

EL PODER DE LA DECISIÓN:  
LA INSÓLITA ACTUALIDAD DE CARL SCHMITT

## Colección Ciencias Jurídicas

### 5

#### DIRECCIÓN – COORDINACIÓN EDITOR-IN-CHIEF

*Raúl Cesar Cancio Fernández.* Letrado del Tribunal Supremo. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. España.

*Manuel Lázaro Pulido.* Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Investigador del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

#### COMITÉ ACADÉMICO ASESOR – ACADEMIC ADVISORY BOARD

*Jesús Avezueta.* Letrado del Consejo de Estado. Director general de la Fundación Pablo VI, España.

*Andrés Botero Bernal.* Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Presidente de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Asofides) y del Instituto Colombiano de Historia del Derecho. Bucaramanga, Colombia.

*Sonia Calaza López.* Departamento de Derecho Procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

*Luis René Guerrero Galván.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Mexicana de Historia del Derecho. México.

*Ibon Hualde López.* Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa, Universidad de Navarra, España.

*M<sup>a</sup> Fernanda Moretón Sanz.* Departamento de Derecho civil. Coordinadora del Máster de Investigación de D<sup>o</sup> de la Cultura por la Universidad Carlos III y la UNE. Coordinadora Programa Doctorado en D<sup>o</sup> y CCSS. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

*Ricardo David Rabinovich-Berkman.* Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y director del Programa de Cursos Intensivos para el Doctorado. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Argentina.

*Rafael Ramis Barceló.* Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Departamento de Derecho Público, Universitat de les Illes Balears. España.

*Francisco Rubio Damián.* Coronel del Ejército. Director del Castillo de San Pedro (Ciudadela de Jaca). Ha sido director de la Escuela Militar de Montaña y Operaciones Especiales agregado militar de la embajada española Caracas y jefe del Centro de inteligencia y seguridad del Ejército. España.

*Mercedes Ruiz Garijo.* Área de Derecho Financiero y Tributario. Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política. Universidad Rey Juan Carlos. Vocal del Tribunal Económico Administrativo Municipal de Madrid, España.

*Sixto Sánchez-Lauro Pérez.* Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Departamento de Derecho privado. Universidad de Extremadura, España.

*Juan Carlos Utrera García.* Departamento de Filosofía Jurídica. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

*Jorge Van de Wyngard Moyano.* Área de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público. Vicerrector de Vinculación con el Medio e Investigación, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla  
(Editor)

EL PODER DE LA DECISIÓN:  
LA INSÓLITA ACTUALIDAD DE  
CARL SCHMITT

EDITORIAL SINDÉRESIS  
2022

1ª edición, 2022

© José Luis Muñoz de Baena, Pablo Riquelme, Julio Alvear, Miguel de León, Jorge Velázquez,  
Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla, Montserrat Herrero.

© 2022, editorial Sindéresis  
Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España  
Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal  
info@editorialsinderesis.com  
www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-19199-22-5  
Depósito legal: M-19972-2022  
Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

## ÍNDICE

PRÓLOGO.....	7-8
<b>DERECHO CONSTITUCIONAL</b>	
SCHMITT CONTRA LA NEUTRALIZACIÓN DE LO POLÍTICO .....	11-36
JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA	
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ESCRITOS CONSTITUCIONALES DE CARL SCHMITT.....	37-64
PABLO RIQUELME VÁZQUEZ	
<b>FILOSOFÍA POLÍTICA</b>	
CARL SCHMITT Y LA CRÍTICA AL LIBERALISMO POLÍTICO: EL “CONFLICTO” Y LA “NEUTRALIDAD” COMO CATEGORÍAS .....	67-90
JULIO ALVEAR TÉLLEZ	
CARL SCHMITT Y SU AMISTAD CON THOMAS HOBBS.....	91-122
MIGUEL DE LEÓN PÉREZ	
CARL SCHMITT. LOS DEMIURGOS DEL MODERNIDAD Y LA CRÍTICA A LA PRODUCTIVIDAD ROMÁNTICA.....	123-162
JORGE VELÁZQUEZ DELGADO	
<b>TEOLOGÍA POLÍTICA</b>	
EL MILAGRO POLÍTICO DE LA JURIDICIDAD MODERNA EN CARL SCHMITT .....	165-188
FRANCISCO DE BORJA GALLEGU PÉREZ DE SEVILLA	
GEOHISTORIA Y TEOLOGÍA DE LA HISTORIA EN EL PENSAMIENTO DE CARL SCHMITT .....	189-208
MONTSERRAT HERRERO	



## PRÓLOGO

La actualidad de Carl Schmitt es rabiosa y fulminante. La necesidad de comprenderle ha cobrado una urgencia insólita, pues ahora más que nunca, en este hodierno contexto jurídico, social y político, extraño y a menudo desasosegante, parecen materializarse algunos de sus más importantes presagios. El advenimiento de una era de neutralización que sigue a la aniquilación de los grandes espacios y su paulatina sustitución por una estructura universalista, o la continua extensión de los estados de excepción parecen darle la razón al de Plettenberg en muchas de sus lecturas. Por este motivo, la revisión e interpretación de los grandes textos de Schmitt ha sido la razón fundamental para la creación obra, que desde una perspectiva multidisciplinar, trata de recoger los principales aportes del pensamiento schmittiano sin obviar ningún ámbito de su trayectoria como jurista y filósofo.

