comunidades, ejerciendo dominio o soberanía sobre el espacio ocupado inicialmente o por conquista a otras comunidades. En este último caso se comprueba el hecho característico de lo político, la relación de amigos y enemigos, que revelara en su clásico ensayo *El Concepto de lo Político*.

Advierte Schmitt, en el texto que se analiza en esta parte, que aquel sentido primitivo de la palabra *Nomos*, como medición y base de las mediciones posteriores de la tierra, ha sido olvidado en el tiempo por la ciencia jurídica, pues derivó en el significado de Ley, que adquiere a partir de Platón, como regla, deber ser, convención ideal, pero vacía de contenido existencial y abstracta, cuya evolución se manifestará en el normativismo y el positivismo legal, es decir, un derecho como pura ley, como hipótesis alejada de la realidad y del Ser, entendiéndose de este modo la actual dicotomía entre *Nomos* y *Physis*.

En su sentido original, *Nomos* es apropiación y ordenación del espacio terrestre, fuente original del derecho y en especial de la propiedad y de todo derecho posterior. Vuelve una vez más, en esta ocasión, con su clásico realismo, a plantear la concepción jurídica del pensamiento ordinalista o de *orden concreto*, que delineaba en la anterior obra analizada, sobre sistematización de las formas de pensar el derecho. Así explica que *"de este radical title se derivan todas las relaciones ulteriores de posesión y propiedad: propiedad comunitaria o individual, formas de posesión y utilización según el derecho público o el privado, el derecho social y el derecho de gentes"*.⁶⁰

El *Nomos* implica un proceso de división del espacio, la toma de la tierra constituye entonces el acto fundador del derecho y constitutivo o constituyente de un orden jurídico, político y también económico. Schmitt planteará que este

⁵⁹ Carl Schmitt, *Apropiación, partición, apacentamiento. Un ensayo para fijar las cuestiones fundamentales de todo orden económico y social a partir del Nomos*, en Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político Universidad de Salamanca N° 2, enero-febrero 1955, pág. 5.

⁶⁰ *El Nomos de la Tierra*, pág. 23.

hecho originario, ordenador, es la primera Constitución, aquella originaria de todo pueblo. Así es como explica que *"la historia de todo pueblo que se ha hecho sedentario, de toda comunidad y de todo imperio se inicia, pues, en cualquier forma con el acto constitutivo de una toma de la tierra... La ocupación de tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá. Contiene así el orden inicial del espacio, el origen de toda ordenación concreta posterior y de todo derecho ulterior."*⁶¹

Afirma que sólo la tierra puede ser objeto de apropiación, partición y producción. En cambio, el mar, para nuestro autor, no sería susceptible de un *Nomos*, pues *"no conoce tal unidad evidente de espacio y derecho, de ordenación y asentamiento... es libre... Esto significa, según el Derecho de Gentes moderno, que el mar no es territorio estatal y que ha de estar abierto a todos de la misma manera para tres aspectos muy distintos de la actividad humana, o sea la pesca, la navegación pacífica y la beligerancia"*.⁶² Algo similar sucede con el espacio aéreo. Por estas características, el dominio político de carácter global se ejerce de manera más eficaz en éstos que en la tierra. Los imperios talasocráticos vencieron a los terrestres y, con toda seguridad, quien domine el espacio aéreo y las comunicaciones será o ya es más poderoso.