A lo largo de estas páginas, la magnitud intelectual de Schmitt será el “centro de gravedad” por el que discurran los diferentes artículos que trataran de explorar exhaustivamente el pensamiento de uno de los autores más importantes del siglo XX, y probablemente también de este siglo presente. Pero también el de uno de los más polémicos, controvertidos y por qué no decirlo, a veces también contradictorio de todos ellos. Pero es precisamente en esta complejidad intelectual que le caracteriza donde Schmitt más brilla y apasiona; pues tal es su riqueza temática y tan vasto su conocimiento, tan sorprendente su perspicacia y tan demoledora su capacidad de análisis crítico, que actualmente resulta tarea hartamente complicada referirse a un tema de una cierta enjundia cultural o política sin mencionar a Carl Schmitt.

Porque el pensamiento schmittiano representa, de algún modo, y si se me permite tan heterodoxa explicación, pasado, presente y futuro del mundo de las ideas políticas europeas y de la tradición jurídica occidental. El calado intelectual de Schmitt penetra las grandes categorías y unidades de pensamiento y nos hace replantearnos, ya sea desde su teoría de la constitución hasta su teología política, su doctrina de la decisión y de la dictadura, su concepto de unidad del mundo o de la dialéctica amigo-enemigo, las grandes cuestiones que afectan hoy a nuestra sociedad. Algunas de ellas tales como el declive del Estado y la soberanía del poder político, la sacralización de la democracia, el despliegue arrollador del progreso científico-técnico como baluarte de una nueva moral cifrada en el progreso, el surgimiento de una categoría antropológica nihilista y auto-concluyente, la neutralización, el universalismo liberal-capitalista, la descristianización de Europa y, en suma, una nueva teologización del mundo auspiciada por un sistema formal y autorreferente, donde prima exclusivamente la idea de la voluntad que precede al mandato.

Queda claro entonces que sobre Carl Schmitt se puede escribir mucho, tal vez demasiado, y desde luego huelga decir que esta no es la primer obra dedicada al de Plettenberg, o que será la última, pues es evidente que incluso todavía, apenas 36 años después de su fallecimiento, se puede seguir profundizando e indagando en su pensamiento, extrayendo nuevas referencias, exégesis y hermenéuticas; trayendo de vuelta conceptos y revisando nociones que parecen cobrar, como antes decía, una súbita e inesperada actualidad. Y precisamente tal vez sea esta la gran virtud de Schmitt, que su legado intelectual se antoja técnicamente inagotable; sin perjuicio del signo ideológico o filosófico de aquel que decida sumergirse en su universo conceptual. Estamos pues parece ser que nuestro protagonista siempre tiene algo que decir, una nota que añadir o, como mínimo, aportar la suficiente polémica como para abrir nuevos debates y espacios de discusión.

Esta herencia doctrinal, esta fuente póstuma de conocimiento jurídico, político y filosófico, esta constelación de nociones, conceptos e ideas que significa Carl Schmitt, y que realmente implican entenderlo y conocerlo, junto con su innegable relevancia histórica y proyección futura, es lo que me autoriza, en último término - si es que acaso disfruto yo de alguna capacidad de hacerlo- a determinar que, efectivamente, no solo estamos ante uno de los pensadores más importantes de los últimos 70 años. Pero también estoy seguro de que, probablemente en algún momento, cuando la historia supere indefectiblemente a todos los que hoy escribimos sobre él, alguien pueda referirse a Carl Schmitt como un *clásico* del pensamiento. Porque clásico, a fin de cuentas, no solo debería evocar a un determinado período, sino a todo aquello que por su influencia, su irrepetible enjundia y su indiscutible entidad, atraviesa y trasciende los límites de un determinado convencionalismo histórico o político. Definitivamente el apelativo clásico está reservado exclusivamente a aquello que se ha ganado un lugar en el hogar de lo infinito, pues perdura eternamente en el tiempo. Y Carl Schmitt, quien ha sido etiquetado de muchas maneras, no siempre favorables o justas -pues cierto que ha inspirado a muchos, pero también que ha sido incomprendido por otros tantos, aunque ciertamente nunca ignorado-, permanece hoy, precisamente por lo revolucionario, controvertido y contestatario de su pensamiento, sin aparente fecha de caducidad, más vigente y vivo que nunca en el imaginario intelectual de todos aquellos que sentimos amor por el saber y que, en suma, somos testigos y valedores del poder impercedero de las ideas.



# **DERECHO CONSTITUCIONAL**



## SCHMITT CONTRA LA NEUTRALIZACIÓN DE LO POLÍTICO

### *SCHMITT AGAINST THE NEUTRALIZATION OF THE POLITICAL*

José Luis Muñoz de Baena Simón<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Educación a Distancia

#### **Resumen**

La gran actualidad de Carl Schmitt se debe en gran medida a su teoría del estado de excepción, a sus argumentos contra la neutralización jurídicista de lo político. Eso lo ha convertido en un autor muy citado por los teóricos postmodernos, en particular Chantal Mouffe y Giorgio Agamben. Pero más allá de su condición de teórico de la soberanía a partir del estado de excepción, Schmitt es un autor que diseña lo político en términos que hoy denominaríamos sustancialistas; por tanto, su utilización por la filosofía política post fundacionalista o postmarxista es muy parcial e interesada. El enfrentamiento en que Schmitt fundamenta lo político nada tiene que ver con la filosofía postmoderna, puesto que este autor invoca de continuo instituciones, *nomos*, sujetos históricos que sirven para orientar la decisión soberana y que los postmodernos niegan con su nominalismo.

**Palabras clave:** Nominalismo, liberalismo, postmodernidad, neutralización, identidad, agonismo.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares y en Filosofía por la Universidad de Valladolid, José Luis Muñoz de Baena Simón es profesor de Filosofía del Derecho en la UNED y académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha impartido doctorado en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. Es autor y coautor de una treintena de trabajos sobre temas de teoría de la ciencia jurídica, historia de la filosofía del derecho y derechos humanos, entre los que cabe destacar las monografías *El caso de la política* (Comares, 2012) y *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna* (CEPC, 2018), así como de varias traducciones del alemán de textos clásicos (A. Ross, E. Ehrlich, D. Grimm, C. Fr. Gerber, H. Kelsen). Actualmente codirige el máster de formación Permanente Derechos humanos y políticas públicas y es investigador principal del proyecto de investigación Los ODS en el programa penitenciario de la UNED. Sus temas actuales de trabajo son las filosofías políticas identitarias y los fundamentos filosóficos del decrecimiento.

## Abstract

Carl Schmitt's great topicality is largely due to his theory of the state of emergency, his arguments against the legalistic neutralization of the political. This has made him a highly cited author by postmodern theorists, in particular Chantal Mouffe and Giorgio Agamben. But beyond his status as a theorist of sovereignty from the state of emergency, Schmitt is an author who designs the political in terms that we would now call substantialists; therefore, its use by post-foundationalism or post-marxist political philosophy is very partial and interested. The confrontation in which Schmitt bases the political has nothing to do with postmodern philosophy, since this author continually invokes institutions, nomos, historical subjects that serve to guide the sovereign decision and which postmoderns deny with their nominalism.

**Keywords:** Nominalism, liberalism, postmodernism, neutralisation, identity, agonism.

## 1. LA TRAMPOSA REDUCCIÓN POSITIVISTA DE LO POLÍTICO A LO JURÍDICO

A casi cien años de su célebre polémica con Kelsen, Carl Schmitt está de moda, algo que no puede decirse de su rival austriaco. La filosofía política postmoderna valora su decisionismo, su categorización del enfrentamiento, su opción por lo político frente a lo jurídico. Si fuese preciso hacer una síntesis de todas estas disyuntivas, podríamos decir, sin más consideraciones, que los postmodernos, casi todos de estirpe foucaultiana, valoran su puesta en primer término del poder frente a la obsesión burguesa por ocultarlo tras el sistema, su afirmación de la voluntad desnuda frente a la razón tramposa; pero esa sería, como vamos a ver, una verdad a medias.

En su libro sobre lo político, Chantal Mouffe menciona el nombre del jurista germano en ciento treinta y cuatro ocasiones; no resulta extraño en alguien que se propone, según su propia afirmación, recuperar lo político. Recuperarlo, ¿frente a qué o a quién? Frente a quienes pretenden neutralizar el enfrentamiento juridificándolo, podríamos contestar, y en la contestación a esa pregunta se halla la clave de la actualidad de Schmitt.

En *Teología política*, el teórico alemán muestra implacablemente la petición de principio de su adversario formalista, Kelsen: usar lo jurídico para coagular lo real, ver la pregunta misma sobre la relación entre la soberanía y su forma

jurídica reduciendo aquella a esta última, eludir la evidencia última del mandato. Esto supone eliminar lo que de soberano hay en lo jurídico -el hecho mismo de que *alguien manda a alguien porque puede hacerlo*- convirtiendo “un punto en un orden y un sistema” y procediendo a identificar este con una norma. Un ardid neutralizador muy propio de “...la vieja negación liberal del Estado frente al derecho y la ignorancia del problema sustantivo de la realización del derecho” (Schmitt 2009: 24, 25). En efecto, quienes han pretendido disolver la caracterización de la teoría imperativista austiniana del derecho (entre ellos, los más célebres son Kelsen y Hart) alegan que la propia condición de soberano que se utiliza para definir al emisor del mandato encierra un concepto jurídico; que, por tanto, la supuesta descripción de los elementos mínimos de lo jurídico encierra un concepto que es, él mismo, jurídico, lo que no hace sino trazar, como diría Borges, un círculo vicioso de ficciones.