En esta obra, Schmitt plantea que a través de la historia, en todos los tiempos, la Tierra siempre ha estado dividida y ordenada, pudiendo distinguirse varios *Nomos*:

a) el primer *Nomos* corresponde a la llamada *era preglobal*, donde predominaba una visión mítica del mundo, *"pero no poseía ninguna experiencia científica en cuanto a la tierra en su totalidad. No existía la imaginación de un planeta que estuviera sometido a la medición y distribución humana y que fuera común a todos los hombres y pueblos. Faltaba toda conciencia global en este sentido, y por tanto también una meta política centrada sobre el planeta común. Tampoco podía existir un *Ius gentium* que abarcara la tierra y la humanidad..."*.⁶³

b) luego aparece la ordenación de la *Respublica Christiana*, donde surge el Derecho de Gentes medieval preestatal, con dos formas de gobierno: El imperio y el papado;

c) luego, con los descubrimientos y conquistas de nuevos mundos y territorios y, por otro lado, con el nacimiento de los modernos Estados que ponen término a las guerras de religión y centralizan el poder político, el Derecho de Gentes europeo interestatal constituye la nueva forma de apropiación y ordenación terrestres. Es el nacimiento del *Ius Publicum Europeaum*, la formación del moderno derecho internacional, y

⁶¹ Op. cit., pág. 23.

⁶² Op. cit., pág. 16.

⁶³ Op. cit., pág. 26.

d) finalmente, hacia fines del siglo XIX, el derecho de gentes interestatal será crecientemente desplazado por un derecho de carácter universal. Con la Primera Guerra Mundial y el fin del predominio mundial europeo, el *Ius Publicum Europeum* comienza su declinación y la era de la estatalidad se debilita paulatinamente, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial. Es el momento del surgimiento de un *nuevo Nomos de la Tierra* que no termina hasta ahora de definirse. Schmitt distinguirá aquí tres posibilidades, dos de las cuales hoy, luego del fin de la URSS, pueden señalarse como potenciales: 1) La unidad cerrada del mundo en torno a una potencia hegemónica que reparta y gestione según sus planes; 2) el equilibrio entre grandes espacios soberanos e independientes. En fin, es la disyuntiva entre un universalismo humanitario, dominado por una potencia que designa enemigos y hace la guerra "en nombre de la humanidad", o bien, la constitución de un pluriverso que implica el equilibrio entre grandes espacios (*Grossraum*).⁶⁴

6. La ardua y contradictoria agonía por el *Ius Publicum Europeum*

Al finalizar este trabajo y para entender su sentido, es preciso recordar la descripción y definición que hacía Schmitt de sí mismo, como "el último defensor consciente del *Ius Publicum Europeum*, el último en enseñarlo y en hacer investigaciones sobre este tema en un sentido existencial y experimentó su fin como Benito Cereno experimentó el periplo del buque fantasma. Es el tiempo y el lugar del silencio".⁶⁵⁻⁶⁶

Frente a esa definición, surge la interrogante de por qué Schmitt se proclama *el defensor consciente del Ius Publicum Europeum*, es decir, del orden estatal e interestatal del mundo, en circunstancias que su lucha intelectual estuvo centrada, en general, en analizar el fenómeno de la modernidad, entendido como proceso de neutralización de la cultura. Analizar y *deconstruir* la modernidad se entiende también someter a crítica las instituciones y criaturas de la modernidad, entre las que aparece de manera relevante el Estado.

Para comprender algo de esta aparente contradicción, conviene repasar las formulaciones teóricas de ese magnífico ensayo, ya clásico, *El Concepto de lo*

⁶⁴ Carl Schmitt, *El nuevo Nomos de la Tierra*, en revista Hespérides N° 8, 1995, págs. 249 y sgtes.

⁶⁵ *Benito Cereno* es el título de una breve novela de Herman Melville, que trata sobre el amotinamiento de esclavos en un buque y la puesta a su servicio del capitán y la tripulación del mismo. Con esta referencia, Schmitt quiere hacer presente la identificación que siente con el personaje principal de la novela, en cuanto refleja su condición de cautivo por quienes se han tomado el poder en Alemania entre 1933-45.

⁶⁶ Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, Struhart & Cía., págs. 70, 71.

Político. Aquí Schmitt expresa que "Hasta los últimos años, la parte europea de la Humanidad vivió una época cuyas nociones jurídicas eran acuñadas desde el punto de vista estatal. Se supuso al Estado modelo de la unidad política. La época del estatismo está terminando ahora. No vale la pena discutirlo. Con ella se termina toda la infraestructura de construcciones relacionadas con el Estado, que una ciencia europeo-céntrica del Derecho Internacional y del Derecho Político había erigido en cuatrocientos años de trabajo espiritual. Se destrona al Estado como modelo de la unidad política, al Estado como portador del monopolio más asombroso; es decir, del monopolio de la decisión política. Se destrona a esta obra maestra de la concepción europea y del racionalismo occidental. Pero se mantienen sus nociones, e incluso se mantienen como ideas clásicas, aunque hoy día la palabra clásico suena casi siempre equívoca y ambivalente, por no decir irónica".⁶⁷

Montserrat Herreros intenta aclarar esta evidente contradicción de Schmitt entre su antimodernismo y su nostalgia del estatismo, expresando que *"acepta ser un teórico del jus publicum europeum por tradición intelectual y, sobre todo, por necesidad histórica: el Estado Moderno fue una buena respuesta a los requerimientos de una época. Sin embargo conoce muy bien su principio y su fin..."*.⁶⁸ Schmitt ve todavía al Estado como la expresión agónica pero no extinta de lo político, de la decisión soberana, como el freno posible a un espacio público sin orden concreto, de libre concurrencia de intereses individuales.

En realidad, Schmitt sostiene, más allá de la defensa del Estado, la defensa del fenómeno político contra cualquier forma de neutralización o de encubrimiento del mismo. La total y completa desaparición del Estado no importa la desaparición del fenómeno político, pero el ocultamiento y neutralización de éste, a través de la religión, la moral o la economía o de un derecho nacido de un pensamiento puramente normativo, conlleva el riesgo que la potencialidad de conflicto que le es esencial, que lo define en sí y le permite su autonomía, se manifieste por aquéllas, lo que implica llevar el conflicto religioso o moral al plano político y, por lo tanto, hasta el *extremus casus belli*. Por ello, mientras lo político no encuentre un nuevo modo de canalizarse distinto del Estado, un orden concreto, el resultado será, según Schmitt, la ilusión de un orden, el desorden internacional, que servirá especialmente a *"las ampliaciones de una posición económica"*,⁶⁹ es decir, a favor del imperialismo.

La obra que hemos venido analizando en este trabajo va haciendo presente la lucha jurídica y también política que despliega el autor, con el fin de desvelar la intención de desmantelamiento del Leviatán moderno, el Estado como expresión de soberanía. Schmitt reconoce que éste impulsó la unidad nacional y

⁶⁷ Carl Schmitt, en prólogo a *El Concepto de lo Político*, pág. 40.

⁶⁸ Montserrat Herreros, *El Nomos y lo Político: la filosofía de Carl Schmitt*, Eunsa, 1997, pág. 19.

⁶⁹ Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, pág. 40.

un orden en el mundo, reduciendo las contradicciones y los enfrentamientos dentro de la unidad política, ya fueran religiosos o morales, hasta el declinar del Derecho de Gentes europeo, el orden internacional interestatal.

Hablar de *agonía del Ius Publicum Europeum* implica, por un lado, lucha, faz agonal para sostener el fenómeno político dentro del Estado, entendido como creación del racionalismo europeo, monopolio de lo político, modelo de la unidad política, y expresión de la decisión soberana, fundamento del poder constituyente y del derecho. Por otro lado, la obra de Schmitt es la descripción de la agonía de un orden que se desvanece –Marx anticipaba en el Manifiesto Comunista: “*todo lo sólido se desvanece*”–, y, también, el desmantelamiento del orden estatal, del derecho internacional y del derecho no como simple norma, sino como decisión y orden concreto, es decir, como realidad existencial.

Sin perjuicio de lo anterior, hablar de *agonía del Ius Publicum Europeum* es hacer presente la nostalgia de un orden eurocéntrico que permitió el equilibrio internacional, pero también su hegemonía en el mundo. Implica así mismo, la absorción de lo público por lo privado, la dominación del Estado por el Mercado, lo político por la ética y la economía.