Según quienes la defienden, la reducción de lo político a lo jurídico encierra un propósito garantista. Frente a ellos, quienes -como Schmitt o Marx- afirman la primacía de lo político sostienen que esa operación neutralizadora no es, a su vez, neutral, pues no pretende sino defender intereses muy determinados.

La clave para descender un escalón en esta disputa es, no puede no serlo, filosófica: se basa en un concepto capital para entender la modernidad jurídico-política, la *imputación*. Aunque Schmitt no se detiene en la explicación de esta herramienta teórica de estirpe escotista, imputar es construir: no solo en el sentido de la dogmática jurídica, sino en el más radical. La modernidad construye imputando, y lo construye todo, incluida la subjetividad misma. En esa construcción, se sirve de una impagable herramienta: el ámbito de lo moral. En la formulación de Pufendorf, los *entia moralia*, los entes morales, configuran posiciones y *status* mediante imputaciones, esto es, atribuyen significado moral a situaciones y actuaciones caracterizadas por la voluntad (Pufendorf 1716: 3). Si hay un punto de arranque para la larga carrera de ficciones que caracteriza la modernidad (y, a mi entender, también la postmodernidad), es este concepto reificado, un -en términos metafísicos- *esse objectivum* gracias al cual podemos *imputar* los efectos de una acción al agente, considerándolo así como autor, y hablar de *causas morales* (Muñoz de Baena 2018:65 y ss.).

La gran importancia de este nuevo ámbito de discurso, genuinamente moderno, estriba en que, al afirmar un nuevo dominio, el de lo instituido frente a lo creado (Pufendorf 1716: 4), des-naturaliza (culturaliza, si vale decirlo) el ámbito de lo humano, posibilitando la creación de multitud de nuevos objetos formales

como *persona moral* o *Estado*, tan gratos al formalismo jurídico, pero igualmente otros que le son extraños como *contrato social*, *Nación*, *derechos subjetivos*, *voluntad general*... Es a través de esta figura, de decisiva importancia, como resulta posible multiplicar las construcciones abstractas, características de la juridicidad moderna, con progresivo olvido de toda base empírica. La fortuna del concepto de imputación durante la modernidad es inmensa (Muñoz de Baena 2018). Baste decir que quien lo culmina con su formalismo extremo es Kelsen.

En su crítica al formalismo, sostiene Schmitt: “El Estado, es decir, el orden jurídico, es un sistema de imputaciones con referencia a un punto final de imputación y a una última norma fundamental”. El procedimiento parece inductivo, se diría que procede de abajo arriba, pero es todo lo contrario: Kelsen deduce el sistema mismo de una norma fundamental, una *Grundnorm* diseñada hipotéticamente, carente de referencia material, ni siquiera querida, sino pensada (Kelsen 1979: 213). Ese es su ente moral decisivo, esa es su construcción, he ahí el truco de prestidigitación que le permite hacer desaparecer lo político en aras de su absorción en una juridicidad omnipresente y tramposa. El grado de evacuación de lo real es tal que incluso lo jurídico se abstrae a su vez en gran medida, ya que jurídicamente no hay personas, solo centros de imputación, y “El Estado es el punto final de imputación, el punto en el que aquellas imputaciones que constituyen la esencia del criterio jurídico <se detienen>” (Schmitt 2009: 23). “*El sistema jurídico es, como el sujeto mismo, construido, imputado: la lógica que lo articula no refleja el único orden posible, sino una opción normativa*” (Muñoz de Baena 2018, 187). De este modo, el contenido de una norma, de cualquier norma, deviene irrelevante, y la evacuación de lo político (pero también de lo sociológico, de lo ético, de lo religioso...) se cumple a la perfección en esa extraña *mitología matemática* que irrita a Schmitt:

“No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa. Sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la corrección normativa. De la norma misma, no se deriva punto alguno de imputación, sino solamente la cualidad de un contenido” (Schmitt 2009: 32).

Si pensamos en esta disolución de lo político en su forma jurídica, si la traducimos en términos actuales, podríamos decir que Schmitt, que no es marxista, ni freudiano ni feminista, es, sin embargo, otro filósofo de la *sospecha* (Ricoeur *dixit*), un tenaz crítico de los ocultadores de lo real. Sigamos esta línea, veamos cómo se despliegan las sospechas del autor.

El alemán dio esa batalla frente a los teóricos germanos de la disolución de lo político en lo jurídico, todos ellos partidarios del modelo de Estado burgués conservador: Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen. Quien haya estudiado la teorización en lengua alemana sobre la soberanía y los derechos subjetivos sabrá hasta qué punto una pretensión descabellada, muy alemana, la agita: hacer desaparecer lo político, constituir el poder estatal como una forma jurídica unitaria en la que ni siquiera es posible hablar de poderes separados. Este empeño adopta muchas modalidades, se repite en muchos frentes. La pretensión de producir un soberano juridificado, común a todos ellos, se hace efectiva en varios ámbitos, como la sustitución de la separación de poderes por la especialización funcional de un solo poder estatal (Gerber 1961: 77) o la división de la ley entre formal y material para eludir el control parlamentario (Laband 1871: 540 y ss.). La propia teoría de los derechos públicos subjetivos, de Jellinek, diseñaba cuatro status que permitían dar cuenta de todas las posiciones del sujeto frente al Estado sin necesidad de remitir el origen y el sentido de los derechos a entes de razón políticos, fueran naturales o convencionales, ni de recurrir en modo alguno a una fundamentación ajena al sistema, ya divina, ya pacticia, ya social, como la que defendía su coetáneo von Gierke (Jellinek 1892: 89 y ss.).

La teorización jurídica formalista a la que Schmitt se enfrentaba en los años treinta había llegado al mínimo de politicidad y al máximo de juridicidad, de la mano de un positivismo extremo y un modelo burgués de Estado, el Estado legislativo de derecho, cada vez más liberal y menos conservador. De hecho, la crítica de Kelsen contra sus correligionarios Gerber, Laband y Jellinek no se basaba en que fueran positivistas, sino en que no lo eran exhaustivamente: sus dualismos dogmáticos (derecho subjetivo y objetivo, deber jurídico y derecho subjetivo, relación jurídica y derecho subjetivo, derecho público y derecho privado...) denotaban, más allá de su valor instrumental como herramientas de la teoría general del derecho, un dualismo que el austriaco consideraba incompatible con cualquier visión positivista de lo jurídico. Una vuelta, según él, al dualismo epistemológico, pero sustituyendo el derecho natural por la TGD; solo una concepción monista, basada en la norma como centro del universo jurídico, permitiría acabar con ese eterno retorno. Un positivismo quintaesenciado, si vale decirlo.

La reducción del poder al derecho, de lo político a lo jurídico y de todo estado al Estado de derecho nos dice a las claras el universo filosófico en que habitaba Kelsen: un universo muy germano, basado en la unidad inescindible del poder estatal, no divisible ni sometido a categoría alguna ajena a él. La tríada de dogmáticos del derecho público a la que acabo de referirme coincide, en el fondo,

con él en la creencia en esa primacía del poder unitario del Estado sobre cualquier visión iusnaturalista, contractualista o teleológica, incluso en el sentido más tenue. Se trata de situar lo jurídico más allá de cualquier teorización ética, política, sociológica, antropológica. No en vano, siendo Kelsen el más liberal de todos ellos, desconfía de la categoría del derecho subjetivo y la considera mera manifestación del deber jurídico: para quien profesa un monismo extremo, los dualistas se multiplican.

En *Sobre los tres modos...*, Schmitt ataca esa reducción, propia de la ciencia jurídica positivista, consistente en considerar a la ley como la clave de todo método, sin que las aparentes discordancias con respecto a ese amplio consenso (la teoría del derecho consuetudinario, la *Freirechtsbewegung*, la *Interessenjurisprudenz*) tocan en lo más mínimo los fundamentos del sistema, limitándose tan solo a corregir sus excesos:

“...son «metajurídicos» todos los puntos de vista ideológicos, morales, económicos, políticos o cualquiera otros que no sean «puramente jurídicos». Ni las situaciones normales o tipos normales presupuestos en la regulación legal, ni los fines perseguidos por el legislador, ni el principio fundamentador, ni la naturaleza de las cosas, ni el sentido de un precepto, pueden ser decisivos para el jurista positivista, sino simplemente el contenido manifiesto y cierto de la norma misma” (Schmitt 1996: 34).

La neutralización de lo político, nos dice el autor, es una pretensión sin sentido, como lo es la de neutralizar cualesquiera otros órdenes mediante operaciones teóricas. Persigue el fin de un sistema jurídico desvinculado de lo real, creado como desde la nada, y no porque carezca de contenido axiológico alguno, sino porque este es supuestamente evacuado en la ley, que actúa como una instancia de objetividad capaz de minimizar el conflicto. Las decisiones que, como veremos más adelante, ocultan tanto la actividad del legislador como la del juez, son disfrazadas merced a su absorción por el sistema. Schmitt denuncia esa abstracción del mundo jurídico de un modo que resuena en nuestros oídos como familiar:

“Si se separa el pensamiento jurídico de todo contenido y de la situación normal que está en subbase, entonces se produce un distanciamiento cada vez mayor de todo contenido de todo lo que es ideológico, moral, económico o político. Con ello se agudizan tanto las distinciones entre lo jurídico y lo ideológico, lo jurídico y lo económico, lo jurídico y lo político, lo jurídico y lo moral, etc., y, al fin, en una consecuente dialéctica, sólo queda, como única característica específica de un



modode pensar indubitabilmente puro y nada más quejurídico, la falta de sentido de lo ideológico, económico, ético y político” (Schmitt 1996: 43, 44).