Lo agonal y lo agónico indican a la vez perseverancia y supervivencia de un fenómeno que logró imponer orden al mundo durante varios siglos, aunque ello significara la hegemonía política y cultural europea. En esta crisis, los Estados siguen subsitiendo, todavía, como el orden concreto frente al desorden global o el freno limitado a la hegemonía global por un solo poder.

El *universalismo humanitario*, que encubre la pretensión de hegemonía total por determinadas potencias, se ve limitado todavía por el *pluriverso* de los Estados. Schmitt advertía ya en 1932 que “*la humanidad resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitaria constituye un vehículo específico de imperialismo económico. Aquí se podría, con una modificación plausible, aplicar una fórmula acuñada por Proudhon; el que dice humanidad está intentando engañar*”.⁷⁰

Este moderno pacifismo jurídico que critica Schmitt y con cuyo argumento vuelve a confrontarse a Kelsen, establece un nuevo derecho internacional, basado en una ética humanitaria, cuyos efectos son la supresión del *ius ad bellum*, la guerra entre los Estados, mientras rigió el derecho internacional interestatal. Sin embargo, este nuevo derecho no conduciría a la limitación y eliminación de la guerra, sino, por el contrario, a su extralimitación, pues, la guerra se realiza contra un potencial enemigo ubicado en cualquier lugar del mundo, sin reconocer fronteras estatales.

⁷⁰ Carl Schmitt, op. cit., págs. 83-84

El nuevo derecho internacional es a partir de ahora, objeto de control de policía y quien tiene la fuerza puede, en nombre de la paz y la humanidad, ejercer acciones humanitarias, como eufemísticamente se le llama a la guerra. Advierte Schmitt que en este nuevo *Nomos*, "el adversario ya no se llama enemigo, pero en su condición de estorbo y ruptura de la paz se lo declara fuera de la ley y fuera de la humanidad...".⁷¹ De esta forma ya no puede hablarse más de *guerra justa*, el nuevo derecho internacional criminaliza al antiguo enemigo político y deshumaniza aún más la guerra, pero no escapa a la dinámica de lo político, pues sigue siendo la designación de amigos y enemigos. Este argumento de Schmitt reafirma su idea de que el derecho no puede entenderse bajo la forma de un pensamiento normativo que presupone una normalidad permanente y un simple imperio de lo fáctico, sino que es conveniente comprenderlo en el contexto de una decisión y un orden, en una dimensión existencial.

En fin, es justo reconocer en la obra de Schmitt, especialmente en tiempos de crisis⁷² existencial del hombre y del mundo en general, que ella motiva y provoca a comprender los riesgos que para toda sociedad importa un alejamiento de la ciencia jurídica y la ciencia política. En tiempos en los que rige solo una razón instrumental utilitaria, dominada exclusivamente por la técnica y la economía, que, como advertiría Schmitt hacia fines de los años 20 del siglo pasado, intenta la neutralización y extinción de toda expresión cultural, la lección de aquél es la lucha por rescatar el derecho y lo político como manifestaciones supremas del espíritu humano, pues a través de ellos es posible decidir sobre la construcción de un orden concreto y justo hacia el interior y el exterior de las sociedades.

⁷¹ Op. cit., pág. 106.

⁷² *Krisis* en sentido griego, entendido como "juicio (en tanto decisión final sobre un proceso), elección, y, en general, terminación de un acontecer en un sentido o en otro... La crisis resuelve, pues, una situación, pero al mismo tiempo designa el ingreso en una situación nueva que plantea sus propios problemas... Por este motivo suele entenderse por crisis una fase peligrosa de la cual puede resultar algo beneficioso o algo pernicioso para la entidad que la experimenta" (José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Editorial Ariel, 1999). En fin, crisis como cambio.