Estos modelos diametralmente diferentes, uno centrado en la soberanía y la elección como dato primario, como *decisión política* no sujeta a reglas, y otro que pretende que esa decisión se engloba en el *orden jurídico* del cual emana; uno de carácter material, valorativo, y otro supuestamente neutral, generan, como es bien sabido, concepciones de la ley radicalmente diferentes. La más cercana a las fuentes del positivismo es la del Estado legislativo de derecho, que busca un instrumento neutral para regular cualquier acto o situación; tras ella, la concepción característica del Estado constitucional de derecho, que sitúa a la ley a merced de la interpretación constitucional (del TC pero, eventualmente, también de otros órganos judiciales, incluso en un sistema no pensado para el control difuso, en un potencial ejercicio de activismo judicial). En apariencia, hay aquí una concepción sistemática y otra decisionista. Pero no es así: *se trata de dos modulaciones del voluntarismo y, en sentido estricto, solo la primera es refractaria a delimitar una esencia de lo jurídico*. En *Legalidad y legitimidad*, Schmitt lo resume con lúcida concisión: “En realidad, con arreglo a un concepto formalista de la ley, también puede el legislador ordinario adoptar como ‘ley’ cualquier medida que quiera” (Schmitt 1971: 112)<sup>2</sup>. En efecto,

“...sólo desde el decisionismo puede el positivismo fijar, en un determinado momento y lugar, la cuestión del último fundamento de la norma vigente, sin volver a lo invisible, metajurídico; y sólo así puede reconocer la voluntad de un poder soberano fácticamente constituido, que aparece de hecho en un momento histórico, sin necesidad de considerar ese poder como una institución o como otro orden concreto, o, sobre todo, sin cuestionar el derecho de tal poder” (Schmitt 1996: 42).

Una evacuación de la legitimidad en toda regla. Es ya un tópico doctrinal que Kelsen tropezó una y otra vez con el problema del fundamento de la soberanía, cuya juridificación no podía resolverlo sino, a lo sumo, disfrazarlo; y es que, como cualquier formalismo evacuador, este esconde una trampa. El Estado se presenta, en la versión kelseniana, como un aparato neutral, que no se reduce a su derecho porque él mismo *es* jurídico (en este punto, el liberal Kelsen va mucho

---

<sup>2</sup> De ahí que la distinción de ley material y formal carezca de sentido en el formalismo kelseniano: todas las leyes son materiales. No hay *prescripciones legalesy actuaciones administrativas* salvo que se pretenda, como es el caso de Laband, favorecer tramposamente a un poder, en su caso el ejecutivo.

más allá que sus precedentes conservadores, principalmente Gerber), pero esta evacuación se entendería equivocadamente si la viésemos solo como una *racionalización* o *intelectualización del Estado* frente a un supuesto voluntarismo de Schmitt. El tópico afirma la primacía del orden en Kelsen y de la decisión en Schmitt y esto, como todas las verdades a medias, no es mucho mejor que una mentira. Por el contrario, Kelsen y Schmitt comparten un bagaje mucho mayor de lo que solemos presuponer.

## 2. DOS MODULACIONES DEL VOLUNTARISMO

### 2.1. La autorreferencia de lo jurídico

Realmente, si nos centramos en la antinomia razón-voluntad, la concepción jurídica de Kelsen es aún más voluntarista que la de Schmitt; y esto se debe a que es, epistemológicamente, nominalista. En la teoría del conocimiento kelseniana, los conceptos universales no denotan realidades sustanciales; lo jurídico carece de esencia previa, las relaciones o instituciones no lo condicionan y los sistemas ajenos, como la ética o la religión, no pueden subordinarlo. No hay, por tanto, acto o conducta que no pueda ser regulado en un sentido u otro por el sistema jurídico: hasta la personalidad es una construcción jurídica, una imputación de carácter puramente ficcional (Kelsen 1979: 183, 184). El derecho traduce así el desiderátum burgués de un mundo capaz de llevar la ciencia a lo social y, por tanto, neutral, avalorativo (falsamente avalorativo: defiende con fiereza los valores *burgueses*), situado más allá de las opciones y de los hechos, de la naturaleza y la historia. Esto tiene su lado oscuro, pues hace que en el derecho quepa en principio cualquier opción: liberal, democrática, marxista, dictatorial, totalitaria. Todo Estado es un Estado de derecho, aun el más inicuo, e incluso el Kelsen que toma partido, el demócrata liberal de *¿Qué es justicia?* es un teórico del derecho explicándonos *su* opción, no la de cualquiera. Un sistema jurídico no puede, en tanto que tal, aspirar a la justicia, que es un ideal metafísico, sino solo regular la materia social como lo que es, una mera técnica de control social auto fundada cuyo destino, en tanto que refractaria a la ideología, es disolverse en administración.

Eso conduce a que en la concepción del austriaco la soberanía esté tan espiritualizada como el sistema jurídico mismo, que nos depara “...un sistema jurídico sin sujeto y una democracia sin guardián” (Barcelona 1996: 70). A diferencia de los ius publicistas del XIX, no es su miedo a lo político el que lo conduce a este

vacío esencial de lo jurídico, sino la determinación (de estirpe kantiana) de percibirlo como estanco respecto a lo ético, lo sociológico, lo antropológico: como *orden abstracto* donde la decisión siempre queda trascendida por el orden que la alberga, aunque este no la determine. Una evacuación de cualquier planteamiento material, bajo el pretexto de su acientificidad, que Schmitt denuncia: con el formalismo jurídico, el poder legal no puede ser ya injusto y el tirano (esa figura esencial a la conceptualización preilustrada) desaparece como figura merced a "...una prestidigitación formal, que consiste concretamente en hacer que a lo injusto no se le llame ya injusto, ni al tirano se le llame ya tirano" (Schmitt 1971: 45). Una posición inquietante, pero que tiene una clara vinculación con el también neutralizadísimo concepto kantiano de *Rechtszustand*, al cual me referiré después.

Este voluntarismo del orden que Kelsen opone al schmittiano de la decisión nos dice, resumiendo, que todo orden jurídico es una elección entre otros órdenes posibles (ciertamente, una profesión de fe voluntarista), pero que entrar en los mecanismos que pueden hacer un orden preferible a otro no es tarea digna de un científico del derecho. La elección del operador jurídico se presenta en el orden jurídico como algo fundamental: si lo jurídico (y lo político, en tanto que jurídico-político) no puede ser discutido objetivamente, la decisión es la base, pero esta queda neutralizada dentro del sistema que la engloba y produce, cuya esencia-aceptando que en términos nominalistas se pueda hablar de esencia- es procedimental. La decisión es libre para el legislador, pues solo el orden previo la condiciona. De ahí la doctrina kelseniana de la validez, que explica su visión procedimental y formalista del control de constitucionalidad: una norma es válida si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento establecido y no ha sido derogada. Más allá de este control que elude la consideración valorativa (y al que tan ajenas resultan las constituciones actuales), la elección del legislador para crear normas, y del juez para interpretarlas, es amplia, pues el derecho compone un sistema dinámico en que cada norma, como marco abierto a varias posibilidades, reclama la concurrencia, en gran medida, de la *voluntad decisora*. De ahí que Kelsen rechace algo tan habitual en su época como la teoría de la interpretación (Kelsen 1979: 349 y ss.): a falta de determinación normativa, el intérprete *decide* por cuál elección opta, ya que no podemos establecer algo así como una solución *justo*, en términos de Larenz, correcta. He tratado esto en otro lugar, a propósito de la filiación nominalista de Kelsen:

"...en un sistema de extracción positivista radical, no puede haber *adecuación* del intelecto a la cosa, sino mera *correspondencia* entre los términos del sistema

autorreferente. Una correspondencia que, en caso de no existir, se obvia creando, *decidiendo*, optando entre las soluciones posibles. El orden jurídico se crea y se desarrolla sin otra referencia que la de él mismo, *sea cual sea su contenido material*; y si el intérprete se halla ante la evidencia de que ese marco vinculante no existe en un caso concreto, se convierte en creador, siquiera en el limitadísimo marco de su decisión, al no existir criterio material alguno que pueda orientarle” (Muñoz de Baena 2018 221, 222).

En el sistema propuesto por Kelsen, todos los peldaños de la *Stufenbau*, dada su índole de sistema dinámico, están transidos de decisiones que no han de ser justificadas teóricamente. Y, pese a ello, el austriaco no es motejado de decisionista, puesto que ese sistema nomodinámico que prevé la necesidad de decidir continuamente, de llenar el marco general de cada norma en su aplicación, consigue que el hecho de decidir se neutralice formalistamente: el legislador, el juez, el notario, no son soberanos. La conclusión es evidente: *el problema no está en el decisionismo sino en el carácter, jurídico o político, de la decisión*. Es este último el que inquieta a los partidarios de una concepción liberal burguesa del Estado.

## 2.2. La omnipresencia de lo político

La decisión es, pues, común a ambos polemistas, aunque solo suele hablarse de decisionismo en el caso de Schmitt. Y, sin embargo, esta definición del jurista alemán no resulta apropiada: en *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, de hecho, no toma partido por el modo del decisionismo. El pensamiento de Schmitt es lo que hoy, en tiempos postmodernos, denominaríamos sustancialista: cree en la primacía del orden, si bien de un *orden concreto*, no abstraible, basado en instituciones, un orden con contenido material y que da lugar a configuraciones políticas peculiares, *nomos*. Schmitt, frente a su rival, cree en la posibilidad de un discurso sobre lo justo, el mismo que el formalismo disuelve; su célebre invocación a la decisión soberana hace referencia, no a un decisor que no actúa en el vacío, sino sujeto a un orden concreto que precede, en su materialidad históricamente asentada, a todas las normas constitucionales que lo han habilitado para decidir en el caso de excepción. He aquí uno de los estigmas del jurista alemán: parece disolver toda juridicidad en la mera voluntad cuando, en sentido propio, es su antagonista quien lo hace.

En la configuración del tópico que define como decisionista puro a Schmitt ha sido decisiva, sin duda, su convicción de que la clave de la soberanía es la

decisión en la excepción, en la emergencia: el célebre legislador extraordinario *ratio nenecessitatis* de la Constitución de Weimar, al que me referiré a continuación. Por ello, aceptamos, frente al formalismo, que el problema de la decisión soberana se halla en el lugar en que Schmitt lo sitúa: el de lo excepcional, el del límite de la previsibilidad jurídica del Estado legislativo. Ese en el cual, aunque lo haya invocado la previsión constitucional de la excepción, asoma fugaz e inquietante el soberano no reducible al sistema formal (pero sí al orden material, concreto). Por eso Schmitt otorga a la decisión en el estado de excepción el carácter de *decisión soberana, política*, fundante pese al orden constitucional formal que la alberga; nada que ver con la tranquilizadora restricción kelseniana de la decisión al interior del sistema, como *decisión jurídica* que llena de contenido un marco (creativo para el legislador, formalmente aplicativo para el funcionario)<sup>3</sup>. Para Kelsen, la decisión soberana en el estado de excepción sería explicable desde el orden jurídico-político que la prevé y la invoca, mientras que, para Schmitt, tal decisión sería el sentido mismo de ese orden (atañería, por utilizar sus propias palabras, al *qué* y no al *cómo*). En términos más coloquiales, uno explica la excepción en función de la regla y el otro la regla a través de la excepción. Pero, no lo olvidemos, *quien decide en términos schmittianos nunca lo hace en el vacío: el orden que tiene en mente es sustancial, material, no formal y abstracto como el de Kelsen*. Por utilizar los términos teológicos gratos a Schmitt, se trataría de una *potestas ordinata*.

### 2.3. La tensión entre lo político y lo jurídico en las dos constituciones de Weimar

En este orden de problemas, configurado por la presencia -Schmitt- o la evacuación -Kelsen- del sistema de instituciones que puede orientar al decisor *ratio nenecessitatis*, es como Schmitt trata, en *Legalidad y legitimidad*, la existencia de dos constituciones de Weimar. Con ello, el jurista renano despliega con maestría las excepciones a la visión burguesa del Estado legislativo en su tratamiento de los célebres legisladores extraordinarios de Weimar; excepciones que, a su entender, definen una categoría. El legislador *ratio nenecessitatis* del artículo 48, con su capacidad de suspender derechos fundamentales, es quizá el más cercano a nuestra realidad presente, hecha de excepcionalidad sistemática y de estados de

---

<sup>3</sup> Solo formalmente: ese es, recordemos, el sentido de la nomodinámica kelseniana.

excepción disfrazados (Lázaro *et al.* 2020), pero no lo es menos el *ratio nemateriae* con su referencia a la parte no orgánica de la constitución; precisamente la que predomina hoy en día, cuando el Estado constitucional ha sustituido al legislativo. Acertadamente observa Schmitt que las contradicciones provocadas por los tres legisladores extraordinarios derivan del pie forzado que se impone, el del modelo procedimental, de democracia mediata, de Estado legislativo. El modelo formalista, en suma.

### 2.3.1. *La neutralización de la democracia directa*

Así, por centrarnos en el legislador extraordinario *ratio nemateriae*, las instituciones de democracia directa (que deberían ser superiores, por su vinculación a la *voluntas*, a las propias de dicho tipo de Estado, siempre referidas a la *ratio*) aparecen como subordinadas a las de la democracia representativa, cuya procedimentalidad las hace más puras, lo que permite constatar hasta qué punto el Estado legislativo ha obviado, mediante ese principio liberal de la representación, la lógica democrática, que no es representativa sino plebiscitaria (Schmitt 1971: 99, 100)<sup>4</sup>.

Si Schmitt se niega a enfocar la cuestión desde la óptica reductora del formalismo es porque, precisamente, no ve en él neutralidad alguna, pues está lleno de elecciones, de decisiones axiológicas que los formalistas se empeñan en neutralizar desde la óptica del Estado legislativo de derecho. En realidad, el documento constitucional de 1919 se halla escindido "...entre la neutralidad axiológica de su primera parte y la abundancia de valores de su segunda parte"; (Schmitt 1971: 14) por ello, establece "... objetivos dotados de contenido, que todavía no son positivos ni actuales, pero que, sin embargo, deben ser positivables y actualizables, mediante la legislación, la Administración y la práctica jurídica" (Schmitt 1971: 78, 79).

---

<sup>4</sup> Resulta difícil no meditar sobre esta afirmación a la vista de la Constitución de 1978, cuyo horror a las formas de democracia directa resulta evidente y cuyo desarrollo en este aspecto durante cuatro decenios no ha podido ser más decepcionante. Aunque nuestra constitución no instaura un Estado legislativo, el molde procedimental persiste, agravado por una maquinaria burocrática partidista implacable que reduce todo asomo de legitimidad democrática a la mera legalidad formal.